UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO DE RIBEIRÃO PRETO

RODRIGO FORNAZIERO CAMPILLO LORENTE

Gestão associada do saneamento básico por consórcio público

Ribeirão Preto

2016

RODRIGO FORNAZIERO CAMPILLO LORENTE

Gestão associada do saneamento básico por consórcio público

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo para obtenção do título de Mestre em Ciências. Versão Original.

Área de Concentração: Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito

Orientador: Prof. Dr. Raul Miguel Freitas de Oliveira

Ribeirão Preto

2016

Autorizo a reprodução e divulgação total ou parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

L868g Lorente, Rodrigo Fornaziero Campillo
Gestão associada do saneamento básico por
consórcio público / Rodrigo Fornaziero Campillo
Lorente; orientador RAUL MIGUEL FREITAS OLIVEIRA. --
Ribeirão Preto, 2016.
185 p.

Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação
em Direito) -- Faculdade de Direito de Ribeirão
Preto, Universidade de São Paulo, 2016.

1. SANEAMENTO BÁSICO. 2. SERVIÇOS PÚBLICOS. 3.
REGULAÇÃO. 4. GESTÃO ASSOCIADA. 5. CONSÓRCIOS
PÚBLICOS. I. OLIVEIRA, RAUL MIGUEL FREITAS, orient.
II. Título

Título: Gestão associada do saneamento básico por consórcio público

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo para obtenção do título de Mestre em Ciências.

Área de Concentração: Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito

Aprovado em ____/____/____

Banca Examinadora

Prof. Dr. _____

Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____

Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____

Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Dedico esta dissertação:

Aos meu pais, Neuza e Julio, pela minha vida, o amor incondicional, a dedicação e os ensinamentos que me deram, dentre eles a ética, o respeito e a perseverança na busca por meus objetivos.

À minha esposa, Caroline, com amor, admiração e gratidão por sua compreensão, carinho, presença e incansável apoio ao longo do período de elaboração deste trabalho.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço ao meu orientador, Professor Doutor Raul Miguel Freitas de Oliveira, por acreditar desde o início no meu potencial e na minha dedicação para a conclusão deste trabalho.

Sua função de orientação foi exercida de forma brilhante, possibilitando o desenvolvimento desta dissertação por meio de ensinamentos, sugestão de leituras, incentivo à participação em atividades extracurriculares e, acima de tudo, estímulo ao meu interesse pelo tema tratado nesta dissertação.

Agradeço ainda aos Professores Doutores Gustavo Assed Ferreira e Thiago Marrara de Matos pelas importantes contribuições por ocasião do exame de qualificação neste mestrado.

Também agradeço a equipe de funcionários do Serviço de Pós-Graduação da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, especialmente à Sra. Vania Cristina Vasconcellos Prudêncio, exemplar servidora pública, sempre pronta a ajudar.

Reconheço ainda o companheirismo de meus amigos *Guilherme Gullino Zamith* e Luiz Otávio Pereira Paula, da Procuradoria da Câmara Municipal de Santa Bárbara D'Oeste, profissionais de alto nível e responsabilidade jurídico-social. Sem esse apoio tudo seria mais difícil.

Aos colegas da Lorente Advocacia meu muito obrigado pelo empenho e o suporte necessários para que eu pudesse me dedicar à atividade acadêmica de forma paralela ao exercício profissional.

O estímulo aos estudos é essencial para o aprimoramento das qualidades de um profissional, tornando-o apto a exercer suas funções com níveis cada vez mais altos de qualidade. Assim, espero poder retribuir essa oportunidade que me foi concedida.

Por fim, agradeço a Neuza Fornaziero Lorente que contribui para a revisão gramatical da primeira parte desta dissertação.

RESUMO

LORENTE, Rodrigo Fornaziero Campillo. Gestão associada do saneamento básico por consórcio público. Ribeirão Preto, 2016. Dissertação. Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2016.

Esta pesquisa tem como hipótese o fato de que a atuação requerida da Administração Pública contemporânea no Brasil é a que melhor se coadune com os valores constitucionais voltados ao desenvolvimento da nação, assim entendido aquele que assegura a maior garantia possível ao valor fundamental da República: a dignidade da pessoa humana. Essa nova visão do Direito Administrativo, a partir da Constituição, recebe vários nomes, entre eles constitucionalização do Direito Administrativo, e prega não só os deveres de legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade, mas, também, o de eficiência na concretização dos direitos de segunda geração ainda não devidamente efetivados no Brasil, tal como o de universalização dos serviços públicos de saneamento básico. Para se ater ao objeto desta pesquisa, demonstrou-se que o atingimento da cobertura integral do sistema de fornecimento de água potável, coleta e tratamento de esgoto encontra-se diretamente relacionado com a prevenção de doenças e com o desenvolvimento social, devendo ser implementado pelo Estado como forma de assegurar o direito de todos à saúde, conforme previsto na Constituição. Assim, cuidou-se de apurar um pouco da história do saneamento básico, a titularidade para a prestação de tais atividades, o atual regramento jurídico desses serviços (com ênfase nos princípios norteadores da Lei de Diretrizes Nacionais, na obtenção de recursos e remuneração, bem como nas atividades de prestação e regulação). Discutiu-se o controle sobre os serviços e também a participação privada no setor, passando por um estudo do “modelo” francês de saneamento básico. Por fim, abordou-se a prestação e a regulação do saneamento básico por consórcios públicos de entes federativos.

Palavras chave: saneamento básico, prestação, regulação, gestão associada, consórcios públicos.

ABSTRACT

LORENTE, Rodrigo Fornaziero Campillo. Associated management of the sanitation service through the public conglomerates. Ribeirão Preto, 2016. Dissertation. Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2016.

This research has as hypothesis the fact that the activities required of the contemporary public administration in Brazil is the one that best fits with the constitutional values aimed at development of the nation, thus understood that which ensures the greatest assurance possible for the fundamental value of the Republic: the dignity of the human person. This new vision of administrative law, from the Constitution, receive several names, among them constitutionalization of administrative law, and preach not only the duties of legality, impersonality, morality, and transparency, but also the efficiency in achieving the second-generation rights still not properly enforced in Brazil, such as the universalization of public sanitation services. To stick to the object of this research, it was demonstrated that the achievement of full coverage of drinking water supply system, sanitation system and sewer treatment is directly related to the prevention of diseases and with social development, and must be implemented by the State as a way to ensure everyone's right to health, as directed for in the Constitution. Nevertheless, the study broth some light in the history of sanitation, the ownership for the provision of such services and the current rules and regulations (with emphasis on the guiding principles of the law of directives for national basic sanitation, on obtaining funds and compensation, as well as in the activities of regulation and services provided). After deliberate over control of the services and also the private participation in the sector, through a study of the French "model" of basic sanitation systems. The final approach move toward the provisions and regulations of basic sanitation by Federative public conglomerates.

Keywords: basic sanitation, provision, regulation, associated management, public conglomerates.

SUMÁRIO

1 O SANEAMENTO BÁSICO COMO DECORRÊNCIA DO DIREITO AO DESENVOLVIMENTO.....	17
1.1 Introdução.....	17
1.2 A dignidade da pessoa humana como valor fundante da ordem jurídica e sua ligação com o desenvolvimento.....	18
1.3. Direitos fundamentais à saúde e ao saneamento básico na Constituição Brasileira de 1988.....	21
1.4 O dever estatal de universalização do saneamento básico.....	23
1.5 Saneamento básico: desenvolvimento, saúde e dignidade da pessoa humana.....	29
2. SANEAMENTO BÁSICO.....	31
2.1 Políticas públicas para o saneamento básico.....	33
2.2 O princípio da universalização.....	36
2.3 Uma breve história do saneamento básico.....	37
2.4 O desenvolvimento do saneamento básico no Brasil.....	39
2.4.1 O Planasa.....	42
2.4.1.1 Resultados obtidos pelo Planasa.....	45
2.4.1.2 Deficiências do modelo.....	46
2.4.2 Os governos Fernando Henrique Cardoso, Lula e Dilma.....	47
3 ATUAL REGRAMENTO JURÍDICO DO SANEAMENTO BÁSICO.....	51
3.1 Competência.....	51
3.1.2 Competências constitucionais em matéria de recursos hídricos.....	52
3.1.3 Competências específicas para o saneamento básico.....	53
3.1.4 Competência para a prestação dos serviços de saneamento básico.....	54
3.1.4.1 Competência comum.....	55
3.1.4.2 Interesse local.....	55
3.1.4.3 O exemplo do Município de São Paulo.....	57
3.1.4.4 Regiões metropolitanas.....	58
3.2 Delineamentos da Lei Federal nº 11.445, de 2007.....	63
3.2.1 Planejamento.....	64
3.2.1.1 Competência para a edição do plano.....	68
3.2.1.2 Forma jurídica.....	69
3.2.1.3 Conteúdo.....	70

3.2.2 Prestação dos serviços de saneamento básico.....	70
3.2.3 Regulação do saneamento básico.....	72
3.2.3.1 Exercício da função de regulação	73
3.2.3.2 Princípios da Transparência, tecnicidade, celeridade e objetividade das decisões .	76
3.2.3.3 Objetivos da regulação.....	79
4 ASPECTOS ECONÔMICOS E SOCIAIS DOS SERVIÇOS PÚBLICOS DE SANEAMENTO BÁSICO	83
4.1 Fontes de recursos do setor de saneamento básico	83
4.2 A remuneração dos serviços de saneamento básico.....	87
4.2.1 A natureza da contraprestação pecuniária nos serviços de saneamento básico	89
4.2.2 A disciplina da remuneração dos serviços na Lei 11.445/2007	93
4.3 A sustentabilidade econômica do serviço de saneamento básico	97
5 CONTROLE SOBRE AS ATIVIDADES DE PRESTAÇÃO E REGULAÇÃO	103
5.1 Linhas gerais	104
5.2 Controle externo.....	105
5.2.1 Controle pelo Poder Judiciário.....	109
5.2.2 O controle social do setor de saneamento básico.....	111
5.2.2.1 Controle social sobre o estabelecimento das metas	114
5.2.2.2 Controle social sobre a regulação e fiscalização dos serviços de saneamento básico	115
6 CONSIDERAÇÕES SOBRE A PARTICIPAÇÃO PRIVADA NA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS DE SANEAMENTO BÁSICO.....	117
6.1 Composição intersetorial, intergovernamental e o primado da universalização dos serviços.....	117
6.2.1 Organização do saneamento básico no ordenamento jurídico francês	121
6.2.2 Espécies de gestão dos serviços de saneamento básico na França	122
6.2.3 Os contratos de concessão da prestação do serviço	124
6.2.4 Desequilíbrio de poder entre as autoridades delegantes e as empresas	126
6.2.5 Cooperação intercomunal para a gestão dos serviços de saneamento básico	131
6.2.6 A regulação dos serviços franceses de saneamento básico.....	135
6.3 A oportunidade brasileira.....	137
6.3.1 Os ensaios brasileiros.....	141
6.3.2 Preparação para a privatização.....	143
6.4 Conclusão do capítulo.....	146

7 OS CONSÓRCIOS PÚBLICOS NA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS DE SANEAMENTO BÁSICO	149
7.1 Introdução	149
7.2 Estabelecimento de relações de cooperação federativa	153
7.3 Prestação dos serviços de saneamento básico por consórcios públicos	157
8 REGULAÇÃO DO SANEAMENTO BÁSICO POR CONSÓRCIOS PÚBLICOS	163
8.1 A regulação consorciada do saneamento básico no Brasil	165
8.1.2 Fundamento do poder normativo das agências reguladoras	168
8.1.3 A ARES-PCJ	172
9 CONCLUSÃO	175
REFERÊNCIAS	179

INTRODUÇÃO

Objeto de estudo

Os serviços de saneamento básico serão o principal foco de estudos com especial ênfase nas atividades de prestação e regulação, sempre perseguindo a universalização do fornecimento de água potável e coleta e tratamento de esgotos. Para alcançar o melhor resultado possível, a proposta é estudar de que forma se podem dar os arranjos entre os entes públicos titulares dessas incumbências.

Parte-se do pressuposto que o avanço do saneamento se tornou um desafio essencialmente jurídico. Isso porque a urbanização acelerada do Brasil nas últimas décadas, bem como a péssima distribuição da população pelo território nacional, o que ocasionou o fenômeno de aglutinação de municípios e do surgimento de diversas regiões metropolitanas, levanta dificuldades em se entender os serviços de saneamento básico como sendo uma preocupação exclusivamente local. Nesse ponto, é preciso pesquisar se as condições fáticas ainda permitem que a titularidade seja municipal, conforme disposto na Constituição Federal, ou se a titularidade estadual seria mais adequada. Caso se entenda pela possibilidade de manutenção no leque de atribuições dos Municípios, é imprescindível pesquisar uma forma jurídica para que eles acertem seus interesses com a União e com o Estado-membro e também atuem em conjunto com as outras cidades, pelo menos, as componentes da mesma bacia hidrográfica.

Em que pese o grande avanço representado pela Lei Federal nº 11.445, de 2007, que estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico, não se pode dizer que as normas jurídicas atuais são capazes de compor imediatamente os conflitos federativos, e buscar a melhor solução para o saneamento básico em todos os níveis, exigindo um grande esforço dos intérpretes que deverão se valer das pesquisas jurídicas, ainda incipientes, para criar as soluções diante do caso concreto.

O tradicional modelo do Município singularmente considerado como o único competente e responsável em cuidar do saneamento básico em seu território, sem maiores complexidades jurídicas, foi substituído pela constatação fática e lógica de que esses serviços dependem de recursos naturais, ao menos, regionais. Por essa razão, não são recomendáveis decisões unilaterais dos municípios que desconsiderem as consequências reflexas. Além disso, os serviços de saneamento básico se tornaram complexos, exigindo elevados níveis de

qualidade, tanto na prestação quanto na regulação, o que demanda um corpo técnico que nem sempre os recursos financeiros do Município conseguem suportar.

Nesse quadro, é preciso inquirir as novas regras ou a ausência de normas específicas na construção de um federalismo cooperativo. Nesse ponto, tem-se como referência a Lei 11.107, de 2005, que dispõe sobre normas gerais de contratação de consórcios públicos.

Assim, a hipótese desenvolvida ao longo dessas páginas é de que, no contexto de expansão dos serviços públicos de saneamento básico, as disposições constitucionais e infraconstitucionais – em termos de titularidade das atividades envolvidas – necessitam de complementação doutrinária e jurisprudencial, igualmente se socorrendo do direito comparado, para que a atividade jurídica não obste, mas, ao contrário, contribua com a universalização dessa prestação estatal indispensável à saúde pública e ao desenvolvimento.

Portanto, as propostas formuladas pelo Direito Administrativo para equacionar as questões a respeito da titularidade dos serviços públicos e a associação entre entes federativos serão analisadas nesta pesquisa, verificando-se sua abrangência e possibilidade de solução dos problemas contemporâneos que afetam o saneamento básico.

Justificativa

É de conhecimento geral que um dos maiores entraves ao desenvolvimento brasileiro reside na ausência de serviços adequados de saneamento básico. Nesse sentido, toda pesquisa científica que se proponha a encontrar meios de contribuir com o objetivo de universalização destes serviços precisa ser realizada com urgência.

Se diversos campos da ciência podem colaborar para resolver esse grave problema ambiental e de saúde pública, o Direito não pode se furtar a tal missão, notadamente porque as ferramentas jurídicas para a implementação adequada da cooperação entre os entes públicos encontram-se disponíveis, devendo ser organizadas e ter seu estudo aprofundado para que se alcance um grau ideal de implementação.

Além disso, as dimensões do território nacional, a baixa capacidade institucional de grande parte das municipalidades brasileiras e os problemas inerentes à descontinuidade administrativa faz com que muitos gestores, principalmente os municipais, ainda desconheçam as potencialidades dos novos marcos regulatórios. Fazem-se necessários, portanto, instrumentos simples e eficazes para informar os governantes sobre as novas potencialidades aportadas pela Lei 11.107, de 2005, para a gestão integrada do saneamento. Nesse sentido, Ana Lúcia Brito concluiu: “(...)se sabe que as experiências ainda

são pouco numerosas e que muitos municípios desconhecem as potencialidades da cooperação com outros entes federados por meio do estabelecimento de consórcios públicos.”¹

Dessa maneira, pondera-se que, por trazer à baila e conjugar duas áreas de imenso realce ao país nesta quadra (meio ambiente e saúde pública), analisando-as à luz do moderno Direito Constitucional e Administrativo, o tema e os objetivos buscados com essa pesquisa oferecem alguma relevância à comunidade jurídica.

Metodologia

O presente trabalho trata do serviço público de saneamento básico, delimitado em suas espécies abastecimento de água potável e esgotamento sanitário. Com vistas a debater e propor as melhores possibilidades jurídicas para a criação de estruturas administrativas que, por meio da melhor prestação e regulação, permitam alcançar a universalização do acesso.

A alternativa proposta para se buscar uma melhor utilização dos recursos financeiros disponíveis, maior organização da Administração Pública, adequado aproveitamento dos recursos naturais existentes e respeito ao Meio Ambiente, informará o recorte metodológico desta pesquisa, de maneira que as construções dogmáticas referentes ao saneamento básico serão levadas em conta somente na medida em que elucidem modos de tornar a prestação estatal mais eficiente. Os estudos empreendidos pela doutrina nacional especializada serão o principal referencial de apoio, na medida em que aprofundam a discussão sobre estratégias de integralidade, compreendida como o conjunto de todas as atividades e componentes de cada um dos diversos serviços de saneamento básico, propiciando à população o acesso na conformidade de suas necessidades e maximizando a eficácia das ações e resultados.

Dessa feita, o que se pretende é proceder uma análise das obras jurídicas elaboradas sobre o tema, percorrendo sobre o problema tratado por elas. Com esse objetivo, a referência aos artigos e livros sobre o assunto tem o condão de estruturar a dissertação e seu tema central da expansão do saneamento básico por meio do instrumento da cooperação interfederativa, contribuindo com uma reflexão sobre as estruturas dos serviços públicos brasileiros.

Ressalta-se, ainda, que a proposta da pesquisa não é o completo diagnóstico da legislação administrativa sobre o tema, mas sim escolher, dentre um amplo rol de dispositivos

¹ BRITO, Ana Lúcia. **Consórcios públicos de saneamento no Brasil**. Disponível em: http://www.observatoriodasmetropoles.net/index.php?option=com_k2&view=item&id=530:observat%C3%B3rio-funasa-cons%C3%B3rcios-p%C3%BAblicos-de-saneamento-no-brasil&Itemid=164&lang=pt. Acessado em 10 de junho de 2014.

estabelecidos pelo legislador, alguns que mais se coadunem com a hipótese desse estudo. Nesse sentido, procede-se a uma abordagem qualitativa e não quantitativa dos artigos de lei.

Isto porque foi trabalhada a circunstância de que o Direito do Saneamento Básico se coaduna com o federalismo cooperativo. Sendo assim, a investigação empírica completa está desde logo contida no próprio objeto de estudo.

Os principais diplomas legislativos selecionados para esta análise foram: Constituição da República Federativa do Brasil; Lei de Diretrizes Nacionais para o Saneamento Básico (Lei nº 11.445/2007); e a Lei de Normas Gerais de Contratação de Consórcios Públicos (Lei nº 11.107/2005).

A partir de uma visão constitucional do Direito Administrativo contemporâneo, o fundamento para escolha da primeira lei foi a amplitude de conceitos e princípios contidos em seu texto, com vistas a garantir sua eficácia e a eficiência dos serviços públicos de que trata, sempre indicando que os serviços de saneamento básico precisam atender à toda a população nacional; a segunda lei traz mecanismos que podem ser considerados imprescindíveis para viabilizar os objetivos da primeira.

Outrossim, procedeu-se a um breve estudo do denominado modelo francês para o saneamento básico, discutindo seus problemas, exemplos e evolução ao longo do tempo.

Estrutura e conteúdo

O primeiro capítulo apresenta a noção contemporânea de desenvolvimento e fundamenta o entendimento de que a criação de condições favoráveis à evolução dos povos e indivíduos representa a responsabilidade primária dos Estados. Igualmente, preocupa-se em demonstrar a conexão direta existente entre o saneamento básico e os serviços públicos de saúde pública e com o direito ao desenvolvimento e, por consequência, com uma existência digna. As considerações deste capítulo reúnem também os fundamentos para que os serviços de saneamento básico possam ser classificados, sob o ponto de vista das garantias fundamentais, como direitos a uma prestação estatal que deva ser executada de forma eficiente.

Em seguida é feita uma análise do conceito de saneamento básico e de suas mutações ao longo da história, das políticas públicas que informam o setor e o progresso da atividade no Brasil, com seus planos, sucessos e fracassos.

No capítulo terceiro, buscou-se evidenciar como esse cenário de expansão dos serviços públicos impactou na Constituição da República de 1988 e na criação legislativa que

se seguiu, explorando: a titularidade da competência para as atividades que envolvem o saneamento básico e as linhas mestras da Lei de Diretrizes Nacionais para o Saneamento Básico, especialmente nas questões concernentes ao planejamento, a prestação e a regulação.

Nos capítulos quarto, quinto e sexto abordaram-se, respectivamente: os aspectos econômicos e sociais dos serviços públicos de saneamento básico; o controle sobre os serviços públicos de saneamento básico; e a participação privada na prestação dos serviços de saneamento básico.

Por fim, aponta-se como os consórcios públicos na prestação e na regulação dos serviços públicos de saneamento básico são capazes de apresentar inúmeras vantagens à população dos entes consorciados.

1 O SANEAMENTO BÁSICO COMO DECORRÊNCIA DO DIREITO AO DESENVOLVIMENTO

1.1 Introdução

O conteúdo dos direitos humanos não é estanque, ao contrário encontra-se em gradativo desenvolvimento, evoluindo e aumentando seu elenco, conforme a história da humanidade avança e o homem apresenta novos interesses e necessidades. Trata-se de uma classe variável de direitos que “não são um dado, mas um construído, uma invenção humana em constante processo de construção e reconstrução.”²

A partir desse prisma evolutivo, os direitos humanos são classificados em três grupos principais: os direitos de liberdade, os direitos de prestação (igualdade) e os direitos de solidariedade (fraternidade). Nesta última dimensão, encontra-se o direito ao desenvolvimento, sendo este totalmente ligado ao tema deste trabalho, vez que, partindo da ideia antropocêntrica de desenvolvimento, se intenta demonstrar as maneiras legalmente impostas e autorizadas de atuação do Estado na seara do saneamento básico, a fim de concretizar o direito de acesso de todo cidadão a esse serviço público essencial que decorre do pacto internacional e constitucional de assegurar a qualquer ser humano o mínimo para uma vida digna.

A Organização das Nações Unidas alargou o conceito de desenvolvimento, que antes estava estritamente ligado com a economia das nações, em uma análise simplista das riquezas acumuladas e do produto interno bruto, para enaltecer o desenvolvimento como uma vertente dos direitos humanos, significando não só a derrubada das barreiras ao crescimento econômico dos países subdesenvolvidos como igualmente a implementação de atitudes concretas de ascensão, pelos Estados, do aperfeiçoamento econômico, social e cultural de seu povo, de forma que ficasse garantida a participação de todos no progresso e nas vantagens que ele é capaz de proporcionar, indo muito além, nesse formato, de seu anterior significado, ligado à economia das nações.

Dessa forma, o pensamento rudimentar de que o crescimento econômico bastaria por si só para garantir o desenvolvimento foi deixado de lado, pois se percebeu que a obtenção do Estado de bem-estar social não poderia ser reduzido ao acréscimo econômico dos países.

² BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Apresentação de Celso Lafer. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 18.

Inclusive, a Declaração das Nações Unidas sobre o Direito ao Desenvolvimento, em seu preâmbulo, enfatiza que:

o desenvolvimento é um processo econômico, social, cultural e político abrangente, que visa ao constante incremento do bem-estar de toda a população e de todos os indivíduos com base em sua participação ativa, livre e significativa no desenvolvimento e na distribuição justa dos benefícios daí resultantes;

(...)

a pessoa humana é o sujeito central do processo de desenvolvimento e que essa política de desenvolvimento deveria assim fazer do ser humano o principal participante e beneficiário do desenvolvimento;

(...)

a criação de condições favoráveis ao desenvolvimento dos povos e indivíduos é a responsabilidade primária de seus Estados.³

Assim, se por um lado, os Estados são titulares do direito ao desenvolvimento em relação à ordem internacional, podendo exigir a implementação de uma ordem mundial cooperativa, capaz de implementar circunstâncias propícias a efetiva prosperidade de cada país; por outro, os indivíduos surgem como titulares do direito ao desenvolvimento em face de seu respectivo Estado, a quem compete, promover e garantir condições interiores favoráveis ao desenvolvimento, devendo formular políticas nacionais adequadas, que visem ao constante aprimoramento do bem-estar de toda a população e de todos os indivíduos, assegurando, *inter alia*, igualdade de oportunidade para todos no acesso aos recursos básicos, educação, serviços de saúde, alimentação, habitação, emprego e distribuição equitativa da renda e adotando medidas para assegurar o pleno exercício e o fortalecimento progressivo do direito ao desenvolvimento, incluindo a formulação, adoção e implementação de políticas, medidas legislativas e outras, em níveis nacional e internacional.⁴

1.2 A dignidade da pessoa humana como valor fundante da ordem jurídica e sua ligação com o desenvolvimento

O valor fundamental da ordem jurídica internacional e que coordena o sistema global protetivo dos direitos humanos é dignidade da pessoa humana. Logo, como não poderia deixar de ser, o desenvolvimento deve ser entendido como algo que leva a concretude desse núcleo mínimo existencial que cada ser humano possui, simplesmente, por sua qualidade de humano.

³ Adotada pela Resolução n.º 41/128 da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 4 de dezembro de 1986. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Direito-ao-Desenvolvimento/declaracao-sobre-o-direito-ao-desenvolvimento.html>. Acesso em 27/05/2016.

A dignidade da pessoa humana é o atributo inerente e particular presente em cada ser humano que o faz digno do mesmo respeito e atenção por parte do Estado e da sociedade, significando, nessa lógica, um complexo de direitos e deveres básicos que protejam a pessoa tanto em face de situações degradantes e desumanas, como lhe assegure as condições existenciais mínimas para uma vida em plenitude, e, também, oportunize e favoreça sua participação influente e corresponsável no futuro de sua vida e dos demais seres humanos.

Existe, portanto, um plexo de direitos componentes do conceito de dignidade da pessoa humana.

De início é preciso enfatizar o grande axioma da civilização ocidental que é o homem como fim em si mesmo.

Em sequência, perceber que a dignidade da pessoa humana possui aplicabilidade tanto na relação entre particulares, com deveres recíprocos de respeito aos direitos fundamentais (eficácia horizontal), quanto na correspondência entre os indivíduos e o Estado (eficácia vertical), sendo que, sob essa faceta, se desdobra em duas consequências: impõe limites ao Estado e, igualmente, deveres de incrementar as condições mínimas para uma vida digna.

Assim, o princípio da dignidade da pessoa humana é o sustentáculo dos direitos humanos internacionais, servindo ao fomento e preservação do bem-estar de todos os indivíduos, detendo eficácia sobre toda a sociedade e, ao mesmo tempo, reivindicando a atuação estatal para resguardar e instaurar o mínimo existencial de seu povo.

Em verdade cuida-se de um sobreprincípio, pois se trata de uma referência constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais.

Sobre o conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana, lembra-nos Maria Silva Zanella Di Pietro que:

Trata-se de expressão com significado indeterminado, aplicável às mais variadas áreas dos direitos individuais. Trata-se de um princípio cujo significado é mais fácil de intuir do que definir. Com efeito, todos nós temos consciência de que cada ser humano tem sua individualidade, suas crenças, seus sonhos, suas esperanças, sua fé. Todo ser humano quer ter liberdade para decidir como conduzir sua vida sem interferência do Estado. Todo ser humano quer ser tratado com igualdade em relação aos seus semelhantes. Todo ser humano quer ser reconhecido como pessoa e respeitado como tal.

(...)

Partindo-se da ideia de que a dignidade é inerente a todo ser humano, em seu conteúdo inserem-se todos os direitos individuais, sejam eles econômicos, políticos, sociais, culturais ou de qualquer outra natureza, previstos em Constituições, Declarações de Direitos ou em leis infraconstitucionais.⁵

⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo e dignidade da pessoa humana. **A&C –Revista de Direito Administrativo & Constitucional**. Belo Horizonte, ano 13, n. 52, abr./jun. 2013. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=96089>. Acesso em: 11/07/2015.

A imprescindibilidade para um Estado Democrático da prevalência da dignidade da pessoa humana é tão grande que alguns autores, como o faz Fábio Konder Comparato⁶, chegam a dizer que o texto constitucional brasileiro teria sido mais correto se o tivesse elencado como sendo o fundamento do Estado e não como um de seus fundamentos.

De fato, não se vê qualquer lógica para a existência que de um Estado que não coloque a felicidade do indivíduo como seu fim último, como a sua razão de existir, em uma exata lógica Kantiana de colocar o Estado como meio para que as pessoas atinjam seus ideais de plenitude e não o contrário.

Dando amplitude a esse sentido, bem observa José Afonso da Silva que:

[...] se é fundamento é porque se constitui num valor supremo, num valor fundante da República, da Federação, do País, da Democracia e do Direito. Portanto, não é apenas um princípio da ordem jurídica, mas o é também da ordem política, social, econômica e cultural. Daí sua natureza de valor supremo, porque está na base de toda a vida nacional.⁷

A partir dessa consideração da pessoa humana como fundamento, medida e fim do direito, e das atuais perspectivas sobre o que é desenvolvimento, como meio para aumento dos níveis de bem-estar, auxiliando as pessoas na busca de uma vida digna, a Organização das Nações Unidas criou o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD). Em 1990, o PNUD introduziu universalmente o conceito de Desenvolvimento Humano, que parte do pressuposto de que para aferir o avanço na qualidade de vida de uma população é preciso ir além do viés puramente econômico e considerar três dimensões básicas: renda, saúde e educação. Esse conceito é a base do Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) e do Relatório de Desenvolvimento Humano (RDH), publicado anualmente pelo PNUD.⁸

Em 2000, os líderes mundiais assumiram o compromisso de alcançar os Objetivos de Desenvolvimento do Milênio, um conjunto de oito metas cujo objetivo é tornar o mundo um lugar mais justo, solidário e melhor para se viver, incluindo o objetivo maior de reduzir a pobreza extrema. Essas metas elencam algumas esferas fundamentais que devem ser cuidadas a fim de eliminar a miséria, bem como apontam áreas para as quais o investimento público precisa ser direcionado. Entre esses propósitos, ressalta-se a necessidade de garantir a sustentabilidade ambiental, incluindo o acesso universal à água potável e a melhoria significativa das condições de saneamento.

⁶ COMPARATO, Fábio Konder. Fundamento dos direitos humanos. In: DINIZ, José Janguê Bezerra (coord.) **Direito Constitucional**. 1. ed. Brasília: Consulex, 1998, p. 176.

⁷ **Comentário contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 38.

⁸ Cf. **Sobre o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento**. Disponível em: <http://www.pnud.org.br/sobrepnud.aspx>. Acesso em 28 de maio 2015.

Inclusive, uma das forças-tarefa do Projeto do Milênio, que tem como finalidade precípua a água e o saneamento básico, expediu uma das denominadas “recomendações mundiais”, no sentido de se dar prioridade máxima para a solução da escassez de saneamento em várias nações e a indispensabilidade do forte aumento dos investimentos no setor.

Se atentou para a ligação entre os mais elementares instrumentos de existência do ser humano e os serviços de saneamento, enfatizando-se que a prestação destes serviços públicos de forma eficaz e universal é o primeiro degrau para a concretização do desenvolvimento, o qual, como já se disse, é imperativo para a paulatina realização do princípio da dignidade da pessoa humana.

1.3. Direitos fundamentais à saúde e ao saneamento básico na Constituição Brasileira de 1988

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 significa o ponto de reinserção do Brasil no mundo democrático pós-regimes de exceção e, com seu novo e extenso rol de direitos do cidadão, representa a inquestionável consolidação legislativa das garantias e direitos fundamentais do indivíduo. A Magna Carta possui como princípio basilar, capaz de lhe assegurar unidade, sentido e alicerçar todo o Estado brasileiro, a dignidade da pessoa humana, insculpida logo em seu artigo 1º, inciso III, devendo ser interpretada como o início e o fim da ordem jurídica vigente.

Quer isso significar que “a República se consubstancia em organização política a serviço do homem, que com ela coopera.”⁹ A partir dessa noção é que se perseguem os objetivos fundamentais da República brasileira de construir uma sociedade livre, justa e solidária, erradicar a pobreza, promover o bem de todos e assegurar o desenvolvimento nacional.

Avançando, é possível perceber que a ideia de desenvolvimento, igualmente, se coaduna com esses objetivos, pois promover o bem de todos é da essência desse direito fundamental de terceira dimensão vocacionado ao aumento da satisfação das pessoas com sua vida em sentido amplo.

Uma vez que o conceito contemporâneo de desenvolvimento significa o constante incremento do bem-estar de todos os indivíduos, é dever imposto pela Constituição que as

⁹ ALMEIDA, Luciana Dayoub Ranieri. O Saneamento Básico como Elemento Essencial do Direito ao Desenvolvimento e a Correlata Orientação da Lei nº 11.445 de 2007. In: OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; POZZO, Augusto Neves Dal (coord.). **Estudos sobre o Marco Regulatório de Saneamento Básico no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 77.

políticas públicas contemplem as maneiras de criar as premissas do desenvolvimento e, conseqüentemente, a disponibilização ao alcance de cada pessoa. Não há como pensar em atitudes estatais dissociadas do objetivo de garantia do mínimo existencial a uma vida humana digna, por isso o desenvolvimento foi alçado a objetivo da República, sendo afirmado e espelhado em um amplo espectro pelos dispositivos constitucionais.

Portanto, se a dignidade da pessoa humana é o princípio nuclear da ordem jurídica constitucional, é fácil entender que a soberania popular tenha fundado uma organização política com a finalidade de concretizar o projeto político positivo, dando a essa instituição o nome de Estado, que sempre deve perseguir a satisfação do interesse público, vez que seu fim é a garantia da dignidade da pessoa humana.

Por determinação constitucional, o Poder Público deve disponibilizar aos administrados prestações básicas que lhes preserve ou restaure o mínimo existencial, sendo básico entender que aí se compreende o direito à saúde, como desdobramento da necessidade oferecimento de segurança social aos cidadãos. É, portanto, direito de todo brasileiro, de acordo com o artigo 6º e 196 da Constituição da República, exigir do Estado que ele preste políticas públicas socialmente ativas na área da saúde.

O direito às prestações de saúde induz, pois, ao correlato “dever” do Estado de concretizá-lo, mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução dos riscos de doença e de outros agravos e também por meio de serviços de promoção, proteção e recuperação, conforme disposto no artigo 2º da Lei Federal nº 8.212, de 1991, que dispôs sobre a seguridade social.

Assim, tanto o texto constitucional quanto o infraconstitucional exigem que o Poder Público assegure o direito fundamental a um curso vital, livre de riscos à saúde, prevenindo lesões ou pioras na saúde das pessoas, devendo, para tanto, implementar ações que impeçam doenças e mortes. Obviamente, nesse quadro encontram-se as políticas de medicina preventiva e o serviço de saneamento básico que é medida antecedente de cuidado em favor de qualquer ser humano a que se ambicione uma vida dentro dos parâmetros mínimos de saúde, pois esta atividade pública compreende a captação, o tratamento e a distribuição da água, do esgoto sanitário, e a coleta de resíduos sólidos, ligando-se, dessa forma, aos cuidados essenciais de higiene. Na verdade, nem precisaria estar o direito à saúde previsto na Constituição para se abarcar o saneamento básico como uma obrigação primária da Administração Pública, pois há a garantia de proteção à vida, no *caput*, do artigo 5º, da Constituição, e, obviamente, o direito à uma existência digna, onde se protege o indivíduo de

interferências lesivas a sua saúde passa pelo funcionamento regular do sistema de saneamento básico.

Mais especificadamente, a Constituição da República trouxe dispositivos que enfatizam a natureza de serviço público do saneamento básico, tais como: a competência exclusiva da União para instituir diretrizes para o saneamento básico e promover planos de desenvolvimento social (artigo 21, incisos IX e XX); competência comum dos entes federativos para promover a melhoria das condições de saneamento básico (artigo 23, inciso IX); organização do sistema de saúde tendo com diretriz as atividades preventivas (artigo 198, inciso II), bem como atribui ao sistema único de saúde a competência para participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico (artigo 200, inciso IV).

É seguro, portanto, afirmar que, sendo o pilar do Estado a dignidade da pessoa humana, e o desenvolvimento encontrando sua razão de ser na melhoria da qualidade de vida das pessoas, o serviço público de saneamento básico deve obrigatoriamente ser disponibilizado pelo Estado a todos os brasileiros, devendo o legislador cuidar de estabelecer instruções detalhadas de como a Administração Pública deverá satisfazer as normas constitucionais para concretizar o espírito da Constituição que é o absoluto respeito à dignidade da pessoa humana.

1.4 O dever estatal de universalização do saneamento básico

Já foi dito que a organização política que se denomine Estado Democrático de Direito encontra seu fundamento de validade em um amplo conteúdo de valores éticos previsto na Constituição nacional.

O Poder Público não pode se esquivar de sua missão de efetivação do projeto político constitucional, com o objetivo de construção de uma sociedade justa e solidária, se responsabilizando pelo desenvolvimento e o bem-estar de todos, corporificando a ideia de justiça social prevista na Constituição.

E isso porque a noção contemporânea de desenvolvimento é pacificamente caracterizada como um direito humano, indispensável ao bem-estar coletivo, necessário para garantir aos homens seu ciclo vital, com a posse de um mínimo existencial capaz de salvaguardar sua dignidade.

A partir dessa ideia e dando destaque à necessária materialização desta tábua axiológica, sobressaindo-se a necessidade de ampliação democrática e de concretização dos fins do Estado, nasce a noção de constitucionalização do Direito Administrativo, com a

alteração do princípio da legalidade administrativa, de mero postulado da legalidade formal para legalidade substancial. Essa afirmação pode ser melhor compreendida com a alteração do ponto de vista do Direito Administrativo, partindo-se da Constituição para esse ramo do Direito, interpretando-se as normas dessa disciplina de forma a realizar os valores consagrados pela Magna Carta.

Ocorre que, ao Estado compete uma variedade de obrigações, decorrentes do interesse público, sendo sua competência corresponder às expectativas da sociedade por intermédio da execução de suas atribuições com a finalidade de concretizar os princípios e valores democráticos insculpidos na lei maior, em 1988.

O instrumento que possui o Estado para pôr em prática essas tarefas é, exatamente, a atividade da Administração Pública, assim entendida como sendo o provimento do Estado dos equipamentos necessários para consubstanciar suas finalidades. Por isso, o Estado não está autorizado pela Constituição a se desfazer dessas competências legais e desse apetrecho institucional, devendo, ao contrário, zelar pela sua conservação e fortalecimento, de acordo com as medidas e fins legalmente estipulados.

Sabe-se que a Constituição é o elo entre a política e o Direito, pois nesse documento é que se escreve o projeto da futura nação que se quer construir, sendo seu texto composto pelas mais importantes metas coletivas, cuja concretização será tarefa das políticas públicas. Assim entendidas como atividades de governo dirigidas a tonar reais os desígnios constitucionais.

Já o interesse público nada mais é do que o próprio programa constitucional, ou seja, o conjunto dos mais caros princípios e fins exaltados na Constituição de República pela sociedade brasileira.

Por isso que Luciana Dayoub Ranieri de Almeida enfatiza que “as políticas públicas nada são senão instrumentos de concretização do interesse público.”¹⁰

Por sua vez, a Administração Pública deve sempre se preocupar com a realização dos valores constitucionais, servindo para adequar materialmente as leis e opções políticas a determinado objeto, em conformidade com o projeto que a sociedade encomendou e foi fundamentada pelos objetivos constitucionais, assim como instruir a atividade administrativa, dizendo o que fazer nas hipóteses em que há discricionariedade sobre o modo de agir da Administração.

Por isso que a Administração Pública compreende as funções políticas e administrativas, aquelas no sentido do conjunto de órgãos governamentais com atribuições de

¹⁰ Op. cit. p. 82.

pautar os projetos públicos e estas com o significado de estruturas administrativas com competência para executar esses programas.

Em realidade, a Administração, como um todo, tem a incumbência de materializar os desígnios do Estado brasileiro, perseguindo a tentativa de transformação do aglomerado normativo que pauta a nação, com destaque para os princípios constitucionais, em uma realidade concreta. Assim, quando acionada, a máquina administrativa se preocupará em concretizar as escolhas estabelecidas no texto constitucional, tendo sempre como balizas de seu modo de agir os caminhos legislativos infraconstitucionais.

Dentro desse maquinário administrativo estatal, em relação direta com a população, realizando diversos desideratos do Estado, como imprescindível meio de materialização de muitas políticas públicas, encontra-se a execução de serviços públicos, tais como os de saneamento básico, vez que, na definição da professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro, serviço público é: “toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que a exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente público.”¹¹

Por essa razão, é preciso ter em vista que o estudo dos serviços públicos se conecta diretamente com os direitos fundamentais de segunda dimensão, ou seja, os direitos sociais ou prestacionais, previstos, inclusive, na Constituição Brasileira, como, por exemplo, o sistema único de saúde e as atividades de prevenção, dentre elas o implemento da universalização do saneamento básico. O que se quer dizer é que a Administração recebe os comandos constitucionais e, por meio dos serviços públicos, efetiva os direitos à prestação, transformando em realidade algo que estava previsto somente no papel, de forma abstrata.

Importante também destacar que a Emenda Constitucional nº 19, de 1998, alterou o artigo 37 da Constituição, para incluir a eficiência no rol dos princípios da Administração Pública expressos no texto constitucional, isso significa, para o estudo que aqui se depreende, que a atividade Administrativa precisa ser pautada também por esse conceito que, na seara dos serviços públicos, traduz a gestão com proporcionalidade material entre os meios e os fins, em uma ação pública que obtenha os melhores resultados possíveis. Cuidou a legislador constituinte derivado de obrigar a Administração a realizar suas tarefas do modo mais oportuno e adequado em relação aos objetivos pretendidos.

Diretamente conectado com os serviços públicos de saúde pública e com o direito ao desenvolvimento e, por consequência, com uma existência digna, está o saneamento básico.

¹¹ **Direito Administrativo**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 90

Igualmente, os serviços de saneamento básico podem ser classificados, sob o ponto de vista das garantias fundamentais, como direitos a uma prestação, pois se encontra no rol de direitos sociais e responsabiliza o Estado a executar de forma eficiente o serviço de saneamento básico.

Sendo uma atividade destinada a satisfazer concretamente as necessidades coletivas e tendo o Estado assumido seus encargos, pois reconheceu sua indispensabilidade para a salubridade da coletividade, o saneamento básico deve ser classificado entre os serviços públicos e, devendo ser oferecida a todos os administrados, será exercida sob o regime de direito público.

A Constituição da República dá ênfase a esse aspecto preventivo que o saneamento básico desempenha sobre a saúde humana, especialmente quando assegura expressa e materialmente o direito à saúde sob três vertentes: proteção, promoção e recuperação. A Magna Carta brasileira, também sobreleva a importância do saneamento básico ao dispor que a União terá a competência para elaborar e executar planos nacionais e regionais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social e instituir diretrizes nacionais para o saneamento básico (artigo 21, incisos IX e XX).

Com esse desiderato, editou-se a Lei Federal nº 11.445, de 2007, que estabelece as diretrizes nacionais para o saneamento básico e para a política federal de saneamento básico, com o firme propósito de estabelecer os marcos referenciais às três esferas da federação com vistas a universalizar o acesso, com uma prestação racionalizada e preocupada com o meio ambiente. Com essa lei, atualiza-se, no âmbito legislativo, a política pública de saneamento básico brasileira, com sede no desenvolvimento social, garantindo que os serviços de abastecimento de água potável, esgotamento sanitário, limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos e drenagem e manejo das águas pluviais urbanas, sejam prestados em condições mínimas de qualidade.

O maior desafio da Lei de Diretrizes Nacionais para o Saneamento Básico, exposto em vários de seus artigos, é a ampliação progressiva do acesso de todos os domicílios ocupados ao saneamento básico, ou seja, a universalização do atendimento.

Essa difusão dos serviços de saneamento básico por todas as residências brasileiras é diretamente ligada com a diminuição da pobreza e das doenças causadas pela falta do fornecimento de água potável e de estruturas de esgoto, relacionando-se, portanto, com o desenvolvimento de uma região, rompendo com um círculo vicioso. Nesse sentido, o artigo 3º, da Lei nº 11.445, de 2007, traz, em seus incisos, algumas definições que já demonstram o intuito da lei em universalizar os serviços e atender da melhor maneira possível as populações

e localidades de baixa renda, tais como os conceitos de: gestão associada; universalização; controle social; e subsídios.

Essa imposição de uma busca incessante da universalização dos serviços, pela Lei de Diretrizes Nacionais, se faz presente, também, nas disposições relativas à atividade regulatória, nas hipóteses de transferência e concessão da prestação do serviço e nas normas que cuidam especificamente da prestação. Dessa forma, do início ao fim das operações relacionadas com os serviços públicos de saneamento básico, a universalização sempre precisa ser considerada para a tomada de decisões.

Veja-se que a atividade regulatória é competência do titular do serviço, que pode proceder sua delegação, porém, não obstante quem seja o ente regulador, deverá editar normas relativas às dimensões técnica, econômica e social de prestação dos serviços (artigo 23, da Lei 11445/2007), abrangendo, entre outros aspectos, as metas progressivas de expansão e de qualidade dos serviços e os respectivos prazos (inciso III); e subsídios tarifários e não tarifários (inciso IX).

No caso da concessão da prestação do serviço, a validade do contrato fica condicionada à existência de estudo comprovando a viabilidade técnica e econômico-financeira da prestação universal e integral dos serviços, nos termos do respectivo plano de saneamento básico (artigo 11, inciso II); à inclusão, no contrato, das metas progressivas e graduais de expansão dos serviços, de qualidade, de eficiência e de uso racional da água, da energia e de outros recursos naturais, em conformidade com os serviços a serem prestados (artigo 11, §2º, inciso II); e, ainda, a previsão da política de subsídios (artigo 11, §2º, inciso IV, alínea “c”).

Somado a todas essas normas, o planejamento da prestação dos serviços de saneamento básico abrangerá: diagnóstico da situação e de seus impactos nas condições de vida, utilizando sistema de indicadores sanitários, epidemiológicos, ambientais e socioeconômicos e apontando as causas das deficiências detectadas; objetivos e metas de curto, médio e longo prazos para a universalização, admitidas soluções graduais e progressivas, observando a compatibilidade com os demais planos setoriais; e mecanismos e procedimentos para a avaliação sistemática da eficiência e eficácia das ações programadas (artigo 19, incisos I, II e V). Sendo dever da entidade reguladora e fiscalizadora dos serviços a verificação do cumprimento dos planos de saneamento por parte dos prestadores de serviços (artigo 20, parágrafo único).

Percebe-se toda a preocupação da lei com a universalização do saneamento básico e que isso se dará por meio de metas objetivas, planos e programas, sujeitos à fiscalização

contínua, e também pela instituição obrigatória de instrumentos econômicos de política social voltados à garantir a generalização do acesso ao saneamento básico, especialmente para populações e localidades de baixa renda, denominados pela Lei 11.445, de 2007, de subsídios, conforme seu artigo 3º, inciso VII.

Inclusive, a problemática econômica-social foi uma das grandes preocupações da Lei nº 11.445, de 2007, tanto que o Capítulo VI cuidou só desse aspecto. Nesse ponto, determinou que a instituição das tarifas para os serviços de saneamento básico deveria observar as seguintes diretrizes: prioridade para atendimento das funções essenciais relacionadas à saúde pública; ampliação do acesso dos cidadãos e localidades de baixa renda aos serviços; e geração dos recursos necessários para realização dos investimentos, objetivando o cumprimento das metas e objetivos do serviço (artigo 29, § 1º). Com a mesma preocupação, tem-se, no artigo 30, que a estrutura de remuneração e cobrança dos serviços públicos de saneamento básico poderá levar em consideração as categorias de usuários, distribuídas por faixas ou quantidades crescentes de utilização ou de consumo; a quantidade mínima de consumo ou de utilização do serviço, visando à garantia de objetivos sociais, como a preservação da saúde pública, o adequado atendimento dos usuários de menor renda e a proteção do meio ambiente; e a capacidade de pagamento dos consumidores. Em continuidade, o artigo seguinte traça as características e definições dos subsídios necessários ao atendimento de usuários e localidades de baixa renda, dependendo das características dos beneficiários e da origem dos recursos.

Essa obrigação do Poder Público e de usuários de custear o acesso das pessoas menos ou nada favorecidas economicamente aos serviços de saneamento básico, decorre do princípio constitucional da solidariedade, previsto como objetivo da República, no artigo 3, inciso I, da Constituição Brasileira, e como base da seguridade social, no artigo 194 e seguintes, da Constituição. Mas não é só uma obrigação normativa, mas também encontra amparo em razões lógicas e técnicas, pois se uma localidade ou grupo de pessoas não dispõem, no mínimo, de água potável e coleta de esgotos, irão sobrecarregar o sistema único de saúde, com doenças causadas pela falta desses serviços, poluir o meio ambiente e ainda reduzir os índices de desenvolvimento regionais e até nacionais. Portanto, ainda que as razões fundadas na assistência aos mais pobres possam não convencer alguns críticos, ao menos razões mais egoísticas deverão persuadi-los, pois a ausência de saneamento básico eleva os gastos com saúde, aumenta as faltas ao trabalho devido às doenças e contamina o meio ambiente como um todo.

Indo além, em uma razão de um passo após a universalidade de acesso, a Lei de Diretrizes Nacionais para o saneamento básico cuidou do princípio da integralidade, que significa que todas as atividades e componentes dos serviços de saneamento básico sejam disponibilizados a todos os usuários, com vistas a aumentar, constantemente, a eficiência da prestação. Dessa forma, depois de todos os domicílios contarem com saneamento básico, a estrutura dos serviços deve ser incessantemente melhorada, ampliada e modernizada, com vistas à maximização da eficácia das ações resultados (artigo 2º, inciso II, da Lei 11.445/2007).

A preocupação com esse avanço da prestação se encontra em diversos dispositivos da Lei de Diretrizes Nacionais para o Saneamento Básico, como por exemplo: na formulação, pelo titular do serviço, da política pública de saneamento, com a adoção de parâmetros para a garantia do atendimento essencial à saúde pública, inclusive quanto ao volume mínimo per capita de água para abastecimento público, observadas as normas nacionais relativas à potabilidade da água (artigo 9º, inciso III); nos casos de concessão, com a inclusão, no contrato, das metas progressivas e graduais de expansão dos serviços, de qualidade, de eficiência e de uso racional da água (artigo 11, § 2º, inciso II); com a entidade reguladora estabelecendo metas progressivas de expansão e de qualidade dos serviços e os respectivos prazos (artigo 23, inciso III); e com a instituição de tarifas que observem as diretrizes de geração dos recursos necessários para realização dos investimentos, estimulem o uso de tecnologias modernas e eficientes, compatíveis com os níveis exigidos de qualidade, continuidade e segurança na prestação dos serviços e incentivem a eficiência dos prestadores dos serviços (artigo 29, § 1º).

1.5 Saneamento básico: desenvolvimento, saúde e dignidade da pessoa humana

Visto que o fundamento do Direito contemporâneo é a assegurar a dignidade da pessoa humana em seu mais amplo aspecto, sendo sua tarefa proteger de forma abrangente os direitos humanos internacionais, possibilitou-se a percepção que o desenvolvimento, atualmente compreendido como nos índices sociais de um povo, notadamente educação, saúde e meio ambiente, e não mais somente como algo relacionado ao progresso econômico, também precisa ser resguardado e promovido pelo Estado.

Nesse diapasão, nota-se que o ordenamento jurídico brasileiro, após a Constituição de 1988, apresenta uma organização compatível com o que se passou a denominar Ordem Internacional de Direitos Humanos. Isso pode ser bem percebido quando se analisa os

fundamentos do Estado Democrático brasileiro, todos voltados para a dignidade da pessoa humana, com o propósito de organizar uma sociedade em que prevaleçam os valores da justiça social.

O direito a uma vida digna e ao desenvolvimento não podem ser alcançados sem saúde pública de qualidade e esta não é capaz de prevalecer sem abrangentes e adequados serviços de saneamento básico.

Os critérios e rumos desse indispensável serviço público foram amplamente disciplinados pela Lei 11.445, de 2007, com o claro intuito de concretizar os direitos, garantias e valores previstos na Constituição da República. Em sua leitura é perceptível que se procurou proporcionar a convergência dos princípios da razoabilidade, solidariedade e isonomia na busca do principal desiderato da norma que é proporcionar a prestação dos serviços de saneamento básico a todos os cidadãos brasileiros, com qualidade e eficiência.

Percebe-se que a lei nacional do saneamento básico traz os delineamentos para que se alcance a universalização dos serviços, fundamentada no princípio da solidariedade social e da máxima eficiência dos serviços públicos, normatizando a regulação e a fiscalização capaz de estabelecer programas e metas com vistas à concretização do direito de acesso de todo ser humano ao saneamento básico, como forma de garantia do desenvolvimento, da saúde, e da vida com dignidade.

À guisa de conclusão, cabe ainda lembrar a importância dada pela Lei nº 11445, de 2005, à preservação e respeito ao meio ambiente em todas as atividades envolvidas com o saneamento básico, que embora não seja eixo central desse trabalho, faz parte, igualmente, das metas estabelecidas pela Organização das Nações Unidas para o desenvolvimento no milênio.

2. SANEAMENTO BÁSICO

O conceito atual de saneamento básico é produto da história da humanidade, sendo moldado em função das condições materiais e sociais de cada época e do avanço do conhecimento.

Saneamento, etimologicamente, vem do latim *sanu*, e pode designar vários sentidos: 1) tornar são, habitável ou respirável; 2) curar, sarar, sanar; 3) remediar, reparar; 4) restituir ao estado normal, tranquilizar; 5) por ou estabelecer em princípios morais estritos; 6) por cabo a, desfazer; 7) perdoar, desculpar; e 8) reconciliar-se, congregar-se.

Tradicionalmente saneamento significa “o conjunto de medidas que visam a modificar as condições do meio ambiente, com a finalidade de prevenir doenças e promover a saúde.”¹²

Mais especificamente, Luiz Roberto Santos Moraes define saneamento básico como sendo:

O conjunto de ações, entendidas fundamentalmente como de saúde pública, compreendendo o abastecimento de água em quantidade suficiente para assegurar a higiene adequada e o conforto, com qualidade compatível com os padrões de potabilidade; coleta, tratamento e disposição adequada dos esgotos e dos resíduos sólidos; drenagem urbana de águas pluviais e controle ambiental de roedores, insetos, helmintos e outros vetores e reservatórios de doenças.¹³

A definição legal de saneamento no Brasil teve sua primeira versão dada pelo Plano Nacional de Saneamento (Planasa), criado em 1971. Para o plano, saneamento básico compreendia somente as atividades de abastecimento de água e esgotamento sanitário.

No Brasil, o marco da mudança de enfoque para o saneamento foi estabelecido na Constituição Federal. Segundo os preceitos constitucionais, as responsabilidades quanto às ações de saneamento estão definidas no Inciso IV, do art. 200, da Constituição Federal de 1988, que estabelece a atribuição do SUS de “[...] participar da formulação de políticas e da execução das ações de saneamento básico” (BRASIL., 2000, p. 116). Assim, a Constituição Federal associa a área de saneamento para o campo da saúde e, consequentemente, para o âmbito da política social. Essa abordagem atendeu às discussões anteriores no âmbito da 8ª Conferência Nacional de Saúde. Ou seja, predominou, na Constituição Federal de 1988, o entendimento da saúde como um conjunto de ações preventivas e não apenas de atenção médica. As medidas de saneamento passam a ser encaradas, constitucionalmente, como uma

¹² MENEZES, Luiz Carlos. Considerações sobre saneamento básico, saúde pública e qualidade de vida. **Revista Engenharia Sanitária e Ambiental**, Rio de Janeiro, v.23, n.1, jan./mar., 1984. p. 55.

¹³ **Conceitos de Saúde e Saneamento**. Salvador: DHS/UFBA, 1993. p. 6

atividade de prevenção e de proteção à saúde da população.¹⁴ Passa a ser competência da União instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos (artigo 20, inciso XX, da C. R.).

Com esse sentimento um novo conceito legal para saneamento básico foi editado, com a publicação em 2007, da Lei 11.445, que dispõe sobre as diretrizes nacionais para o saneamento básico. Esta lei considera saneamento básico o conjunto de serviços, infraestruturas e instalações operacionais de:

- a) abastecimento de água potável: constituído pelas atividades, infraestruturas e instalações necessárias ao abastecimento público de água potável, desde a captação até as ligações prediais e respectivos instrumentos de medição;
- b) esgotamento sanitário: constituído pelas atividades, infraestruturas e instalações operacionais de coleta, transporte, tratamento e disposição final adequados dos esgotos sanitários, desde as ligações prediais até o seu lançamento final no meio ambiente;
- c) limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos: conjunto de atividades, infraestruturas e instalações operacionais de coleta, transporte, transbordo, tratamento e destino final do lixo doméstico e do lixo originário da varrição e limpeza de logradouros e vias públicas;
- d) drenagem e manejo das águas pluviais urbanas: conjunto de atividades, infraestruturas e instalações operacionais de drenagem urbana de águas pluviais, de transporte, detenção ou retenção para o amortecimento de vazões de cheias, tratamento e disposição final das águas pluviais drenadas nas áreas urbanas.¹⁵

Portanto, no Brasil, conforme salienta Karine Silva Demoliner,

(...) o saneamento básico consiste em um processo complexo que se inicia com a captação ou derivação da água, seu tratamento em estações apropriadas (ETAs), adução e distribuição, incluindo o transporte de água desde o local de retirada até o de consumo final, culminando com o esgotamento sanitário, isto é, todo o procedimento de coleta e purificação nas estações de tratamento de esgoto (ETEs). Também integram o saneamento básico a coleta de lixo e drenagem urbana, o manejo de águas pluviais.¹⁶

Para os fins deste trabalho, saneamento básico será delimitado aos dois primeiros conjuntos de atividades, os serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário. Tal ênfase encontra sua motivação no fato de que o estudo de todos os itens que compõem o saneamento mais confundiria a pesquisa do que traria esclarecimentos.

¹⁴ Cf. MORAES, Luiz Roberto Santos; BORJA, Patrícia Campos. **Revisitando o conceito de saneamento básico no Brasil e em Portugal**. Disponível em: ipolitecnicoBahia.org.br/uploads/.../2014_06_30_Revista%2020_E_.pdf. Acesso em 09/08/2015.

¹⁵ Artigo 3º, inciso I.

¹⁶ **Água e saneamento básico. Regimes jurídicos e marcos regulatórios no ordenamento brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 110.

Isto também, porque, conforme adverte a doutrina, a atividade de drenagem e manejo de águas pluviais sequer pode ser chamada de serviços-público, na acepção jurídica do termo. Por sua vez, a limpeza urbana e o manejo de resíduos sólidos funcionam sobre uma lógica totalmente diferente dos serviços de água e esgoto, são, por exemplo, custeados por impostos e taxas, ao contrário da tarifa cobrada destes últimos.¹⁷ Além disso, A administração das redes de água e de esgoto difere significativamente da administração dos sistemas de resíduos sólidos e de drenagem de águas pluviais. As operações de saneamento necessitam de altíssimos recursos para construir e operar redes cuja maturação é longa, com baixa possibilidade de saída do negócio, pois os ativos são específicos e têm baixo valor de revenda. Assim, os processos envolvidos exigem um conhecimento técnico especializado. A obtenção dos recursos necessários a esses processos não é tarefa fácil, o que pode ocasionar um número pequeno de operadores de saneamento capazes de se expandir em termos geográficos e assumir a operação de um grande número de sistemas. Por sua vez, a operação de sistemas de resíduos sólidos e de drenagem envolve recursos e habilidades sensivelmente mais simples. No caso do lixo, as estruturas podem ser deslocadas e utilizadas por outras cidades, demanda menos recursos para sua constituição e tem menos barreiras à saída.

Por todos estes motivos, reitera-se, o objeto deste trabalho circunscreve-se à análise dos serviços de saneamento básico de abastecimento de água e esgotamento sanitário.

2.1 Políticas públicas para o saneamento básico

Já se viu que, a partir do surgimento da ideia de Estado como garantidor e promotor dos direitos sociais básicos, surge o direito ao serviço adequado de saneamento básico, como prestação obrigatória para a observância dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana de toda a coletividade.

Sabe-se que os serviços públicos em geral muito têm em comum com a observância da dignidade da pessoa humana, notadamente os de caráter social, como educação, previdência, saúde, assistência social e saneamento básico.

Há também toda uma implicação com a questão da discricionariedade administrativa, pois dentre os vários interesses públicos que o Estado deve atender, é necessário escolher e elencar prioridades, com base nas metas maiores estabelecidas pela Constituição.

¹⁷ Cf. TUROLLA, Frederico Araújo. **Saneamento básico: experiência internacional e avaliação de propostas para o Brasil**. Brasília: Confederação Nacional da Indústria. 2006, p.20.

Em tema de saneamento básico não se pode admitir discricionariedade da Administração Pública, nem mesmo do legislador ao elencar políticas públicas prioritárias, é fazer ou fazer, pois a meta estabelecida pela Constituição é o respeito à dignidade da pessoa humana. Seria possível imaginar que o Poder Público observa o fundamento da República Federativa do Brasil para uma família que não tem em sua casa água em condições de consumo ou seu esgoto corre a céu aberto?

O saneamento básico no Brasil está tão longe de ser realidade para uma imensa gama de brasileiros que ainda precisa ser visto como, no mínimo, o direito à distribuição de água tratada e coleta de esgoto. Discussões sobre o respeito ao meio ambiente na prestação de tais serviços, embora igualmente importantes, ainda estão longe de se tornar realidade para uma gama ainda maior de localidades no país.

Para solucionar tal problema, deve o Poder Legislativo disciplinar o modo como se dará a universalização do saneamento básico no Brasil, devendo o Poder Executivo perseguir sem cansaço tal objetivo.

E quanto ao Poder Judiciário, pode ele interferir para a ocorrência da universalização do saneamento básico?

Os objetivos governamentais já foram estabelecidos pela Constituição da República. O legislador deve discipliná-los e o executivo torná-los concretos.

Na área social, o instrumento para se concretizar os direitos fundamentais elencados na Constituição é a determinação de políticas públicas que sempre esbarram, como não poderia ser diferente, nas restrições existentes no orçamento público, que quase sempre não dá conta de tantas demandas. Bem por isso, criou-se a expressão de necessidade de observância da reserva do possível, que enfatiza que os deveres estatais, impostos pelo ordenamento jurídico, devem ser cumpridos na medida em que o permitam os recursos públicos disponíveis.

Nesse sentido, discute-se se o Poder Judiciário pode interferir nas escolhas feitas pela Administração Pública e decidir sobre quais seriam as reais prioridades para a população.

Adverte Maria Sylvia Zanella Di Pietro que “rigorosamente, não pode o Poder Judiciário interferir em políticas públicas, naquilo que a sua definição envolver aspectos de discricionariedade legislativa ou administrativa”.¹⁸ Com toda a razão à professora, pois os magistrados não detêm atribuição de substituir as escolhas feitas pelos demais poderes constituídos.

¹⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito...** Op. cit.

Mas, visto sobre o ângulo que o Poder Judiciário estaria somente desempenhando sua competência de intérprete da Constituição, concorda a eminente doutrinadora que:

Ele está garantindo o núcleo essencial dos direitos fundamentais ou mínimo existencial indispensável para a dignidade da pessoa humana. Em resumo, o Judiciário não estaria analisando aspectos de discricionariedade, mas fazendo cumprir a Constituição.¹⁹

Tratam-se de imposições de prestações positivas ao Estado e, embora se tenha dado nomes como “judicialização das políticas públicas”, “politização do Judiciário” ou “ativismo judicial”, o Judiciário não estaria fazendo nada mais do que desempenhar suas funções básicas de extrair o real significado das normas constitucionais e tornar a Constituição uma norma jurídica de eficácia vinculante aos demais poderes.

Inclusive, quando se trata do mínimo existencial, as normas constitucionais que garantem direitos fundamentais têm eficácia imediata, não dependendo de medidas legislativas ou executivas para a sua implementação.

Não pode ser diferente com as ações coletivas, para a obtenção de prestações positivas a toda uma coletividade de pessoas que estão na mesma situação; ou para obtenção de provimento em que se determine a prestação de um serviço público ou execução de uma obra pública, exatamente o que ocorre com o saneamento básico.

Veja-se que quando o Poder Judiciário for demandado para que ordene ao Poder Executivo que adote políticas públicas na área de saneamento básico, pouca margem haverá para argumentos que defendam a impossibilidade de cumprimento, pois claro está que omissões do Poder Público em saneamento básico são antijurídicas e não se adequam à reserva do possível ou ao princípio da razoabilidade.

A reserva do possível tem aplicação extremamente restrita quando se tratar de saneamento básico, haja vista que se trata de um serviço público básico, diretamente relacionado com a saúde da população e proteção do meio ambiente. Dificilmente o ente público demandado conseguirá demonstrar que todo o orçamento já está comprometido com atividades de primeira necessidade, mais importantes que o abastecimento de água potável, coleta e tratamento de esgotos, limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos e a drenagem e manejo das águas pluviais urbanas.

No mesmo sentido está a observância ao princípio da razoabilidade, inclusive quanto ao aspecto da proporcionalidade. Como o Poder Público vai justificar em eventual ação

¹⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito...** Op. cit.

judicial que a medida de saneamento solicitada não é necessária para o fim pretendido? Que não é adequada. Que não é proporcional. Que existem outros meios menos onerosos para os cofres públicos garantirem o controle de doenças e degradação ambiental causados por um serviço de saneamento básico incompleto ou ineficiente.

Por tudo isso, chegando-se a conclusão de que se vivencia o “Século do Poder Judiciário”, como protagonista das decisões mais importantes para a sociedade - dada a inércia do Poder Executivo para implementar as políticas públicas estabelecidas como prioritárias pelo texto constitucional para garantia da dignidade da pessoa humana e o amesquinamento do Legislativo em sua tarefa de fiscalizar o Executivo e desempenhar um papel de elaborar normas que acompanhem a evolução da sociedade – natural que a resposta dos juízes seja positiva quando demandados para que ordenem a implementação de políticas públicas na seara do saneamento básico, atuando como garantidor da observância do princípio da dignidade da pessoa humana.

2.2 O princípio da universalização

Com maior significância do que alguns outros serviços públicos, os itens que compõem o saneamento básico apresentam altíssima relevância social e impactam diretamente na saúde da população, devendo ser titularizado pelo Estado, em nome do povo e para o povo, e perseguida sua rápida universalização.

O princípio da universalização encontra-se implicitamente positivado na Constituição da República e decorre da confluência dos princípios constitucionais da democracia, da legalidade, da dignidade da pessoa humana, da moralidade, da impessoalidade, da eficiência, da segurança das relações jurídicas e da saúde como direito de todos e dever do Estado.

Como se não fosse suficiente a previsão constitucional, a Lei Federal nº 11.445, de 2007, consignou expressamente, como princípio fundamental, a universalização dos serviços de saneamento básico, em seu artigo 2º, inciso I.

O artigo 3º, inciso III, da mesma lei, definiu a universalização como sendo a ampliação progressiva do acesso de todos os domicílios ocupados ao saneamento básico.

Inclusive a universalização dos serviços públicos de saneamento básico pode ser judicialmente exigida com base no princípio da proporcionalidade e razoabilidade quando em confronto com escolhas públicas. Sem sombra de dúvida, verificando-se se o mérito do ato administrativo encontra consonância com esses princípios constitucionais (contidos na faceta substancial do devido processo legal), é possível interferir na decisão administrativa de não se

realizar outras atividades menos importantes, enquanto ainda não se universalizou o saneamento. Explica-se, com o seguinte exemplo: o Poder Público municipal pretende embelezar toda uma avenida, com caros adereços, mas os bairros da cidade ainda carecem de coleta domiciliar de esgoto. É possível, diante do caso concreto, levar a questão ao Poder Judiciário para que se obtenha uma determinação de prioridade das obras de saneamento básico, atividades que influenciam diretamente na saúde da população e concretizam o princípio constitucional da universalização de tais serviços públicos.

2.3 Uma breve história do saneamento básico

As atividades de saneamento se desenvolveram conforme as necessidades e culturas do ser humano, em relação à época e o espaço ocupados, sempre atreladas ao conhecimento científico existente. Pode-se resumir tal aspecto na seguinte passagem de Quincas Borba, clássico livro de Machado de Assis:

Aparentemente, há nada mais contristador que uma dessas terríveis pestes que devastam um ponto do globo? E, todavia, esse suposto mal é um benefício, não só porque elimina os organismos fracos, incapazes de resistência, como porque dá lugar à observação, à descoberta da droga curativa. A higiene é filha de podridões seculares: devemos-lo a milhões de corrompidos e infectos.²⁰

De fato, quando o personagem Quincas Borba explica sua filosofia “humanitas” ao seu colega Rubião, utilizando-se do exemplo das doenças causadas pela ausência de higiene, tem-se uma clara exposição da evolução do saneamento básico no mundo, sempre atrelado a questões de saúde pública, com vistas ao afastamento de doenças principalmente transmissíveis pela água contaminada, excrementos humanos e de animais e descarte inadequado do lixo.

Inclusive, os registros históricos sobre as ações de saneamento básico remontam ao período anterior à era cristã, especialmente quanto à necessidade do fornecimento e tratamento da água. Nesse sentido, Aristides Rocha, ao comentar a história do saneamento, escreveu:

Procedendo uma busca na história da humanidade, é possível estabelecer uma certa cronologia na evolução do abastecimento e tratamento da água que, como visto, remonta aos primórdios anteriores à era cristã, há cerca de 4.000 anos a.C. Nesse período é preciso enfatizar, foram executados canais de irrigação, galerias,

²⁰ São Paulo: Melhoramentos, 1997. p. 22.

manilhas, recalques, cisternas, reservatórios, poços, túneis e aquedutos, e foram instalados medidores de água: equipamentos usados por diversas civilizações da Mesopotâmia, Babilônia, Índia, Grécia, Egito, China, Itália e outras.²¹

Os egípcios já conheciam e utilizavam em grande escala técnicas de irrigação do solo para a agricultura, assim como métodos de estocagem de água, pois sempre estavam a mercê das cheias do Rio Nilo. Se descobriu também, em expedições arqueológicas que identificaram inscrições e gravuras nos túmulos, que água era tratada antes de ser consumida, pois era armazenada por até um ano para que a sujeira se depositasse no fundo. Além disso, também se removiam as impurezas por meio de um processo de filtração que utilizava “canos” que transportavam a água de um para outro recipiente, passando por tiras de tecido.²²

As civilizações greco-romanas, por sua vez, se destacaram pelo pensamento científico na Antiguidade, inclusive discutindo medidas que hoje são catalogadas como de medicina racional e preventiva. Neste ponto, o escólio de Cristina Sonaly Rezende e Léo Heller:

A relação saneamento-saúde foi amplamente discutida por Hipócrates e colaboradores do famoso “corpo hipocrático”, onde estão inúmeros registros sobre descrições clínicas de várias enfermidades. Os médicos gregos eram também filósofos naturais e se interessavam pelos problemas de saúde existentes e suas causas, tendo desenvolvido concepções e explicações naturalísticas sobre as doenças. A relação entre o ambiente físico e a ocorrência das doenças ficou evidente no livro hipocrático *Dos ares, águas e lugares*, que recomenda as condições ótimas para ocupação do ambiente físico, fazendo alusão à relação entre áreas pantanosas e as doenças, uma crença bastante difundida tempos depois, por meio da Teoria dos Miasmas, que predominou até o século XIX. De acordo com essa teoria, as doenças seriam transmitidas por emanações gasosas provenientes da matéria orgânica em decomposição, frequentemente encontrada em regiões pantanosas.²³

Posteriormente, a engenharia romana agregou toda sua técnica com os conhecimentos deixados pelos gregos, desenvolvendo grandes obras de saneamento, implementando sistemas de abastecimento de água, esgotamento sanitário e drenagem.

Com a queda do grande império romano, tem-se um retrocesso na evolução da engenharia sanitária. Na Idade Média as moradias eram superocupadas e sem as mínimas condições de higiene, o lixo, a urina e as fezes eram acumulados em recipientes e transferidos mensalmente para reservatórios públicos ou, até mesmo, atirados nas ruas.²⁴

²¹ **Fatos históricos do saneamento.** São Paulo: João Scortecchi, 1997, p. 16.

²² Cf. CAVINATTO, Vilma Maria. **Saneamento básico: fonte de saúde e bem estar.** 21ª ed. São Paulo: Moderna, 1992, p. 29.

²³ **O Saneamento no Brasil: políticas públicas e interfaces.** 2ª ed. Belo Horizonte: UFMG, 2008, p. 54.

²⁴ Cf. DELPUPO, Michely Vargas. **Saneamento básico como direito fundamental: por que seu acesso é tão difícil no Brasil?** Curitiba: Juruá, 2015. p. 29.

A ligação entre saúde e saneamento só é novamente lembrada com o fim da Idade Média, sob as luzes do renascimento e do surgimento dos Estados nacionais. Mesmo assim, ainda faltava a assunção pelo Estado das responsabilidades relacionadas à saúde pública, que, em muitos casos, era deixada aos cuidados das comunidades locais.

A partir da Revolução Industrial é que se tem uma nova ampliação dos sistemas de saneamento básico, pelo aperfeiçoamento das técnicas construtivas o que, juntamente com a produção de tubos de ferro fundido, possibilitou o incremento em larga escala de sistemas de saneamento.

Ainda em estreita relação com a saúde e o saneamento básico, fortes epidemias de cólera se abateram sobre as cidades, o que alavancou, ainda mais, a necessidade e a realização de investimentos governamentais na área. Nesse contexto, é indispensável mencionar as contribuições do engenheiro inglês Joseph Bazalgette, recrutado em 1850 para executar o audacioso projeto dos esgotos de Londres, que resolveu a epidemia de cólera na cidade, sendo copiado até os dias de hoje.

2.4 O desenvolvimento do saneamento básico no Brasil

Inicialmente, os serviços de saneamento básico no Brasil eram orientados por um modelo privatista, nos moldes dos demais serviços públicos, sendo vistos como qualquer outra mercadoria, deixados a cargo da iniciativa privada, tida como mais eficiente dinâmica e confiável, em comparação com o poder público. Esse mesmo modelo foi adotado pelos países desenvolvidos até meados de século XIX, onde existiam companhias particulares de distribuição de água operando nas cidades mais ricas em atenção a uma pequena parcela de áreas nobres.

Não de modo diferente do resto do mundo, no Brasil o crescimento urbano ocasionado pelo alto desenvolvimento da indústria, com a migração maciça de pessoas do campo, transformou o ambiente das cidades insalubres, com proliferação de diversas doenças contagiosas. Na tentativa de equacionar tal situação, surge um movimento articulado de reforma sanitária, exigindo-se a intervenção do Estado nas diversas atividades relacionadas ao saneamento básico, seja regulando os serviços prestados por operadores privados, seja na distribuição de água potável e implantação de sistemas de esgoto para as camadas mais pobres da sociedade.²⁵

²⁵ Como todos sabem os países de primeiro mundo tiveram uma expansão muito maior e mais rápida de suas infraestruturas de saneamento básico, sendo que nestes lugares tal objetivo foi alcançado a partir de largos

Com relação ao saneamento básico, a União sempre procurou dimensionar as atividades conforme suas diretrizes, por meio da criação de incentivos aos Estados ou Municípios que seguissem sua política para o setor. Por isso que a doutrina afirma que os padrões estabelecidos pelo Executivo federal é que ditaram a evolução do saneamento no Brasil no decorrer do Século XX.²⁶

Entre os anos de 1910 a 1920, com a noção de que diversas doenças seriam causadas pela ausência de saneamento básico, a saúde pública, esta entendida como a ciência que previne doenças por meio de esforços coordenados da comunidade para a preservação do meio ambiente, controlando as infecções que atinjam a população, surge o movimento sanitaria nacional.

Para os reformadores sanitários, o Poder Público deveria atuar como promotor dos objetivos sociais, regulamentando a política sanitária. Nesse contexto, entendia-se que a solução às endemias seria a centralização na União das ações públicas. Passou-se a exigir uma política nacional de saneamento, unificando e centralizando os direcionamentos no governo federal.

Tal ideal estava de todo alinhado com o pensamento existente na época de que as epidemias eram causadas por miasmas²⁷ e assim não haveria solução local para os problemas de saúde causados pela ausência de saneamento.

A saúde era uma questão pública e nacional, não porque assim desejassem alguns políticos e governantes e muitos médicos, mas uma imposição do fato de que várias enfermidades eram transmissíveis. A interdependência sanitária demandaria a constituição de uma autoridade capaz de implementar políticas em todo o país, desconhecendo as fronteiras estaduais (...).²⁸

Em resumo, o entrelaçamento da noção de higiene e saúde foi o ponto preponderante para a implantação das redes de saneamento básico no Brasil. Somente o Estado seria capaz de reduzir o contágio de doenças mortais, prestando serviços públicos nas cidades.

subsídios concedidos pelo Estado, cobrando-se tarifas que sequer cobriam os custos operacionais dos serviços. (Cf. VARGAS, Marcelo Coutinho. **O negócio da água. Riscos e oportunidades das concessões de saneamento à iniciativa privada: Estudo de caso no Sudeste brasileiro**. São Paulo: Annablume, 2005, p. 38).

²⁶ REZENDE, Cristina Sonaly; HELLER, Léo. **Saneamento...**

²⁷ A **teoria miasmática** ou **teoria miasmática das doenças** foi uma teoria biológica que acreditava que as doenças teriam origem nos **miasmas**: o conjunto de odores fétidos provenientes de matéria orgânica em putrefação nos solos e lençóis freáticos contaminados. Atualmente é considerada obsoleta, ao ser consensual o aceite à Teoria Microbiana. De qualquer forma, ainda que errada, salvou milhões de vidas por meio da limpeza das cidades, removendo lixo, esgoto e águas poluídas (Cf. MARTINS, Lilian Al-Chueyr Pereira; Roberto de Andrader Martins. **Infecção e higiene antes da teoria microbiana: a história dos miasmas**. Disponível em: www.ghc.usp.br/server/pdf/ram-Miasmas-Sci-Am.PDF. Acesso em 02/08/2015).

²⁸ CARVALHO, Vinícius Marques. **op. cit.** p. 106.

Com o surgimento da engenharia sanitária nacional incrementou-se, ainda mais, a articulação entre saneamento básico e saúde. Ainda que tardiamente, vez que já previsto na primeira Constituição republicana, o Poder Público passa a assumir sua responsabilidade pelos serviços de saneamento básico. Inclusive, já se cogitava na divisão das competências entre os entes, respeitando-se, ao menos formalmente, a autonomia dos Municípios, que deveriam prestar os serviços juntamente com os Estados e a União.

Nos anos de 1930, época que o Brasil realmente contemplou sua revolução industrial e o início do êxodo rural, com intenso crescimento da população urbana, os serviços de saneamento são novamente centralizados pelo governo federal. Logo em seguida, em 1941, em observância ao que dispôs o artigo 13, da Constituição de 1934 (os Municípios deviam organizar os serviços de seu peculiar interesse), a União passa a ocupar a mesma função que hoje lhe é reservada, de coordenação e fiscalização das ações estaduais e municipais em matéria de saneamento.

Porém, ainda havia a ligação direta entre saúde e saneamento básico, sendo que, em muitos casos, este último ainda era prestado pela administração direta do ente e custeado por recursos oriundos de impostos, onerando o orçamento geral. Somente na década de 1950 que o saneamento se desliga da saúde (enquanto serviço público, e não como necessidade pública, como é óbvio), desvincilhando-se, inclusive, da Administração Direta, para que fosse gerido por autarquias e empresas de economia mista.

Em 1962, tendo as obras de saneamento caráter explicitamente de política nacional, nasce a ideia de que a obtenção de empréstimos da União Federal para financiar investimentos em saneamento deveria estar calcada na demonstração da a) autonomia dos serviços (integrar a Administração Indireta); b) viabilidade econômica, com amortização dos recursos empregados por meio do pagamento de tarifas pelos usuários.

Indiscutível que o saneamento não poderia mais ser gerido pela Administração Direta. Primeiro, pela própria lógica de criação das entidades da administração indireta, deveria haver maior especialização e menos burocracia para a gestão de serviços eminentemente técnicos. Segundo, porque a política tarifária funcionaria melhor quando separada da administração direta, pois os recursos obtidos ficariam claramente mais organizados quando não integrassem o orçamento público geral, mas fossem cobrados e despendidos por um ente autônomo. É exatamente, neste momento, a partir de 1953, que nascem os Serviços Autônomos de Água e Esgoto (SAAE). Estava criado todo o modelo fundamentado na auto sustentação tarifária.

Contudo, na realidade persistiram sistemas cujas receitas tarifárias não cobriam os custos de operação e, menos ainda, geravam algum superávit para investimentos futuros,

continuando a existir as mais variadas pressões políticas para que fosse incrementada de fato a auto sustentação tarifária.²⁹

É com esse condão que se idealizaram as Sociedades de Economia Mista como prestadoras diretas dos serviços públicos de saneamento, a partir da verificação de que estas sofreriam menos com a burocracia estatal e contariam com melhor suporte técnico e administrativo para a criação, operação e expansão dos sistemas. Como tais sociedades empresariais foram criadas pelos Estados, os organismos de financiamento pressionaram os municípios, por meio do estabelecimento de condições para a concessão dos empréstimos, que os serviços de água e esgoto fossem transferidos às sociedades de economia mista estaduais.

Diante de todo esse panorama estava pavimentado o caminho para início do Plano Nacional de Saneamento.

2.4.1 O Planasa

Talvez o mais importante e promissor capítulo da história do saneamento básico brasileiro tenha sido a criação de um plano nacional para desenvolvimento do setor, estabelecendo todo um modelo de gestão e metas para longo prazo. Tal instrumento, concretizado durante o regime militar, é o grande responsável pela situação atual do saneamento básico no Brasil, tanto em suas qualidades quanto em suas deficiências.

O Planasa representou o apogeu da intervenção estatal nos serviços de saneamento básico, com uma política nacional bem definida a respeito das instituições responsáveis, linhas de financiamento, recursos materiais e tecnologia.

Contudo, como bem adverte Wilson Edson Jorge,

(...) o setor de saneamento não teve a mesma atenção daqueles outros privilegiados, porque a prioridade dada pelo Estado foi a criação de condições gerais para a produção, que apresentava visíveis estrangulamentos para o crescimento da economia. O setor de saneamento era mais vinculado à reprodução da força de trabalho, e esta não apresentava maiores estrangulamentos à reprodução do capital. Por isso, o setor foi relegado a um segundo plano nas prioridades do Estado.³⁰

²⁹ Lembra-nos Vinícius Marques de Carvalho que a Aliança para o Progresso, projeto estadunidense de 1959, que procurou estabelecer vínculos políticos com países latino-americanos, mediante a concessão de empréstimos à infra estrutura, exigia, como contrapartida, que fossem criados sistemas viáveis do ponto de vista econômico-financeiro. *Ob cit.* p. 109.

³⁰ **A política nacional de saneamento pós-64.** São Paulo: Universidade de São Paulo – USP, 1988. Tese de doutorado. Faculdade de Arquitetura e Urbanismo.

Antes do surgimento do Planasa a situação era de divisão entre serviços prestados pelos Estados e pelos Municípios, sendo que os primeiros detinham 37% da participação e os segundos 54%.

Porém, as diretrizes do plano acabaram por inverter essa proporção, pois caberia aos Estados operarem o sistema, com sustentabilidade econômica, visando a universalização do atendimento da população.

Se, de um lado, a intervenção estatal do governo central foi indispensável ao surgimento de uma nova política de saneamento básico, coordenada nacionalmente, por outro, não se pode concordar com o afastamento dos municípios das decisões sobre o setor. Primeiro porque estes não eram os únicos responsáveis pelo fraco crescimento do serviço, segundo porque dessa forma se desconsiderou características locais que deveriam ser levadas em conta para uma melhor prestação do serviço público.³¹

A explicação para tal política de deslocamento dos Municípios era que, ao lado da auto sustentação tarifária, estaria presente a lógica do subsídio cruzado, de acordo com o qual eram cobradas tarifas únicas no Estado, com os Municípios maiores financiando os menores, com o objetivo de viabilizar a totalidade do sistema.

Além disso, já se constataria na década de 1960 que muitos Municípios faziam uso de política clientelista e paternalista em matéria tarifária, não contavam com quadros técnicos em número compatível com a complexidade do serviço e atuavam sem a adequada estrutura institucional.³² Tanto que em 1965, os Municípios foram impedidos de acessar os recursos do Sistema Financeiro do Saneamento.

Conforme idealizado por engenheiros sanitaristas na capital federal, a ideia do Planasa era que o rápido crescimento do saneamento básico no Brasil somente seria alcançado por meio de um banco federal de desenvolvimento, dotado de recursos financeiros para investimentos na estrutura de água e esgoto. Como contrapartida, o serviço deveria ser prestado por uma instituição estadual formada por um quadro técnico capaz de buscar as metas, estabelecer critérios e diretrizes da regulação do setor e efetivamente instalar a estrutura e executar a prestação dos serviços.

³¹ Nos contratos assinados segundo as regras do Planasa, o Município praticamente doava ao Estado a gestão dos serviços, sem poderes para interferir na política tarifária, de investimentos e o planejamento futuro do setor, ou seja, não reservava competência praticamente nenhuma competência regulatória ou de controle. Cf. CARVALHO, Vinícius Marques. **O direito do saneamento básico**. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 112.

³² Cf. *Ibidem*. p. 114.

Vivenciou-se uma espécie de centralização decisória nas mãos da União, com uma descentralização administrativa a cargo dos Estados, que, por sua vez, prestariam os serviços por meio de sua administração indireta, na forma de sociedades de economia mista.

Neste cenário, em 1971, o governo militar anuncia o Planasa, com o objetivo de atender 80% da população com abastecimento de água e 50% com coleta de esgoto, até 1980. Prevvia o programa que: a) a prestação dos serviços seria feita pelos Estados, Municípios ou setor privado; b) os investimentos da União deveriam ser racionalizados, sendo que a tarifa cobrada dos usuários deveria equacionar o pagamento dos empréstimos concedidos para a instalação; a operação e expansão do sistema.

Os recursos para o Planasa eram oriundos, principalmente, do Banco Nacional de Habitação (BNH) que, por sua vez, estava autorizado a utilizar dinheiro do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS).

Embora ainda se admitisse a existência de entidades municipais, a imensa maioria cedeu à pressão do Planasa para que o serviço fosse concedido às companhias estaduais, tanto que nesse período foram criadas vinte e sete companhias estaduais de saneamento, atendendo mais de três mil e setecentos municípios. As concessões eram uma exigência do governo federal para que os Municípios pudessem obter os recursos financeiros disponibilizados pelo Planasa.

Nesse modelo, a política tarifária realiza-se da seguinte maneira: a tarifa paga como contraprestação pelo usuário é equânime no Estado, assim os grandes Municípios, que apresentam maior lucratividade, haja vista o ganho de escala, acabam por sustentar os Municípios menores que apresentam déficits ou menor lucratividade.

Esse sistema, que recebeu a denominação de subsídios cruzados, também pode recair sobre categorias de usuários e blocos de consumo, na hipótese dos usuários a indústria e o comércio pagam um valor maior por metro cúbico que a residência; no caso dos blocos de consumo, dá-se a progressividade tarifária, isto é, o valor do metro cúbico aumenta de acordo com a utilização, quem mais consome, mais paga.

Essa política tarifária, somada ao fato dos recursos que financiavam o Planasa serem oriundos do FGTS e do Fundo de Financiamento do Saneamento (Finansa) e a centralização política, caracterizavam o Planasa como um programa social. Tanto que a eficiência econômica, a autossuficiência financeira e o equilíbrio orçamentário, embora elencados como pilares desta política, foram, na prática, sendo deixados de lado.

De fato, o princípio da tarifação realista jamais foi concretizado, pois havia toda uma preocupação social com o sistema de água e esgoto, ora se investindo dinheiro para expandir

o serviço sem preocupação com a rentabilidade futura, ora porque os aumentos tarifários eram vetados pelo governo central para que não pressionassem a inflação crescente no país.³³

Por se tratar de saneamento básico, estava correta a preocupação social do governo, mas também estava óbvio que o sistema não se sustentaria do ponto de vista financeiro, o que levou a uma reestruturação do plano em 1978. Foram estabelecidas medidas que aumentaram a pressão sobre os Municípios que ainda não haviam aderido ao Planasa, além disso o sistema tarifário passou a ser estabelecido de acordo com as normas da União que estabeleceu critérios de acordo com categorias de usuários e faixas de consumo.

Nos primeiros anos da década seguinte, o sistema de financiamento do Planasa finalmente entrou em colapso, impulsionado pelo aumento do desemprego que esvaziava as contas do FGTS, a espiral inflacionária e o fato de muitos municípios não aderirem ao modelo, o que colocava em cheque a política de subsídios cruzados. Além disso, os empréstimos obtidos via capital internacional se tornaram insuportáveis dada a escalada das taxas de juros cobradas.

2.4.1.1 Resultados obtidos pelo Planasa

Não se nega que o Planasa foi a mais completa tentativa de universalização do saneamento básico feita no Brasil. Além da presença do planejamento, houve uma forte expansão dos investimentos em distribuição de água potável e coleta de esgoto.

Como resultado, verificou-se que o Planasa alcançou sua meta de abastecimento de água para 80% da população até 1980, embora tenha conseguido assegurar a coleta de esgotos para, apenas, 32% da população.³⁴

Com relação aos prestadores de serviço, o Planasa deixou como herança o aumento considerável da fatia ocupada pelos Estados, sendo que os dados de 2004 demonstram que 79% da população é atendida por entidades estaduais.³⁵

Críticas existem no sentido de que não se pode extrair desses números qualquer certeza a respeito da correção da atitude de afastar os Municípios da prestação dos serviços, pois muitas cidades, que não aderiram ao Planasa, atingiram os mesmos resultados. Além disso, se argumenta que estas não contribuíram para o aumento do endividamento nacional e executaram projetos adaptados à sua própria realidade cobrando tarifas adequadas.

³³ Cf. JORGE, Wilson Edson. **Op. cit.** p. 167. O autor cita como exemplo o fato das tarifas de água no período crescerem 77 vezes, enquanto a energia aumentou 150 vezes e a gasolina 160.

³⁴ Em 1960 esses números eram de 41,86% e 26,01%, respectivamente. Fonte: IBGE, censo de 1960.

³⁵ Cf. CARVALHO, Vinícius Marques. **op. cit.** p. 120.

De qualquer forma, foram significativos os avanços produzidos pelo Planasa nos campos técnico- operacionais e social. No primeiro nota-se a criação de equipes altamente capacitadas para operar o sistema em todas as regiões do território nacional, interligação dos sistemas nos locais de Municípios conurbados, o gerenciamento adequado da água, de acordo com as disponibilidades regionais e o controle da qualidade da água, com a definição de parâmetros e procedimentos de monitoramento. Já no aspecto social, foi deveras importante que se elevou o saneamento ao grau de política pública nacional, com alta especificidade das fontes de financiamento e centralização institucional.

Pode-se sustentar que a política de saneamento básico dos anos 1970 e 1980 não foi deixada em segundo plano e que havia, sim, uma grande preocupação com a questão. O problema, portanto, não foi a ausência de uma política para o setor, mas os erros dessa política e, externamente, a crise econômica que o país atravessou levando as contas públicas ao colapso vivido no final da década de 1980 e início dos anos 1990.

2.4.1.2 Deficiências do modelo

Os estudiosos da área de saneamento básico no Brasil apontam as seguintes imperfeições no Planasa: a) falta de uma visão integrada do saneamento, desconsiderando-se a limpeza urbana, drenagem e manejo de águas pluviais e controle de vetores; b) não integração igualitária entre os entes estaduais e municipais; c) ausência de aplicação mais responsável dos recursos financeiros; d) inexistência de fóruns de decisão democráticos para a tomada de decisões.³⁶

Na visão de Ricardo Toledo Silva³⁷ existiam problemas ainda mais graves sediados no âmago do Planasa: a) as companhias estaduais concentravam as funções de regulador e regulado, pois planejavam, definiam padrões para o serviço e, ao mesmo tempo, o prestava; b) sempre estava presente uma indefinição sobre se as companhias eram empresas ou prestadoras de serviços públicos, ocasionando problemas de ineficiência econômica e incapacidade para atendimento ao aspecto social, não se atendia completamente nenhum dos dois aspectos; c) ausência de participação dos Municípios nas decisões mais relevantes; d) nenhum controle social sobre as companhias estaduais; e) estabelecimento de padrões genéricos que deixavam de lado as peculiaridades locais; f) despreocupação em integrar ao

³⁶ REZENDE, Cristina Sonaly; HELLER, Léo. *Ob cit.* p. 261.

³⁷ **Elementos para regulação e o controle da infraestrutura regional e urbana em cenário de oferta privada de serviços.** Tese de Livre-Docência. Faculdade de Arquitetura e Urbanismo da Universidade de São Paulo. São Paulo, 1996. p. 4-13.

sistema dispositivos locais de pequena complexidade, tais como fossas sépticas, redes coletoras de pequeno diâmetro, poços artesianos, etc.

Da mesma forma como ocorre nos dias atuais com diversos serviços públicos ou produtos sob controle estatal, o setor de saneamento básico foi utilizado como indutor econômico (por meio do emprego de mão e obra e direcionamento de recursos para a construção civil) e sua política tarifária para conter a inflação galopante da época (processo de não repassar os devidos reajustes no custo do serviço com o objetivo claro de conter o aumento de gasto das famílias, evitando-se maior pressão sobre os índices de inflação).

Esse aspecto é foi abordado por Vinícius Marques de Carvalho, na seguinte passagem:

A política econômica manipulou a política de saneamento em função de objetivos mais amplos, aparentemente contraditórios se vistos exclusivamente do ângulo específico da autossuficiência econômica e da política de saneamento básico. A maior prova disso é que a política tarifária do setor vinculou a aprovação dos reajustes à aprovação do Conselho Interministerial de Preços, sob controle dos Ministérios da Fazenda e do Planejamento.³⁸

Nessa linha de vinculação política do saneamento a segmentos importantes da economia, houve um privilegio as obras como seu elemento mais significativo e importante, em detrimento da operação dos sistemas.

2.4.2 Os governos Fernando Henrique Cardoso, Lula e Dilma

No governo Fernando Henrique Cardoso foi criado o Programa de Modernização do Setor de Saneamento – PMSS. O novo ideário era a participação privada no setor, incentivada pelo governo. Tanto é que, no ano de 1997, os empréstimos de recursos do FGTS e do Pró-Saneamento foram suspensos para o financiamento de iniciativas públicas na área do saneamento básico. Ao mesmo tempo aprovou-se o Programa de Financiamento a Concessionários Privados de Saneamento (FCP/SAN), possibilitando o empréstimo à investidores privados. No mesmo ano, *a CEF e o BNDES firmaram convênio de cooperação mútua para desenvolver mecanismos de privatização do setor de saneamento, instituindo o Programa de Assistência Técnica à Parceira Público Privada em Saneamento.*³⁹

Verificou-se que alguns antigos problemas inviabilizavam o plano, conforme elencou Kátia Nasiaseni Calmon:

³⁸ **Op. cit.** p. 123.

³⁹ PARLATORE, Antônio Carlos. **Privatização do Setor de Saneamento no Brasil**. Rio de Janeiro: BNDES, 2000, p. 297.

(...) excessiva concentração de recursos nas regiões Sul e Sudeste, limitada capacidade de pagamento e endividamento dos agentes promotores, excessivo detalhamento técnico e grau de dificuldade da documentação exigida para viabilização do pedido de financiamento, e a carência de quadros técnicos e gerenciais, especialmente nos municípios de pequeno porte, o que dificulta a elaboração de cartas-consulta e dos respectivos projetos, bem como a implementação e gerenciamento dos empreendimentos.⁴⁰

Em processo de ruptura com a política anterior, o governo Lula buscou um novo desenho institucional ao setor, sem ênfase ao estímulo à participação privada. Considerável evolução foi alcançada a partir da publicação da Lei nº 11.445, de 2007. No campo administrativo criou-se o Ministério das Cidades e dentro de sua estrutura a Secretaria Nacional de Saneamento Ambiental (competente para gerenciar e efetivar os mecanismos de coordenação das atividades de saneamento), e o Conselho das Cidades, contando com um Comitê Técnico de Saneamento Ambiental.⁴¹

Na mesma linha, os recursos totais programados para investimentos em saneamento aumentaram de aproximadamente 4 bilhões de reais em 2004 para pouco mais de 14 bilhões em 2010.⁴²

Essa trajetória de alta nos recursos disponibilizados pelo Governo Federal para investimentos em saneamento básico continuou no período em que Dilma Rousseff exerceu seu primeiro mandato como Presidente da República, atingindo 24 bilhões em 2013 e 21 bilhões em 2014.⁴³ Essa retomada dos investimentos públicos no setor de saneamento básico teve forte vinculação com o Programa de Aceleração do Crescimento, que ampliou consideravelmente os recursos disponíveis para o setor.

Em que pese o aumento significativo nos recursos disponibilizados para os programas de saneamento básico, os índices de acesso ainda estão muito longe do ideal. A Pesquisa Nacional por Amostra Domiciliar, referente ao ano de 2007 (PNAD 2007), divulgados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), mostrou que a rede geral de abastecimento de água já estava disponível para 83,3% dos brasileiros e de esgotamento

⁴⁰ Saneamento: as transformações estruturais em curso na ação governamental: 1995-1998. In: **Infra-Estrutura: perspectivas de reorganização; saneamento**. Brasília: IPEA, 1999.

⁴¹ O conselho tem participação expressiva da sociedade civil, sendo sua finalidade propor diretrizes para a formulação e implementação da política nacional de desenvolvimento urbano, bem com avaliar e acompanhar sua execução. (Decreto nº 5.031, de 2004).

⁴² Cf. **Gasto Público em Saneamento Básico 2010**, p. 15. Secretaria Nacional de Saneamento Ambiental – SNSA. Disponível em: <http://www.cidades.gov.br/saneamento-cidades/biblioteca>. Acesso em 06 de junho de 2016.

⁴³ Cf. **Gasto Público em Saneamento Básico 2014**, p. 17. Secretaria Nacional de Saneamento Ambiental – SNSA. Disponível em: <http://www.cidades.gov.br/saneamento-cidades/biblioteca>. Acesso em 06 de junho de 2016.

sanitário para 51,3% dos domicílios do Brasil.⁴⁴ Em 2014, a PNAD mostrou que a rede geral de abastecimento de água está disponível para 84,5% dos domicílios e a rede coletora de esgotamento sanitário para 57,6% dos domicílios.⁴⁵

Além disso, é preciso considerar, também, que esses indicadores refletem médias nacionais, podendo mascarar a existência de importantes desigualdades regionais e sociais. Para se ter uma ideia, na Região Norte apenas 13% dos domicílios possuem acesso à rede coletora de esgotos ante a uma cobertura de mais de 85% para os domicílios da Região Sudeste. Com relação ao acesso à rede geral de água com canalização interna, somente 58% dos domicílios do Norte possuem acesso à rede geral de água, enquanto que, na Região Sudeste, este percentual alcança mais de 91% dos domicílios.⁴⁶

Como se vê, cuida-se de uma área dos serviços da Administração Pública onde a evolução dos índices é lenta, mesmo com o aumento significativo dos recursos, sendo perceptível que a regularidade e a previsibilidade da oferta de recursos em horizonte de longo prazo tem importância fundamental em proporcionar condições básicas para o planejamento setorial, principalmente em função da gestão descentralizada dos serviços públicos de saneamento básico no Brasil. Aliado a esse cenário, é preciso perceber que os recursos são disponibilizados pela União para os Estado e os Municípios o que pressupõe o incremento de processos de obtenção das verbas públicas com a aprovação de projetos e obtenção de todas as licenças, algo complexo tecnicamente e que se liga diretamente com o aperfeiçoamento dos mecanismos de cooperação federativa como meio para se garantir o sucesso na aplicação dos recursos.

Nessa direção, Vinícius Marques de Carvalho pontou que:

(...) desde a extinção do BNH, ainda não se articulou, em nível nacional, uma política pública capaz de enfrentar os desafios do setor. O peso conferido à ideia de que as deficiências do Planasa se deviam ao seu caráter centralizador e autoritário acabou por retirar da União o papel de protagonista na gestão dos serviços de saneamento básico.⁴⁷

No estágio atual, mesmo com o acerto em se deslocar o eixo dos debates da questão do papel da iniciativa privada como protagonista de uma renovação do setor para o tema fundamental da universalização dos serviços, por meio de regras e estratégias que fortaleçam

⁴⁴ Cf. **Gasto Público em Saneamento Básico 2008**, p. 66-67 . Secretaria Nacional de Saneamento Ambiental – SNSA. Disponível em: <http://www.cidades.gov.br/saneamento-cidades/biblioteca>. Acesso em 06 de junho de 2016.

⁴⁵ Cf. **Gasto Público em Saneamento Básico 2014**, p. 59. Secretaria Nacional de Saneamento Ambiental – SNSA. Disponível em: <http://www.cidades.gov.br/saneamento-cidades/biblioteca>. Acesso em 06 de junho de 2016.

⁴⁶ *Ibden*, p. 59.

⁴⁷ **Op. cit.** p. 125.

a cooperação intergovernamental, ainda não existe uma resposta clara de como será feito o financiamento da universalização dos serviços.

3 ATUAL REGRAMENTO JURÍDICO DO SANEAMENTO BÁSICO

3.1 Competência

Sob a égide do Federalismo, o Estado Brasileiro organiza o exercício do Poder Político de forma descentralizada, distribuindo parte dele aos Estados, Municípios e ao Distrito Federal. Uma das características essenciais dessa organização é a atribuição, pela Constituição Federal, de competências para cada ente federado. Essas competências, são definidas pelo professor José Afonso da Silva, como *as diversas modalidades de que se servem os órgãos ou entidades estatais para realizar suas funções*⁴⁸.

A partir do critério material, as competências públicas dividem-se em político-administrativas, legislativas e tributárias.

Nas constituições brasileiras anteriores as competências eram alocadas com certa rigidez, é dizer, definia-se o âmbito de atuação exclusiva de cada entidade estatal. À União enumeravam-se competências, aos Municípios atribuía-se o que fosse de interesse local, deixando-se aos Estados o restante.

Mantendo tais critérios, mas agora inspirada pelo direito alemão, a Constituição Brasileira de 1988 estabeleceu, uma série de competências comuns ou concorrentes, compartilhadas pelos entes federais. Assim, restou prescrito que União, Estados e Municípios titularizam competências político-administrativas, legislativas e tributárias, exercidas em comum ou de forma individual. As competências tributárias são exclusivas, enquanto as político-administrativas podem ser comuns, conforme o artigo 23 da Constituição, e as legislativas podem ser concorrentes, de acordo com o artigo 24 da Constituição.

Especificamente sobre o saneamento básico, é preciso, primeiro, atentar que este sofre interferência do tratamento jurídico concedido à água, por ser esta seu elemento natural primário. Dentro desse panorama, não se pode estudar tal tema descuidando-se de sua submissão ao sistema das águas, de competência da União, na forma do artigo 22, IV, da Constituição da República.

⁴⁸ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 13. ed., São Paulo : Malheiros, 1997. p. 455.

3.1.2 Competências constitucionais em matéria de recursos hídricos

A Constituição dividiu o domínio das águas entre a União e os Estados membros, excluindo os Municípios, isso é o que se extrai dos artigos 20, incisos III e VI, que elenca como sendo bens da União, os lagos, rios e quaisquer correntes de água em terrenos de seu domínio, ou que banhem mais de um Estado, sirvam de limites com outros países, ou se estendam a território estrangeiro ou dele provenham, bem como os terrenos marginais, as praias fluviais e o mar territorial; e do artigo 26, I, que inclui como bens dos Estados as águas superficiais ou subterrâneas, fluentes, emergentes e em depósito.

Partindo-se dessa constatação é possível se começar a compreender a diferença entre o ente que vai prestar os serviços de saneamento básico e o competente para outorgar o uso da água.

Nesse sentido, para se entender como se forma toda a cadeia de competências constitucionais, até que se chegue especificamente ao detentor do direito de prestar os serviços de saneamento básico, é preciso verificar como foram conformadas as três atividades ligadas diretamente ao saneamento: a administração dos recursos hídricos; a outorga do uso da água; e a proteção ambiental e controle da poluição.

A administração dos recursos hídricos, espécie de competência político-administrativa, é atribuída à União, por força do artigo 21, inciso XIX, da Constituição, sendo decorrência lógica o já visto poder para legislar sobre águas (art. 22, IV). Portanto, é a União que deve conduzir o modo de utilização da água no Brasil, estabelecendo os critérios de acesso e as prioridades do uso desse indispensável recurso natural.

A norma infraconstitucional que cuidou de instituir o Sistema Nacional de Recursos Hídricos foi a Lei Federal nº 9.433, de 1997, que definiu a água como um bem de domínio público (art. 1º, I), sendo sua utilização prioritariamente destinada ao consumo humano e de animais. A mesma norma definiu que o uso da água dependeria de outorga e como se daria esse ato administrativo, nestes termos:

SEÇÃO III DA OUTORGA DE DIREITOS DE USO DE RECURSOS HÍDRICOS

Art. 11. O regime de outorga de direitos de uso de recursos hídricos tem como objetivos assegurar o controle quantitativo e qualitativo dos usos da água e o efetivo exercício dos direitos de acesso à água.

Art. 12. Estão sujeitos a outorga pelo Poder Público os direitos dos seguintes usos de recursos hídricos:

I - derivação ou captação de parcela da água existente em um corpo de água para consumo final, inclusive abastecimento público, ou insumo de processo produtivo;

II - extração de água de aquífero subterrâneo para consumo final ou insumo de processo produtivo;

III - lançamento em corpo de água de esgotos e demais resíduos líquidos ou gasosos, tratados ou não, com o fim de sua diluição, transporte ou disposição final;

(...)

Art. 13. Toda outorga estará condicionada às prioridades de uso estabelecidas nos Planos de Recursos Hídricos e deverá respeitar a classe em que o corpo de água estiver enquadrado e a manutenção de condições adequadas ao transporte aquaviário, quando for o caso.

Parágrafo único. A outorga de uso dos recursos hídricos deverá preservar o uso múltiplo destes.

Art. 14. A outorga efetivar-se-á por ato da autoridade competente do Poder Executivo Federal, dos Estados ou do Distrito Federal.

Portanto, no aspecto que importa ao saneamento básico, o uso da água dependerá de prévia autorização, por meio da outorga da União ou do Estado que detenha o domínio da água, mas quem define os critérios para essa outorga é a União dada a literalidade do artigo 21, inciso XIX, da Constituição da República.

O escopo deste controle sobre as águas não tem o objetivo de transformá-las em um produto, um bem de que possa ou não dispor a União e os Estados, mas sim assegurar o controle quantitativo e qualitativo dos usos da água e o efetivo exercício dos direitos de acesso à água, priorizando o consumo humano e a dessedentação de animais (artigo 1º, III) e proporcionando o uso múltiplo da água.

Nesse diapasão, pode o ente detentor do domínio negar a outorga quando presente o interesse público, por exemplo, nas hipóteses de perigo de dano para o sistema hídrico, mas não detém autoridade para dispor de maneira autocrática sobre a água. Assim, presente o respeito ao corpo hídrico a União e os Estados devem conceder a outorga ao ente federativo que necessite utilizar a água para prestar os serviços públicos que o saneamento básico engloba. Em verdade, o Poder Público Federal e Estadual é um gestor da água, bem de uso coletivo, e jamais seu proprietário.

Por derradeiro, a última das três atividades ligadas ao saneamento, o controle da poluição e a proteção ambiental, ficou a cargo dos três entes, administrativamente, de acordo com o artigo 23, VI, da Constituição, e, no aspecto legislativo, à União e aos Estados de forma concorrente e aos Municípios quando presente o interesse local (art. 24, VI, e 30, I, da C.R.).

3.1.3 Competências específicas para o saneamento básico

Verifica-se que a Constituição atribuiu à União grande controle sobre as águas, pois concentrou a competência legislativa para normas gerais em seu poder, tais como a instituição

do sistema nacional de recursos hídricos, definição de critérios de outorga de direitos para seu uso (artigo 21, XIX), proteção do meio ambiente (artigo 24, I) e estabelecimento de diretrizes para o saneamento básico (artigo 21, XX).

Sobre as diretrizes para o saneamento básico, compete à União disciplinar a prestação do serviço, estabelecendo as diretrizes do assunto, conforme determinado pelo artigo 21, inciso XX, da Constituição da República, deixando assim autonomia aos demais entes, que deverão editar suas próprias normas adequadas às peculiaridades encontradas no momento da execução da atividade. É vedado, desse modo, à União esgotar o objeto.

Com relação à atividade administrativa, a União tem competência para administrar de maneira generalizada os recursos hídricos brasileiros, verificando a presença dos critérios para outorga e atuando na proteção do meio ambiente, mas não deve prestar o serviço de saneamento básico.

3.1.4 Competência para a prestação dos serviços de saneamento básico

Conforme se verá, a questão de qual ente da federação detém competência para a prestação dos serviços de saneamento básico é objeto de estudos da doutrina e recentemente foi analisada pelos tribunais pátrios. O que torna a temática tormentosa é o fato da Constituição não ter disposto expressamente sobre o assunto e condições do caso concreto indicarem que uma ou outra solução é a mais correta, não sendo recomendável disposições imperativas e abstratas.

Em verdade, salienta Luis Roberto Barroso que *a titularidade para a prestação do serviço de saneamento no Brasil é produto de uma sofisticada conjugação de técnicas de repartição de competências no Estado federal*.⁴⁹ Trata-se de uma competência político-administrativa que pode ser extraída de quatro dispositivos constitucionais, os artigos 23, IX, 30, V, 25, §3º, e 200, IV, conforme adiante se expõe.

⁴⁹ Saneamento básico: competências constitucionais da União, Estados e Municípios. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 11, 2007. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>. Acesso em 10/08/2015.

3.1.4.1 Competência comum

O artigo 23 da Constituição estabelece que é competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, promover programas de construção de moradias e melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico.

A finalidade constitucional é a cooperação produtiva, vez que a norma não se refere à titularidade do serviço, mas faculta que quaisquer dos entes estatais aja para se alcançar o desfecho ideal. Em tema de saneamento básico o constituinte previu a ação conjunta.

3.1.4.2 Interesse local

Na literalidade do artigo 30, inciso V, da Constituição da República, tem-se que *compete aos Municípios: organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços de interesse local...*

Assim, todos os serviços de utilidade local, é dizer, capazes de ser prestados de maneira adequada, eficiente e contínua pelo Município e diretamente ligados a sua realidade, estão ao alcance desse ente federativo. É a afirmação do princípio da subsidiariedade. O que preocupa o intérprete é encontrar uma explicação mais completa para a expressão: interesse local.

É difícil imaginar algum serviço público que não apresente, ao menos em última análise, o interesse da localidade em que se encontra, da mesma forma, dificilmente, esse mesmo serviço, não causará efeitos regionais e até nacionais. Basta pensar no serviço de energia elétrica, telefonia, transporte coletivo, coleta e destinação do lixo, etc. O funcionamento de todos esses serviços são diretamente verificados no Município, mas ou funcionam em ligação direta com os outros entes (caso da distribuição de energia elétrica e dos dados telemáticos) ou acabam por repercutir indiretamente sobre os demais (bem-estar da população do país e conservação do meio ambiente nacional).

A doutrina se propõe a resolver esse impasse utilizando-se do critério da predominância do interesse, nos moldes do tradicional ensinamento de Hely Lopes Meirelles:

O critério do interesse local é sempre relativo ao das demais entidades estatais. Se sobre determinada matéria predomina o interesse do Município em relação ao do Estado-membro e ao da União, tal matéria é da competência do Município. A aferição, portanto, da competência municipal sobre serviços públicos locais há de ser feita em cada caso concreto, tomando-se como elemento aferidor o critério da

predominância do interesse, e não o da exclusividade, em face das circunstâncias de lugar, natureza e finalidade do serviço.⁵⁰

Contudo, ainda o critério da predominância do interesse em face do lugar, natureza e finalidade do serviço, se mostra um tanto quanto difícil de ser aplicado ao caso concreto que se busca solucionar na definição da competência, para tanto Diogo de Figueiredo Moreira Neto traz uma ideia mais precisa do que seria essa predominância do interesse local dos municípios, listando os seguintes elementos:

- a) predominância do local;
- b) interno às cidades e vilas;
- c) que se pode isolar;
- d) territorialmente limitado ao município;
- e) sem repercussão externa ao município;
- f) próprio das relações de vizinhança;
- g) simultaneamente oposto a regional e nacional;
- h) dinâmico.⁵¹

Para formar tal lista, o administrativista recorreu aos publicistas estrangeiros, explicando cada item, no seguinte trecho:

Substituída a antiga expressão *peculiar interesse* pela nova, *interesse local*, cabe, desde logo, perquirir se está diante de um conceito legalmente inovador. A maioria dos constitucionalistas, como, por exemplo, Michel Temer, entendem que ainda assim são idênticas, como idêntica deve ser a exegese. Mas, se é certo que o que seria considerado peculiar ao município deva ser hoje entendido como local, pode haver dúvida se tudo o que é local pode ser considerado como peculiar. *De lege lata, local*, por isso, parece muito mais *geográfica e politicamente delimitativo*, em oposição, assim, sucessivamente, a *regional e nacional*, ao considerar-se a tríplice partilha vertical de poder estatal do sistema federativo brasileiro (art. 18, CF). Finalmente, mas nem por isso menos importante, pois se deixou por último para destacá-lo, é preciso atentar-se para o *sentido dinâmico* da expressão. O *local* é sensível às transformações tecnológicas e econômicas, com suficiente flexibilidade para assimilá-las, pois o que é hoje local, amanhã poderá ser regional e, depois nacional ou, quiçá, comunitário, como na Europa hoje, ou no Cone Sul amanhã. Adilson de Abreu Dallari, trazendo à colação estudo de José Afonso da Silva, já o afirmava em 1970, em passagem absolutamente atual: "Todavia essa afirmação" (da predominância) "traz imediatamente a conclusão de que o conceito de peculiar interesse é essencialmente dinâmico, de vez que a *predominância de interesse*, como se observa na prática, varia efetivamente no tempo e no espaço".⁵²

Utilizando-se tais critérios é possível definir que um determinado serviço público apresenta predominante interesse local, em detrimento da abrangência dos Estados e da

⁵⁰ **Direito Municipal Brasileiro**, 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 262.

⁵¹ Poder concedente para o abastecimento de água. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: FGV, n. 213, jul. /set. 1998. p. 25.

⁵² *Ibden*. p. 25.

União, devendo ser prestado pelo Município. Tal lição se aplica sem problemas ao saneamento básico.

3.1.4.3 O exemplo do Município de São Paulo

Por ocasião da promulgação da Constituição de 1988 a prestação dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário era competência da Sabesp (sociedade de economia mista estatal, sendo seu acionista controlador o Estado de São Paulo), isso como herança do antigo Planasa.

Certos da titularidade municipal para o fornecimento de tais serviços públicos, tentou-se promover sua municipalização, por meio da Lei Municipal nº 13.670, de 2003. Contudo, a Corte de Justiça bandeirante acabou por declarar a maioria dos dispositivos legais inconstitucionais, por entender que estando o Município de São Paulo inserido na Região Metropolitana, o interesse sobre saneamento básico seria dos diversos Municípios da aglomeração urbana, devendo a maior entidade Regional, é dizer, o Estado, cuidar do assunto.⁵³

Tendo em vista que ainda não havia pronunciamento do Supremo Tribunal Federal sobre a questão, desistiu o Município de prolongar a discussão do assunto e, já no ano de 2009, editou a Lei Municipal nº 14.934, que autorizou, em seu artigo 1º, o Poder Executivo municipal a celebrar convênio de cooperação e contrato de programa com o Estado de São Paulo, a Agência Reguladora de Saneamento e Energia do Estado de São Paulo (ARSESP) e a Companhia de Saneamento Básico de São Paulo (Sabesp) para a prestação dos serviços de saneamento básico de abastecimento de água e esgotamento sanitário.

Com essa autorização legal e com fulcro no artigo 241 da Constituição da República e na Lei Federal nº 11.107/07, o Município celebrou convênio de cooperação com o Estado de São Paulo, estabelecendo a gestão compartilhada do serviço público de saneamento básico. Nesta mesma ocasião, a atividade reguladora foi delegada à ARSESP. Outrossim, por meio de um contrato de programa, pactuado entre o Município de São Paulo e o Estado de São Paulo com a Sabesp, para que houvesse continuidade na prestação dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário, por um prazo de trinta anos.

Interessante que não se adentrou na questão da titularidade sobre os serviços públicos de saneamento básico (vez que ainda não havia uma definição da Suprema Corte sobre o

⁵³ ADI nº 109.600-0/3-00. Relator: Des. Walter de Almeida Guilherme. No mesmo sentido, ADI nº 139.229-0/4-00. Relator: Des. Oscarlino Moeller. Data do julgamento: 19/09/2007.

assunto), mas resolveram-se dois problemas que poderiam surgir caso o Município simplesmente toma para si tais serviços, a repetição da decisão judicial anterior de que o Estado seria o titular, por se tratar de uma região metropolitana, ou, no mínimo a necessidade do Município indenizar todos os investimentos realizados pela Sabesp para a prestação do serviço. Conforme se verá, tal atitude não se mostra incompatível com o que veio, posteriormente, a decidir o Supremo Tribunal Federal, conforme explanado adiante.

3.1.4.4 Regiões metropolitanas

Se com as explicações acima se aplacaram as dúvidas a respeito do que interessa ao âmbito local, assegurando a competência dos Municípios para a prestação de serviços públicos, a questão volta a se mostrar complexa quando o caso concreto se situa em uma região metropolitana.

Conforme o artigo 25, § 3º, da Constituição da República:

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

Eros Roberto Grau expôs com maestria essa característica encontrada nos países contemporâneos:

O intenso crescimento urbano determina como fato característico do Século XX o aparecimento dos centros metropolitanos.

Tal processo de crescimento se manifesta de tal modo que em torno de determinados núcleos urbanos outros se vão agregando, integrando-se a ponto comporem uma nova realidade urbana. Assim, as novas unidades integradas formam um aglomerado único, tecido de relações e interações mútuas que transformam todo o conjunto em um sistema socioeconômico relativamente autônomo, abrangente de todas elas.

(...)

Ao mesmo tempo, começa a surgir uma grande expansão da demanda de serviços públicos, de sorte que as autoridades administrativas na área já não podem mais, isoladamente, dar solução satisfatória às necessidades coletivas sem o concurso da ação unificada e coordenada de todos os escalões governamentais implicados.

Note-se que o artigo 25, §3º, dispõe que as regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões serão instituídas para integrar a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum, deixando claro que, em determinados

lugares, dado o agrupamento de Municípios limítrofes, o interesse deixa de ser meramente local, passando a ser regional.

E, no que respeita aos serviços públicos, para que se possa falar em interesse comum metropolitano, quando a função precisa ser organizada, planejada e executada de forma integrada entre os Municípios envolvidos, não podendo ser desenvolvida isoladamente, sob pena de não ser satisfatoriamente realizada.⁵⁴

Mas a circunstância de um serviço público interessar não mais a apenas um Município, mas a toda a região metropolitana, seria justificativa lógica para a afetação de certas atividades, como é o caso do saneamento básico, ao Estado?

Não há dúvidas que os Municípios isoladamente não são capazes de responder adequadamente, eficientemente e de forma contínua à situação de um imenso aglomerado urbano onde mal se sabe onde termina e começa o território de cada cidade.

Amparando-se no interesse público, de perceber um serviço estatal de qualidade, uma primeira posição da doutrina sustenta que tal característica (região metropolitana) justificaria a afetação de alguns serviços públicos, entre os quais o de saneamento básico, ao Estado. Para essa corrente, se, em determinada circunstância, o saneamento básico for considerado um serviço de interesse regional, e não local, deveria ele ser prestado pelos Estados e não pelos Municípios.

Essa opinião parte da constatação de que os Municípios sozinhos não são capazes de prestar os serviços públicos que o rápido crescimento populacional dos centros urbanos passou a exigir, inclusive com o aumento das regiões metropolitanas, onde as pessoas se fixam sem preocupação com os limites municipais, formando um todo uniforme. Cuidar das necessidades dessa multidão de habitantes tornou-se caro, complexo e muitas vezes tecnicamente inviável para cada Município isoladamente. A solução seria, então, adotar a prestação integrada pela autoridade regional, no caso os Estados, de modo que o interesse público – aí entendido o interesse primário, isto é, da população, e não o interesse fazendário de cada ente estatal – fosse mais bem contemplado. Em síntese, para essa corrente, esses serviços deixaram de ser de interesse predominantemente local para transformarem-se em serviços de interesse regional ou estadual.

Nesse sentido, escreveu Luis Roberto Barroso:

Pode-se concluir, assim, que a competência estadual para os serviços de interesse comum, particularmente no âmbito das regiões metropolitanas, aglomerações

⁵⁴ Cf. AGUIAR, Joaquim Castro. **Direito da Cidade**. Rio de Janeiro: Renovar. 1996, p. 224.

urbanas e microrregiões, decorre de uma imposição do interesse público, no que diz respeito à eficiência e qualidade do serviço prestado e, muitas vezes, até mesmo à sua própria possibilidade.⁵⁵

Tal doutrina, também se vale do argumento de que, sendo a associação à região metropolitana compulsória para os Municípios envolvidos⁵⁶, essa mesma conveniência da coletividade, justificaria o a assunção pelo Estado das competências para os serviços comuns.

Contudo, embora possa parecer lógico que, no caso do interesse público primário exigir que os serviços de saneamento básico sejam prestados de forma conjunta, o primeiro ente da federação que congrega os Municípios envolvidos, o Estado, assuma a titularidade dos serviços, tal conclusão esbarra na autonomia dos Municípios de se auto administrarem, isto é, deterem capacidade decisória quanto aos interesses locais, sem delegação ou aprovação hierárquica.

Por isso, posicionamentos doutrinários mais atuais⁵⁷ e recentes decisões do Supremo Tribunal Federal⁵⁸ apontam ser inconstitucionais as leis estaduais que disponham que as prestações dos serviços públicos de interesse metropolitano são de competência do Estado. Nessa linha de raciocínio, nem mesmo *o caráter compulsório da integração metropolitana, seria suficiente para esvaziar a autonomia municipal*.⁵⁹

Mas, então como combinar o interesse das populações presentes na região metropolitana e o fato da Constituição Federal conferir ênfase à autonomia municipal ao mencionar os Municípios como integrantes do sistema federativo (art. 1º da CF/1988) e ao fixá-la junto com os Estados e o Distrito Federal (art. 18 da CF/1988)?

A solução somente se dará pela gestão compartilhada pelos Municípios e Estados envolvidos ou somente pelos Municípios que integram o aglomerado urbano.

⁵⁵ Op. cit. p. 13.

⁵⁶ Veja-se, sobre o ponto, Luis Roberto Barroso, **op. cit.**, p. 14: editada a lei instituidora da região metropolitana – atualmente, nos termos do art. 25, § 3º, da Constituição, uma lei complementar estadual – não podem os Municípios se insurgir contra ela. E isso porque o elemento local, particular, não pode prejudicar o interesse comum, geral; se a associação não fosse compulsória, faleceria a utilidade da instituição da região metropolitana para o atendimento do interesse público regional de forma mais eficiente. Toda a população da região seria prejudicada pela ação ilegítima da autoridade local, mesmo porque, a essa altura, os serviços em questão não podem mais ser considerados como de predominante interesse local. Essa é a opinião, dentre muitos outros, de Alaôr Caffé Alves, Diogo de Figueiredo Moreira Neto e Sérgio Ferraz. Confira também a ADI nº 1.841/RJ, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ de 20/09/2002; a ADI nº 796/ES, Rel. Min. Néri da Silveira, DJ de 17/12/1999; e a ADI 1842/RJ, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 13/09/2013.

⁵⁷ ALOCHIO, Luiz Henrique Antunes. Supremo Tribunal Federal, saneamento e titularidade: agora é aguardar os municípios assumirem suas responsabilidades. **Boletim de Direito Municipal**. São Paulo: NDJ. Junho/2013.

⁵⁸ ADI 1842/RJ, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 13/09/2013.

⁵⁹ Trecho do acórdão da ADI nº 1842/RJ. Rel. Min. Luiz Fux. Relator para o acórdão Min. Gilmar Mendes. DJ 13/09/2013. Supremo Tribunal Federal.

Retomando, quando se trata de aglomerações urbanas e saneamento básico é preciso ter em mente que o art. 23, IX, da Constituição Federal, conferiu competência comum à União, aos Estados e aos Municípios para promover a melhoria das condições de saneamento básico.

Nada obstante a competência municipal de poder concedente do serviço público de saneamento básico, o alto custo e o monopólio natural do serviço, além da existência de várias etapas – como captação, tratamento, adução, reserva, distribuição de água e o recolhimento, condução e disposição final de esgoto – que comumente ultrapassam os limites territoriais de um município, indicam a existência de interesse comum em sua adequada prestação.

Assim, a função pública do saneamento básico frequentemente extrapola o interesse local e passa a ter natureza de interesse comum no caso de instituição de regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, nos termos do art. 25, § 3º, da Constituição Federal.

Entretanto, a resposta adequada ao problema não é a simples passagem da competência dos Municípios envolvidos para o Estado. O atendimento ideal do interesse comum, com a integração municipal do serviço de saneamento básico precisa ocorrer por meio de gestão associada, empregando convênios de cooperação ou consórcios públicos, consoante os artigos 3º, II, e 24, da Lei Federal 11.445/2007 e o artigo 241 da Constituição Federal.

Nesse sentido, em decisão paradigmática, acordou o Supremo Tribunal Federal que seria inconstitucional a transferência ao Estado-membro do poder concedente de funções e serviços públicos de interesse comum, confira-se o seguinte excerto:

O estabelecimento de região metropolitana não significa simples transferência de competências para o estado.

O interesse comum é muito mais que a soma de cada interesse local envolvido, pois a má condução da função de saneamento básico por apenas um município pode colocar em risco todo o esforço do conjunto, além das consequências para a saúde pública de toda a região.

O parâmetro para aferição da constitucionalidade reside no respeito à divisão de responsabilidades entre municípios e estado. É necessário evitar que o poder decisório e o poder concedente se concentrem nas mãos de um único ente para preservação do autogoverno e da autoadministração dos municípios.

Reconhecimento do poder concedente e da titularidade do serviço ao colegiado formado pelos municípios e pelo estado federado. A participação dos entes nesse colegiado não necessita de ser paritária, desde que apta a prevenir a concentração do poder decisório no âmbito de um único ente. A participação de cada Município e do Estado deve ser estipulada em cada região metropolitana de acordo com suas particularidades, sem que se permita que um ente tenha predomínio absoluto.⁶⁰

⁶⁰ ADI 1842/RJ, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 13/09/2013.

Desse modo, a Suprema Corte brasileira fez com que fosse possível, em verdade indispensável, que se compatibilize a competência dos Estados em criar regiões metropolitanas e, de maneira compulsória, integrar os Municípios (artigo 25, § 3º, da C.R.), com a autonomia municipal para prestar os serviços de interesse local.

O que decidiu o Supremo Tribunal Federal é que se o interesse local não significa mais um assunto circunscrito ao território de cada Município, mas ganha agora o relevo de toda uma região, formada por diversas cidades, então é obrigatório que haja a *integração municipal do serviço de saneamento básico*.

Importante aspecto da mesma decisão é que essa gestão compartilhada pode ocorrer de maneira voluntária ou compulsoriamente. Espontaneamente, no caso dos Municípios envolvidos decidirem instituir convênios de cooperação ou consórcios públicos, consoante os artigos 3º, II, e 24 da Lei Federal nº 11.445/2007 e o artigo 241 da Constituição Federal, ou forçosamente por previsão da Lei Complementar Estadual que instituir as aglomerações urbanas (artigo 25, § 3º, da C.R.). Veja-se o que acordou o Supremo Tribunal Federal:

A instituição de regiões metropolitanas, aglomerações urbanas ou microrregiões pode vincular a participação de municípios limítrofes, com o objetivo de executar e planejar a função pública do saneamento básico, seja para atender adequadamente às exigências de higiene e saúde pública, seja para dar viabilidade econômica e técnica aos municípios menos favorecidos. Repita-se que este caráter compulsório da integração metropolitana não esvazia a autonomia municipal.⁶¹

Enfatizando, é possível resumir a decisão do STF sobre a titularidade para a prestação dos serviços públicos de saneamento básico nas seguintes ponderações:

- a) os serviços de saneamento básico são de competência municipal;
- b) nas hipóteses de regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões constitucionalmente previstas, tais serviços não deixam de ser municipais para passarem ao Estado, mas haverá o dever de gestão compartilhada pelos municípios envolvidos sozinhos ou com participação do Estado.

Ao decidir dessa maneira a Magna Corte respeitou, ao mesmo tempo, princípios constitucionais como a autonomia dos municípios, o interesse comum primário das populações envolvidas, o cuidado com o meio ambiente e o federalismo por cooperação. A autonomia dos municípios foi preservada, pois estes não foram alijados de um serviço público de interesse local, somente por ele ter se tornado de relevância também regional. Igualmente, a preocupação das pessoas que moram na região metropolitana e o respeito ao meio ambiente,

⁶¹ ADI 1842/RJ, Rel. Min. Luiz Fux. Relator para o acórdão Min. Gilmar Mendes. DJE de 13/09/2013.

pois não se pode pensar saneamento básico desconsiderando que tal serviço possui várias etapas – como captação, tratamento, adução, reserva, distribuição de água e o recolhimento, condução e disposição final de esgoto – que comumente ultrapassam os limites territoriais de um município. Por fim, observou-se a inexistência de supremacia política entre os membros federados e que à necessidade de encontrar respostas a problemas comuns resulta uma responsabilidade política comum, pois sobre todos eles recaem o custo político das decisões, o que pode ser denominado de federalismo cooperativo.⁶²

Pelo exposto, tem-se, como resumo, que, em matéria de saneamento básico, a lógica constitucional para a distribuição de competências funda-se nos princípios da eficiência e cooperação. Por se tratar de um interesse geral, a União detém as melhores condições para instituir a política nacional de recursos hídricos e estabelecer diretrizes nacionais para o saneamento básico, o que foi feito com o advento das Leis 9.433, de 1997, e 11.445, de 2007. A prestação do serviço, em si, é eminentemente local, portanto de titularidade do Município (artigo 30, inciso V, da C.R.). O Município não perde tal domínio quando inserido em uma região metropolitana, mas terá o dever de promover a gestão compartilhada, por meio de consórcios públicos ou convênios de cooperação com os demais Municípios envolvidos, com ou sem a participação do Estado.

Além disso, a gestão associada permite a delegação da prestação, fiscalização e regulação dos serviços de saneamento básico. Somente o planejamento é indelegável, pois se trata de uma atividade de Governo que vincula a Administração Pública, não podendo o delegatário inverter a ordem e editar um ato que obrigue o delegante.

3.2 Delineamentos da Lei Federal nº 11.445, de 2007

A publicação da Lei de Diretrizes Nacionais para o Saneamento Básico significa o final de um extenso debate público a respeito da formatação de uma lei geral para o setor de saneamento básico. Com o fim do Plano Nacional de Saneamento, o Planasa, por volta de 1986,⁶³ o qual se baseava na prestação dos serviços mediante empresas estaduais pertencentes ao poder público, o setor ficou órfão de regras claras e de abrangência nacional. Foi a entrada em vigor da Lei 11.445, de 05 de janeiro de 2007, que estabeleceu os novos direcionamentos

⁶² Sobre federalismo cooperativo confira-se: TEIXEIRA, Ricardo Rodrigo de Paula. Federalismo cooperativo segundo Gilberto Bercovici. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 17, n. 3198, 3 abr. 2012. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/21418>. Acesso em: 31 ago. 2015.

⁶³ O Plano Nacional de Saneamento Básico só foi extinto formalmente em 1992.

para o planejamento, regulação e prestação dos serviços de saneamento básico em todo o território brasileiro.

Utilizando-se da competência que lhe foi concedida pelo artigo 21, inciso XX, da Constituição da República, a União editou a norma com diversos princípios que devem balizar os serviços de saneamento básico, entre eles a universalização do acesso, a prestação dos serviços em sua integralidade, a eficiência e a sustentabilidade econômica, a transparência, o respeito à capacidade de pagamento dos usuários, a observância das especificidades locais e regionais e a utilização de tecnologias adequadas.

Feita essa concisa inserção da legislação em vigor, segue-se com a análise das linhas gerais estabelecidas pela Lei nº 11.445/2007 para a prestação, o planejamento, o controle e a regulação das atividades de saneamento básico no Brasil.

3.2.1 Planejamento

A Lei Federal nº 11.445, de 2007, exige, como condição de validade para os contratos que tenham por objeto a prestação de serviços públicos de saneamento básico, a existência de um plano de saneamento básico (artigo 19, inciso I). No mesmo diploma normativo se encontra uma série de regras sobre o tipo de planejamento que deve ser realizado previamente à prestação dos serviços de saneamento básico.

Nesse contexto, a realização das funções de planejamento, regulação e prestação do saneamento básico, no século XXI, são urgentes e obrigatórias, tanto sob o ponto de vista político quanto jurídico. Isso porque, no contexto democrático atual, as exigências de transparência e eficiência na gestão dos serviços públicos são não só legítimas, como igualmente impostas pela ordem constitucional vigente. No caso específico do saneamento básico, a consciência coletiva nacional e internacional exige uma regulação independente, prestação universal e apropriada, com respeito ao meio ambiente e economicamente sustentável, bem como planejamento juridicamente exigível, realizado com ampla participação popular.

Fundamentalmente, planejar o saneamento básico consiste em criar soluções para que no futuro os serviços de água e esgoto continuem sendo prestados e atendam toda a população. Nesse contexto, que precisa ser pensando, no mínimo, para perdurar pelos próximos trinta anos, deve ser levada em consideração a presença de novos participantes (desprezados no passado do setor no Brasil), como os Municípios, empresas privadas desejosas por investir no setor, usuários consumidores fortalecidos pela legislação

consumerista e de serviços públicos, bem como cidadãos ainda não atendidos pelos serviços, mas que a Constituição da República lhes assegura o respeito a sua dignidade humana e, portanto, precisam ser alcançados, no mínimo pela rede de abastecimento de água e coleta de esgoto.

O que se quer para o setor de saneamento básico é um planejamento que leve a uma expansão ordenada dos serviços com a participação de todos os interessados em sua gestão. Para tanto os principais desafios são: a garantia da efetividade (por meio de metas juridicamente exigíveis), o estabelecimento dos responsáveis por sua elaboração, a forma de tal processo e a articulação com outros setores, como os de proteção ambiental, desenvolvimento urbano e saúde pública.

Com essa preocupação, a Lei dos Consórcios Públicos e a Lei de Diretrizes Nacionais do Saneamento Básico iniciaram uma significativa reorganização do setor de saneamento básico no Brasil. Esses dois diplomas legislativos trazem duas notáveis características: a tentativa de realocação de poder da esfera estadual para a esfera federal e a busca pela transparência na gestão dos serviços de saneamento básico no país.

Em consequência, essas leis traduzem um papel mais ativo da União em saneamento básico, inclusive como importante agente de assessoramento técnico e financeiro a Municípios e consórcios públicos.

E sobre a introdução de maior transparência na gestão do saneamento, o professor Rodrigo Pagani de Souza bem esclarece que:

isto ficou claro na legislação finalmente editada. Poderosos antídotos contra a falta de transparência na gestão estadual dos serviços foram introduzidos por essa legislação: a exigência de regulação externa sobre a atuação do prestador (em lugar da autorregulação pelas companhias estaduais); a exigência de regulação independente que reduz a ingerência do Executivo sobre a regulação técnica dos serviços; uma política tarifária bem definida e publicizada; e um sistema de planejamento também bem definido e publicizado, que sirva de guia para a expansão e manutenção dos serviços e instrumento útil à vigilância por parte da população e de outros atores interessados no cumprimento de obrigações pelos prestadores.⁶⁴

Portanto, no que interessa ao planejamento, a maior novidade da Lei de Diretrizes Nacionais do Saneamento Básico é a obrigação de que exista um plano previamente elaborado antes da formalização do contrato de prestação de serviços públicos de saneamento básico (artigo 11, inciso I). Após a vigência da lei, não havendo o planejamento, os contratos que venham a ser celebrados não serão válidos.

⁶⁴ Planejamento dos serviços de saneamento básico na Lei Federal nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007. In: **Saneamento básico no Brasil: aspectos jurídicos da Lei Federal nº 11.445/07**. MOTA, Carolina (coord.). São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 25.

Outro importantíssimo aspecto da lei é a exigência de *ampla divulgação das propostas dos planos de saneamento básico e dos estudos que as fundamentam, inclusive com a realização de audiências ou consultas públicas* (artigo 19, § 5º). Portanto, a fase de confecção do plano deverá ser abundantemente publicizada.

Outrossim, de acordo com o artigo 20, parágrafo único, *incumbe à entidade reguladora e fiscalizadora dos serviços a verificação do cumprimento dos planos de saneamento por parte dos prestadores de serviços*.

Portanto, com esses dispositivos, o cidadão tem o direito de participar da elaboração do plano (por intermédio de audiências ou consultas públicas) e a possibilidade de exigir seu cumprimento (em petição dirigida à entidade reguladora).

De fato, a Lei nº 11.445/2007, revolucionou a questão do saneamento básico no Brasil, pois, em resumo, imediatamente exigiu que os titulares dos serviços formassem um plano de saneamento básico e implementassem uma entidade independente para a promoção da regulação, como condição de validade para futuros contratos, bem como obrigou o encadeamento dessas funções de planejamento com a prestação e a regulação dos serviços.

O planejamento dos serviços de saneamento básico foi objeto de profunda normatização na Lei de Diretrizes Nacionais do Saneamento Básico. É possível extrair da leitura dos dispositivos que a lei cuidou de definir o processo de elaboração e revisão do plano, sua abrangência territorial, seu conteúdo mínimo e seus efeitos jurídicos.

O plano de saneamento básico deve ser elaborado pelo titular dos serviços (artigo 19, § 1º) que pode se utilizar dos estudos fornecidos pelos prestadores de cada serviço. A elaboração deve contar com participação da sociedade (artigo 3º, inciso IV, e artigo 11, § 2º, inciso V), para tanto é necessária ampla divulgação das propostas dos planos e dos estudos que as fundamentem, inclusive com a realização de audiências ou consultas públicas (artigo 19, § 5º). Sua revisão será periódica, em prazo não superior a quatro anos e sempre antes da confecção do plano plurianual (artigo 19, § 4º).

O plano engloba integralmente o território do ente que é titular dos serviços (artigo 19, § 8º), porém quando houver a prestação regionalizada dos serviços o plano poderá se referir ao conjunto de municípios por ela abrangida (artigo 11, § 4º, e artigo 17). Nesse último caso, é possível a coexistência de vários planos, desde que haja compatibilidade entre eles (artigo 14, inciso III).

Ainda de acordo com o artigo 19, *caput*, da Lei 11.445, de 2007, não há óbices para que existam planos específicos para cada serviço de saneamento básico, ou seja, para abastecimento de água potável; esgotamento sanitário; limpeza urbana e manejo de resíduos

sólidos; drenagem e manejo das águas pluviais urbanas. Neste aspecto, é até recomendável, dada a singularidade de cada serviço e da diversidade de atores envolvidos na construção do plano (titulares, prestadores, usuários e demais interessados) que se faça, pelo menos, dois planos distintos, um para os serviços de água e esgoto e outro para limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos.

Com relação ao seu objeto, o plano deve servir de instrumento para a concretização da política pública do setor de saneamento básico (artigo 9º, inciso I). Assim, se, por exemplo, a decisão política é alcançar a universalização do abastecimento de água em três anos, deve o plano contemplar a forma como isso será feito.

Esse conteúdo do plano deve ser compatível com os planos das bacias hidrográficas em que está inserido (artigo 19, § 3º), com o plano plurianual e outros planos governamentais correlatos⁶⁵ (artigo 19, inciso III).

Por outro lado, os contratos de concessão dos serviços públicos de saneamento devem observar o conteúdo dos planos (artigo 11, inciso I), bem como se utilizar deste para balizar as estratégias de investimentos e os projetos relativos ao contrato (artigo 11, §1º).

O plano contemplará, no mínimo, o diagnóstico da situação do saneamento básico em sua área de abrangência; os objetivos e metas de curto, médio e longo prazos, que levarão à universalização dos serviços; quais são os programas, projetos e ações indispensáveis ao atendimento dos objetivos; atitudes que deverão ser adotadas em casos de emergências ou contingências; e procedimentos para avaliação dos trabalhos realizados durante a execução do plano, tudo conforme exige o artigo 19, e seus incisos, da Lei 11.445/2007.

Ainda, deve o plano discorrer sobre o financiamento de suas ações, indicando as possíveis fontes de financiamento (artigo 19, inciso III, *in fine*).⁶⁶

Por fim, recorrendo-se novamente aos ensinamentos de Rodrigo Pagani de Souza, é possível elencar os efeitos jurídicos do plano:

O primeiro deles é que na ausência desse plano os contratos porventura firmados serão inválidos (artigo 11, inciso I); o outro é o de que o conteúdo do plano é juridicamente exigível perante a entidade reguladora e fiscalizadora dos serviços, a quem cabe verificar o seu cumprimento por parte dos prestadores (artigo 20, parágrafo único). De fato, a regulação dos serviços deve voltar-se, entre outras

⁶⁵ Como por exemplo, os planos de desenvolvimento das regiões metropolitanas ou de proteção ambiental.

⁶⁶ Em contraposição, no momento da instituição das tarifas para os serviços de saneamento básico, deverá se observar o que diz o plano a respeito dos recursos financeiros que este precisa para alcançar suas metas, ou seja, a definição do valor que será cobrado dos usuários também deve levar em conta quanto é preciso para alcançar os objetivos do plano, como por exemplo a universalização do atendimento (artigo 29, § 1º, inciso III, da Lei 11.445/2007).

coisas, a garantir o cumprimento das metas estabelecidas no planejamento (artigo 22, inciso II).⁶⁷

Em resumo, para levar a cabo a tarefa de realizar um planejamento para o setor de saneamento, deve haver a preocupação com o diagnóstico dos problemas, o estabelecimento de metas e as ações para alcançá-las. Esse trinômio precisa ser confeccionado com profundo controle social e em consonância com os demais planos setoriais.

Neste cenário, alguns aspectos do plano suscitam dúvidas objeto de estudo do Direito, são eles: de quem seria a competência para elaborar o plano; sua forma jurídica; e seu conteúdo.

3.2.1.1 Competência para a edição do plano

A Lei 11.445/2007 prevê que os planos de saneamento básico serão editados pelos titulares dos serviços de saneamento básico (artigo 19, § 1º). A pergunta feita pelos estudiosos do assunto é: poderia o titular delegar o planejamento para outro ente da federação?

Encontra-se na doutrina especializada que a Lei de Diretrizes e Bases do Saneamento não deixa clara a possibilidade de delegação, como, por exemplo, de Município a Estado. O que a lei disciplina, em seu artigo 8º, é a facultatividade do titular conferir competência para a organização, a regulação, a fiscalização e a prestação dos serviços, existindo dúvidas a respeito do que estaria contido na palavra “organização”. “Poderá ela significar planejamento? A dificuldade é que, fosse este o caso, a lei provavelmente teria usado a expressão planejamento, em vez de organização. (...) Mas não nos parece que o silêncio legal deva ser interpretado como uma proibição.”⁶⁸

Mais fácil defender a tese de que o planejamento pode sim ser delegado pelo titular do serviço, pelas três razões seguintes, veja-se:

a) primeiro porque se a própria lei (após intensos debates travados em seu anteprojeto) permitiu a delegação da função regulatória a qualquer entidade reguladora constituída dentro dos limites do respectivo Estado (artigo 23, §1º), não teria lógica que a atividade regulatória, com todos os seus atributos,⁶⁹ pudesse ser delegada e o planejamento não. Os dois são extremamente importantes para implementação de políticas públicas;

⁶⁷ **Op. cit.** p. 39.

⁶⁸ SOUZA, Rodrigo Pagani. **Op. cit.** p. 48

⁶⁹ Lembrando que as agências reguladoras têm o poder de fiscalização e de solução de controvérsias, também chamados, respectivamente, de função executiva e função judicante. É através da função executiva que as

b) segundo, o artigo 241 da Constituição da República autorizou *a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos*. Seria então possível delegar o planejamento, baseado na transferência total ou parcial de “encargos”, utilizando-se do instrumental da Lei 11.107/2005 (lei dos consórcios públicos), entendendo planejamento como encargos dos serviços.

c) por fim, se fosse impedido pela Lei 11.445/2007 delegar o planejamento, estaria presente uma inconstitucionalidade no diploma legal por afronta da lei ordinária federal à autonomia dos entes da federação, titulares de serviços de saneamento básico de organizarem suas incumbências (artigo 30, inciso V, da C.R.)⁷⁰, delegando a função do planejamento das atividades de saneamento básico.

3.2.1.2 Forma jurídica

No que concerne à espécie normativa que se deve utilizar para edição do plano, o debate se daria entre lei, decreto ou resolução da entidade reguladora. A Lei de Diretrizes Nacionais para o Saneamento Básico silenciou, dispondo apenas que o titular dos serviços formulará a respectiva política pública de saneamento básico, devendo para tanto elaborar os planos de saneamento básico (artigo 9º, inciso I), deixando assim a cargo destes titulares a escolha da forma adequada.

Afastada a hipótese de um contrato formalizar o plano de saneamento básico⁷¹, resta examinar as melhores possibilidades entre: resolução, decreto ou lei. A maior flexibilidade seria assegurada se fosse o plano feito na forma de um decreto ou resolução da entidade reguladora, haja vista toda a dificuldade política existente na alteração de leis. Essa maior rapidez para a mudança das metas de planejamento seria uma característica positiva, pois as condições que levaram àquele texto do planejamento podem se alterar com uma velocidade

agências fiscalizam e determinam sanções aos particulares. A função judicante, por sua vez, diz respeito ao poder de solução de controvérsias das agências reguladoras.

⁷⁰ Art. 30. Compete aos Municípios: (...) V - organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial.

⁷¹ Rodrigo Pagani de Souza explica que não caberia a um contrato entre titular e prestador de serviços cuidar do planejamento, listando as seguintes razões: a) o artigo 19, § 1º, da Lei 11.445/2007, estabelece que os planos de saneamento básico serão editados pelos titulares dos serviços, o que denota não se tratar de uma relação bilateral, como em um contrato; b) o mesmo artigo da lei, em seu § 4º, determina a revisão do plano em prazo não superior a quatro anos, o que evidencia que o contrato não é a via adequada para o plano, pois não se encontra na norma qualquer correspondência com uma revisão contratual obrigatória a cada quatro anos; e c) o planejamento reduzido ao contrato de prestação de serviços poderia servir às partes envolvidas, mas carecia de articulação com quem não é parte, como outros prestadores, reguladores, ou consumidores. **Op. cit.** p. 43-44.

incompatível com o trâmite das leis nas casas legislativas, perdendo-se um tempo precioso em uma matéria que já nasce atrasada (principalmente se levado em conta os precários índices de cobertura do saneamento no Brasil). Sobre o aspecto democrático, este ainda restará preservado, pois embora os parlamentares eleitos para representação da vontade popular não participem diretamente do plano, o próprio povo poderá se fazer presente, vez que a Lei nº 11.445/2007 assegurou ampla divulgação das propostas dos planos de saneamento básico e dos estudos que as fundamentem, inclusive com a realização de audiências ou consultas públicas (artigo 19, § 5º).

3.2.1.3 Conteúdo

Conforme já foi visto, o plano precisa contemplar o trinômio: diagnóstico, metas e ações. Porém ainda não se cuidou de separar esses três itens entre o que tem ou não natureza de norma jurídica.

O diagnóstico é a constatação de uma situação de fato, baseada em estudos ambientais, estatísticos, sanitários, de saúde, etc., como, por exemplo, se determinada região da cidade é ou não atendida por todos os serviços que compreende o saneamento básico. O diagnóstico também serve para apontar as causas dessa situação. Portanto, o diagnóstico não é normativo, mas é antecedente da parte normativa do plano, pois embasará as metas e ações.

Já as metas de curto, médio e longo prazos, que caminham em direção à universalização do serviço, uma vez estabelecidas no decreto ou na resolução que institui o plano, terão força normativa, podendo ser, inclusive, administrativa e, depois, judicialmente exigidas.

No mesmo diapasão, se encontram os programas, projetos ou ações elencados no plano como necessários para atingir os objetivos e as metas, de modo compatível com os respectivos planos plurianuais e com outros planos governamentais correlatos, identificando possíveis fontes de financiamento (artigo 19, inciso III, da Lei 11.445/2007), estes também terão caráter normativo e toda a exigibilidade dispensada às metas.

3.2.2 Prestação dos serviços de saneamento básico

A prestação dos serviços de saneamento básico encontra-se diretamente conectada com o planejamento prévio, obrigatoriamente existente. Isso é o que se depreende do comando contido no artigo 19, da Lei 11.445, de 2007, que determina que a prestação

observará os planos de saneamento básico. Essa exigência legal deixa claro que o plano é o que realmente servirá para definir as obrigações do prestador de serviços, sejam elas definidas em contrato ou na lei. O plano, é, portanto, efetivo, juridicamente exigível e o instrumento de apoio e condicionamento do modo como se dará a prestação dos serviços de saneamento básico.

Note-se que ao se falar em prestação é preciso ter em mente que ela pode ser realizada pelo próprio titular dos serviços, direta ou indiretamente, ou por entidade não integrante da Administração Pública do titular. Sabe-se que os serviços podem ser prestados diretamente pela Administração Pública interessada, indiretamente, por meio de uma autarquia, sociedade de economia mista ou empresa pública, ou podem ser concedidos para as sociedades empresárias particulares. Ainda é possível sua delegação para entidade da Administração pertencente a outro ente federado, como de Município para companhia estadual de saneamento básico. Essa distinção é importante, pois as normas concernentes à prestação dos serviços estarão contidas em lei ou contrato, a depender do caso. Quando o serviço é prestado pelo próprio ente, direta ou indiretamente, as regras estão contidas na lei. Por outro lado, esclarece o artigo 10, da Lei de Diretrizes do Saneamento Básico, que a prestação por entidade que não integre a administração do titular depende da celebração de contrato, sendo vedada a sua disciplina mediante convênios, termos de parceria ou outros instrumentos de natureza precária.⁷²

A decisão sobre prestar diretamente ou mediante delegação/concessão faz parte da política pública do setor, cuja obrigação é de responsabilidade do titular.

Quando se optar pela concessão desses serviços é imprescindível que se observe as disposições da Lei de Licitações e Contratos Administrativos (8.666/93), da Lei de Concessões de Serviços Públicos (8.987/95), bem como, quando for o caso, da Lei de Parceria Público- Privada (11.079/04) e a Lei de Consórcios Públicos (11.105/05).

Adiante-se que a Lei de Diretrizes Nacionais para o Saneamento Básico possibilita que haja um único prestador do serviço para vários Municípios, contíguos ou não, denominando tal situação de prestação regionalizada. Nesse caso, também pode haver um órgão, autarquia, fundação de direito público, consórcio público, empresa pública ou sociedade de economia mista ou um concessionário privado, responsável pela realização dos

72 Interessante exceção é a possibilidade de um contrato entre o ente titular do serviço e entidade de sua própria Administração indireta, hipótese introduzida no artigo 37-A, § 8º, da Constituição da República, denominada de contrato de gestão. Nesse caso, ocorre a contratualização do vínculo da Administração central com entidades da Administração Indireta para que estas recebam maior autonomia administrativa e financeira, em troca de ficar a obrigada a cumprir metas e apresentar maior desempenho.

serviços, mas sempre haverá a necessidade de observância de uma regulação e fiscalização uniformes e compatibilidade com o planejamento.

3.2.3 Regulação do saneamento básico

Conforme foi visto nos pontos anteriores, a regulação do saneamento básico foi negligenciada, sendo que o modelo do Planasa admitia que as Companhias Estaduais de Saneamento Básico realizassem o planejamento, a regulação e fiscalização dos serviços por elas próprias prestado.

Agora, com o advento da Lei Federal nº 11.445, de 2007, a existência de normas de regulação que prevejam os meios para o cumprimento das diretrizes da lei, incluindo a designação de uma entidade encarregada da regulação e da fiscalização, é um pressuposto de validade dos contratos que tenham por objeto a prestação de serviços públicos de saneamento básico. Inclusive, o § 3º, do artigo 13, é expresso em declarar a nulidade de cláusula de contrato que *atribuir ao contratado o exercício dos poderes de planejamento, regulação e fiscalização dos serviços por ele próprio prestados*.

A lei de diretrizes nacionais para o saneamento básico estabeleceu princípios, objetivos e um conteúdo mínimo para as futuras normas de regulação que deverão ser criadas por entidades reguladoras dos serviços públicos de saneamento básico e direcionadas aos prestadores e usuários dos serviços.

A matéria é tratada no quinto capítulo da Lei nº 11.445/2007, a partir de seu artigo 21, que cuida de estabelecer cinco princípios para regulação: independência decisória da entidade reguladora, transparência, tecnicidade, celeridade e objetividade das decisões.

Interessante perceber que a Lei de Diretrizes Nacionais do Saneamento Básico já contemplou as bases normativas da atividade regulatória, diferentemente de outros serviços públicos, igualmente regulados, mas onde o conteúdo dessa função foi incluído na lei que cria a agência (Ex: Anatel, Anel, ANS). Isso faz todo o sentido, pois essas leis criavam agências reguladoras de serviços de titularidade da União, portanto bastava uma agência federal. Agora, como o saneamento básico se trata de um serviço de titularidade de cada Município, a lei federal que traça normas comuns sobre o serviço precisou também disciplinar as balizas da atividade regulatória.

3.2.3.1 Exercício da função de regulação

A regulação é definida por Maria Sylvia Zanella Di Pietro, como sendo *a atuação do Estado não só na ordem econômica, mas também na ordem social com a finalidade de proteger o interesse público*.⁷³

Em tema de saneamento básico a regulação pode ser entendida como: “(...) a intervenção do Estado nas ordens econômica e social com a finalidade de se alcançarem eficiência e equidade, traduzidas como universalização na provisão de bens e serviços públicos de natureza essencial por parte dos prestadores.”⁷⁴

Da lei se extrai que a atividade estatal de regulação dos serviços de saneamento básico buscará estabelecer normas para a adequada prestação dos serviços, assegurar o alcance das metas estabelecidas, reprimir o abuso do poder econômico e definir tarifas que assegurem tanto o equilíbrio econômico e financeiro dos contratos como a modicidade tarifária (artigo 22 da Lei Federal nº 11.445/2007).

Em um primeiro momento, para se compreender a forma como se dará a regulação dos serviços de saneamento básico, é preciso esclarecer como seria a formatação do responsável por esta tarefa, denominado pela lei de *entidade reguladora*.

A lei não cuidou de definir o que seria a entidade reguladora, mas deixou claro que ela deveria gozar de independência para exercer sua competência (artigo 21, inciso I) e que poderia receber seus poderes de qualquer titular dos serviços, desde que do mesmo Estado em que estivesse constituída a entidade reguladora (artigo 23, § 1º). Assim, com base nesses dois comandos e recorrendo aos ensinamentos da doutrina, é possível formatar o possível modelo dessa importante instituição.⁷⁵

Por primeiro, resta claro que a atividade de regulação passou a ser obrigatoriamente separada da prestação dos serviços. Embora pareça lógico que o regulador do prestador não

⁷³ Limites da função reguladora das agências diante do princípio da legalidade. In: ***Direito regulatório: temas polêmicos***. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 19-50.

⁷⁴ GALVÃO, Alceu de Castro Junior. PAGANINI, Wanderley da Silva. Aspectos conceituais da regulação dos serviços de água e esgoto no Brasil. In: ***Revista de Engenharia Sanitaria e Ambiental***. v. 14 n. 1. Rio de Janeiro, 2009. Disponível em: www.scielo.br/pdf/esa/v14n1/v14n1a09.pdf. Acesso em 08/08/2015.

⁷⁵ Cf. também o Decreto nº 7.217, de 2010, que regulamentou a Lei 11.445/2007: Art. 31. As atividades administrativas de regulação, inclusive organização, e de fiscalização dos serviços de saneamento básico poderão ser executadas pelo titular: I - diretamente, mediante órgão ou entidade de sua administração direta ou indireta, inclusive consórcio público do qual participe; ou II - mediante delegação, por meio de convênio de cooperação, a órgão ou entidade de outro ente da Federação ou a consórcio público do qual não participe, instituído para gestão associada de serviços públicos. § 1º. O exercício das atividades administrativas de regulação de serviços públicos de saneamento básico poderá se dar por consórcio público constituído para essa finalidade ou ser delegado pelos titulares, explicitando, no ato de delegação, o prazo de delegação, a forma de atuação e a abrangência das atividades a ser desempenhadas pelas partes envolvidas.

seja o próprio prestador, isso acontecia no passado, onde as Sociedades de Economia Mista estaduais ou as autarquias municipais, responsáveis pela prestação dos serviços de saneamento básico, estabeleciam seus próprios padrões de operação.

As funções de regular e fiscalizar os serviços públicos de abastecimento de água potável e esgotamento sanitário, em conformidade com as políticas e diretrizes nacionais, precisam ser exercidas com independência em relação tanto ao prestador, quanto ao titular do serviço público, mesmo que a entidade reguladora faça parte do ente titular. No Brasil, no bojo da reforma administrativa iniciada na década de 1990, a forma que se encontrou para garantir independência no desempenho da competência regulatória e fiscalizatória foi importar do direito anglo-saxão a ideia das agências reguladoras.⁷⁶

As agências reguladoras, como entidades integrantes da administração indireta, são instituídas como autarquias sob regime especial, exatamente por conta das peculiaridades dos mandatos de seus dirigentes e por exercerem competências normativas e fiscalizatórias.

Portanto, a única forma que se vislumbra para o exercício da função de regulação, nos moldes preconizados pela Lei 11.445/2007, é a criação de uma agência reguladora dos serviços públicos de saneamento básico. Tal instituição pode ser feita pelo próprio titular dos serviços ou este pode delegar a tarefa de regulação e fiscalização a uma entidade reguladora constituída dentro dos limites do respectivo Estado.

Conforme se viu, o titular dos serviços públicos de saneamento básico são os Municípios, pois se trata de serviços de interesse local⁷⁷, mas a regulação desses serviços, conforme se verá adiante, é matéria extremamente complexa, impossível de ser executada pela maioria dos 5.570 Municípios brasileiros, dado que não dispõem de condições adequadas sob o ponto de vista técnico, financeiro e de capital humano. Faltam recursos orçamentários, carecem de infraestrutura técnica e de quadros capazes de cumprir funções tão amplas e que requerem certo grau de especialização.

A solução dada pela Lei de Diretrizes Nacionais para o Saneamento Básico foi a possibilidade de delegação das competências regulatórias e fiscalizatórias dos serviços de saneamento básico (artigo 8º). Tal delegação se dará por meio de convênios com entidades

⁷⁶ Mas se tais agências existem no Brasil desde os anos 90, por que só em 2007 tal solução se apresentou ao setor de saneamento básico?

A questão é que a ideia das agências reguladoras, importada do direito anglo-saxão, serviria para os serviços recém concedidos à iniciativa privada, no bojo do processo de privatização de diversos setores da prestação dos serviços públicos que estavam sob os cuidados de empresas estatais, tais como telecomunicações e energia-elétrica. Entendia-se que tal modelo não serviria para o setor de saneamento básico, por se tratar de um serviço notoriamente com maior apelo social e com infimas concessões a iniciativa privada.

⁷⁷ Deverão executar a gestão integrada dos serviços quando estiverem inseridos em uma região metropolitana, mas não perdem sua titularidade (Cf. STF, ADI nº 1842/RJ).

reguladoras de outros Municípios (desde que do mesmo Estado) ou com agências reguladoras estaduais, nos termos do artigo 241 da Constituição da República e da Lei Federal nº 11.107, de 2005.

Conforme bem anota a doutrina, para que seja adotada tal solução, “é necessário haver autorização legislativa, determinando, assim, que a decisão de delegar a regulação dos serviços de saneamento básico sob a responsabilidade do titular seja submetida – ainda que de forma indireta – à aprovação popular.”^{78 79}

Outra interessante possibilidade é os Municípios se consorciarem, de acordo com a Lei de Consórcios Públicos (11.107/2005), e criarem uma agência reguladora regional para regulação e fiscalização dos serviços de saneamento básico, sendo esta uma autarquia plurissubjetiva, vez que integrante da administração indireta de todos os Municípios envolvidos em sua criação.

Note-se que, de acordo com a decisão do Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1842/RJ, nos Municípios localizados em aglomerações urbanas, o adequado atendimento do interesse comum se dará com a integração municipal dos serviços de saneamento básico (entendida em sentido amplo: como planejamento, instalação, operação e regulação), sendo que isso pode ser feito voluntariamente, por meio de gestão associada, empregando convênios de cooperação ou consórcios públicos, consoante os artigos 3º, II, e 24 da Lei Federal nº 11.445/2007, e artigo 241 da Constituição da República, ou compulsoriamente, nos termos em que prevista na lei estadual que institui as aglomerações urbanas.

A entidade responsável pela regulação dos serviços de saneamento básico deve ser uma agência reguladora, tendo assim garantia de sua independência decisória, com autonomia administrativa, orçamentária e financeira (artigo 21, inciso I, da Lei 11.445, de 2007).

Nas agências reguladoras a autonomia administrativa é garantida, principalmente, pelo fato de seus dirigentes gozarem de estabilidade em suas funções, conforme explica Eduardo Marques da Silva em monografia sobre o tema:

O fato que denota a autonomia administrativa das agências reguladoras é a investidura por tempo certo de seus dirigentes, o que significa dizer que eles

⁷⁸ MOTA, Carolina. O controle social no setor de saneamento básico: principais aspectos da Lei Federal nº 11.445, de 05 de janeiro de 2007. In: MOTA, Carolina (org.). **Saneamento básico no Brasil: aspectos jurídicos da Lei Federal nº 11.445/07**. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 275.

⁷⁹ A autora também concede o exemplo do Estado de São Paulo, onde foi criada a Agência Reguladora de Saneamento e Energia do Estado de São Paulo – ARSESP, por meio da Lei Complementar nº 1025, de 07 de dezembro de 2007. A ARSESP atua tanto em decorrência de competências próprias quanto de competências delegadas por diversos Municípios.

somente podem ser afastados do cargo que ocupam antes do vencimento do prazo previsto mediante o cometimento de falta grave, apurada esta em processo administrativo ou judicial, e desde que observados o contraditório e a ampla defesa. Além disso, as investiduras por tempo certo dos dirigentes não podem ser coincidentes entre si, e, muito menos, com o ciclo eleitoral, por motivos que dispensam maiores detalhamentos.

A investidura para o preenchimento dos cargos de dirigentes das agências reguladoras, em regra, é um ato composto, cabendo ao Chefe do Poder Executivo indicar o nome do pretenso dirigente, que será submetido à aprovação pelo Legislativo.⁸⁰

O fato que aponta a autonomia financeira das agências reguladoras é a sua capacidade de autogestão financeira. Suas receitas são provenientes de dotações orçamentárias gerais e específicas, cobrança de taxa de regulação⁸¹ e por meio de recursos oriundos do contrato de rateio (no caso de um consórcio público ter criado a agência).

Entende-se por autonomia orçamentária a capacidade atribuída ao ente para determinar o seu orçamento.

3.2.3.2 Princípios da Transparência, tecnicidade, celeridade e objetividade das decisões

De acordo com a Lei de Diretrizes Nacionais do Saneamento Básico, a função de regulação, além de ser desempenhada de maneira independente, deve observar os princípios da transparência, tecnicidade, celeridade e objetividade das decisões (artigo 21, inciso II).

A exigência de transparência nada mais é do que a afirmação do princípio da publicidade que deve pautar a produção de todos os atos administrativos, por exigência constitucional (artigo 37, *caput*, da C.R.), e servirá para que os órgãos de controle externo e a população consigam acompanhar e fiscalizar o exercício da função pública desempenhada pela entidade reguladora.

Importante mencionar que a transparência não significa a mera disponibilização de informações sobre atos já praticados, mas sim que seja dada publicidade antes e durante a produção dos atos administrativos, pois só assim se possibilita a participação popular nos processos de formulação de políticas.

A própria Lei 11.445, de 2007, dispõe sobre os mecanismos capazes de garantir a transparência das ações, quais sejam: sistemas de informação e processos decisórios institucionalizados (artigo 2º, inciso IX). Os sistemas de informação nada mais são do que a

⁸⁰ **A independência das agências reguladoras no Brasil e o Projeto de Lei nº 3.337/2004.** Brasília: ESAF, 2006. p. 40.

⁸¹ Encargo contratual estabelecido dentro do contrato de concessão, pelo qual se pactuou que os custos relacionados à fiscalização e disciplina da execução daquele contrato seriam arcados pelo contratado (no caso, pelo concessionário). **Ibden.** p. 46.

facilitação do acesso amplo e irrestrito⁸² por meio de disponibilização dos dados em locais onde seja possível a consulta pública, principalmente pela rede mundial de computadores.

Já os processos decisórios institucionalizados demandam maiores explicações.

Processos decisórios institucionalizados podem ser entendidos como a observância do devido processo legal para a tomada de decisões na Administração.

Para a prática de um ato administrativo, indispensável que se tenha alguém com competência, que se observe as formalidade legais, seja processualizado e respeite o contraditório e a ampla defesa. Sobre o assunto, pode ser resumido o que escreveu Wallace Paiva Martins Júnior, em texto sobre a forma de tomada de decisões da Administração:

A liturgia que precisa ser seguida para produção dos atos da Administração Pública independe desses serem favoráveis ou desfavoráveis aos administrados; se impondo sempre que existirem interesses contrapostos, todas as vezes que a esfera de direitos do administrado puder ser atingida ou afetada.

Esse ritual para a tomada de decisões por parte do Poder Público é pautado por um mínimo de regras para sua formação: participação, formalismo moderado, publicidade, decidibilidade e recorribilidade (artigo 2º, da Lei n. 9784/99). Somam-se a elas os princípios gerais do Direito Administrativo, presentes na Constituição Federal (legalidade, impessoalidade, moralidade, proporcionalidade, interesse público, motivação, segurança jurídica, razoabilidade, finalidade, eficiência e devido processo legal, com ampla defesa e contraditório).⁸³

Atualmente pode-se afirmar que só são compatíveis com a Constituição da República de 1988 os atos administrativos que respeitem o devido processo legal. Exemplificando, no caso da regulação dos serviços de saneamento básico, só se admitirá o reajustamento tarifário se tal ato for autorizado pela entidade reguladora (agente competente), em processo administrativo em que se deu ampla publicidade, avisando e chamando a população a participar da decisão por meio dos institutos competentes (publicidade), levando-se em consideração o argumento de todos os partícipes envolvidos (contraditório), possibilitando a interposição de recursos (ampla defesa) e motivando todos os atos (princípio da motivação).

Eis um processo decisório institucionalizado, como pretende a Lei Federal nº 11.445, de 2007, que nada mais fez do que assegurar a observância da garantia estabelecida no artigo 5º, inciso LV, da Magna Carta.

Inclusive, tal pode ser extraído da Lei de Diretrizes Nacionais do Saneamento Básico, que em seu artigo 3º, inciso IV, considera o controle social como sendo o conjunto de mecanismos e procedimentos que garantem à sociedade informações, representações técnicas

⁸² Ressalvados os casos em que o sigilo seja imprescindível ao interesse público, à segurança da sociedade e do Estado (artigo 5º, inciso XXXIII, da C.R.) ou à garantia do direito à intimidade do cidadão.

⁸³ A processualização do direito administrativo. In: MARRARA, Thiago (org.). **Direito Administrativo: transformações e tendências**. São Paulo: Almedina, 2014. p. 287-326.

e participações nos processos de formulação de políticas, de planejamento e de avaliação relacionados aos serviços públicos de saneamento básico.⁸⁴

Relacionado com a exigência de transparência e reafirmando o que foi dito, tem-se também os seguintes dispositivos da Lei 11.445, de 2007:

Art. 23, § 3º As entidades fiscalizadoras deverão receber e se manifestar conclusivamente sobre as reclamações que, a juízo do interessado, não tenham sido suficientemente atendidas pelos prestadores dos serviços.

(...)

Art. 26. Deverá ser assegurado publicidade aos relatórios, estudos, decisões e instrumentos equivalentes que se refiram à regulação ou à fiscalização dos serviços, bem como aos direitos e deveres dos usuários e prestadores, a eles podendo ter acesso qualquer do povo, independentemente da existência de interesse direto.

§ 1º Excluem-se do disposto no caput deste artigo os documentos considerados sigilosos em razão de interesse público relevante, mediante prévia e motivada decisão.

§ 2º A publicidade a que se refere o caput deste artigo deverá se efetivar, preferencialmente, por meio de sítio mantido na rede mundial de computadores - internet.

Art. 27. É assegurado aos usuários de serviços públicos de saneamento básico, na forma das normas legais, regulamentares e contratuais:

I - amplo acesso a informações sobre os serviços prestados;

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

III - acesso a manual de prestação do serviço e de atendimento ao usuário, elaborado pelo prestador e aprovado pela respectiva entidade de regulação;

IV - acesso a relatório periódico sobre a qualidade da prestação dos serviços.

Veja-se que se fez presente na lei a ampla publicidade das informações e o recebimento e processamento das reclamações, com a consequente necessidade de manifestação a seu respeito. Tal pode ser analogicamente estendido a todo e qualquer ato de regulação, para que assim se respeite o princípio da transparência no exercício da regulação (artigo 21, inciso II, da Lei 11.445/2007).

A transparência aqui, mais uma vez, também pode ser considerada instrumento para a concretização da participação da sociedade na implementação da política pública.

Transparência, educação e participação e conjugam para a efetivação do controle social previsto na lei.

Os princípios da tecnicidade, celeridade e objetividade das decisões, também são imprescindíveis à função regulatória, fazendo com que o atuar da entidade reguladora seja pautado por decisões técnicas, rápidas e sem subjetivismos.

⁸⁴ Ademais, se vislumbra aí também a aplicação do princípio da participação (ou cooperação), do Direito Ambiental, com assento no artigo 225 da Constituição da República, na medida em que o planejamento do saneamento básico também pode ser visto sob o viés de uma relevante política pública de caráter ambiental.

Assim, o responsável pela regulação deverá contar com recursos humanos com formação capaz de responder aos desafios que envolve o setor e em número compatível com a exigência de imediata resposta, especialmente quando a matéria-prima relaciona-se com um recurso natural que varia rapidamente de acordo com as mudanças climáticas.

A objetividade das decisões relaciona-se com a independência decisória própria da função de regulação, pois não se deve atuar com privilégios ou favorecimentos, mesmo que a decisão prejudique o próprio ente instituidor da entidade reguladora. Para tanto, também se faz indispensável a autonomia dos dirigentes, o que é melhor assegurado no ordenamento jurídico brasileiro pelo modelo das autarquias especiais, ou agências reguladoras. Sem dúvida a formação de um quadro de servidores efetivos, todos aprovados em concurso público, valorizados e com boa remuneração, é a melhor forma de se assegurar a necessária independência e, portanto, objetividade, seja na função normativa, fiscalizatória ou de resolução de conflitos desempenhada pela entidade reguladora.

3.2.3.3 Objetivos da regulação

A função de regulação compreende o manejo de competências normativas, sendo estas atos do ente regulador que disciplina e estabelece regras para a prestação do serviço público; adjudicatórias, entendidas como atos que habilitam o prestador a explorar um serviço público; fiscalizatórias,⁸⁵ ou seja, monitoramento das regras estabelecidas nas normas; e sancionatórias, que significam a aplicação de penalidades previstas na legislação específica, inclusive a extinção punitiva dos atos e termos editados ou dos contratos celebrados.

Além disso, deve a entidade reguladora dirimir conflitos entre regulados sempre que estes solicitarem ou nas hipóteses previstas na legislação específica, e subsidiar, orientar e informar a elaboração de políticas públicas pelos poderes Executivo e Legislativo, recomendando a adoção de medidas ou decisões para o setor regulado.

No desempenho desses trabalhos, se buscará atingir os objetivos listados pela Lei 11.445, de 2007, para a regulação, desse modo:

Art. 22. São objetivos da regulação:

- I - estabelecer padrões e normas para a adequada prestação dos serviços e para a satisfação dos usuários;
- II - garantir o cumprimento das condições e metas estabelecidas;

⁸⁵ Nesse sentido, a utilização dos termos “regulação” e “fiscalização” na lei das diretrizes de saneamento básico e respectivo decreto regulamentador não teria muita lógica, pois a fiscalização é espécie de atividade que compõe a regulação, ou seja, esta se expressa também por aquela.

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

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

A regulação tem entre suas competências a normativa, a fiscalizatória e a sancionatória, exatamente as que serão exercidas para alcançar as metas dos dois primeiros incisos, pois deve a entidade reguladora editar normas com padrões de qualidade da água e do tratamento de esgoto, penalizando os prestadores que não observarem os padrões.

O último inciso cuida dos aspectos econômicos e sociais do setor de saneamento básico no momento de estabelecimento das tarifas que devem ser pagas como contraprestação pelo usuário.

Note-se que a regulação dos serviços de saneamento básico deverá preocupar-se com a sustentabilidade econômico-financeira (artigo 29, *caput*, da Lei 11.445/2007), mas ao mesmo tempo precisa atentar que o estabelecimento de tarifas deve levar em conta as populações envolvidas e sua capacidade de pagamento. Bem por isso, uma série de dispositivos legais, contidos entre os artigos 29 e 42 da Lei 11.445, de 2007, traçou as diretrizes para a política tarifária, tentando equacionar a complicada questão de garantir o retorno dos investimentos, a manutenção do sistema, a lucratividade (seja para o particular, seja para que o próprio Poder Público tenha condições de realizar novos investimentos), combinada com o atendimento de populações de baixa renda.

Sobre a regulação dos serviços públicos de saneamento básico, é possível concluir que seguem diretrizes e princípios pautados na tecnicidade e modicidade tarifária, com suporte em agências reguladoras detentoras de independência funcional e decisória, estruturada numa administração gerencial (focada na eficiência e na gestão por resultados).

De tudo o que se expôs, é possível se resumir o conteúdo da regulação do saneamento básico no seguinte quadro:

REGULAÇÃO DO SANEAMENTO BÁSICO	
Atividade	Conteúdo
Normatização	criação de regras para a prestação do serviço público
Adjudicação	outorga de atos administrativos que habilitam o prestador do serviço público explorá-lo
Fiscalização	monitoramento do cumprimento das regras criadas pela entidade reguladora
Disciplinar	aplicação de sanções previstas nas normas reguladoras
Resolutiva de conflitos	resolução de conflitos entre os prestadores de serviço, titulares e usuários
Orientativa	prestação de orientações a titulares na elaboração da política pública, seja o Poder Executivo ou o Poder Legislativo; aos prestadores de serviço e aos usuários.

Em capítulo próprio discorre-se sobre a regulação do saneamento básico por consórcios públicos, incluindo-se a discussão sobre o poder normativo das agências reguladoras.

4 ASPECTOS ECONÔMICOS E SOCIAIS DOS SERVIÇOS PÚBLICOS DE SANEAMENTO BÁSICO

Desde o Planasa tem-se como meta a auto-sustentabilidade financeira dos serviços de saneamento básico, que, em resumo, consiste em assegurar que eles sejam financiados pelas próprias tarifas que cobram dos usuários. Contudo, é duvidoso que somente as tarifas assegurem os objetivos de universalização, dada a situação sócio econômica dos usuários brasileiros. Com isso, não se quer dizer que não seja possível ampliar a participação das tarifas na equação financeira do setor, mas é preciso empreender esforços para ampliar substancialmente o nível de eficiência técnica e administrativa, conferindo racionalidade e estabilidade à gestão dos serviços.

Além disso, a universalização do saneamento é garantidora de aumentos significativos no desenvolvimento humano da população o que impacta diretamente na renda das famílias e pode levar a um patamar em que seja possível alcançar o ideal do autoprovimento do setor, em um processo que, conforme explica o professor Alaôr Caffé Alves, o saneamento supriria o próprio saneamento.⁸⁶

Para tanto é preciso proceder uma análise de como se pode dar o financiamento do saneamento básico, os limites da participação privada na prestação dos serviços e a sugestão de como se pode dar uma implementação ideal, bem como das normas atinentes a remuneração dos serviços.

4.1 Fontes de recursos do setor de saneamento básico

Conforme se demonstrará mais adiante, a ideologia do diploma normativo que estabeleceu as linhas mestras do saneamento básico brasileiro pretende que o setor seja autossustentável economicamente, ou seja, mantido e ampliado por meio das tarifas cobradas dos usuários dos serviços, mas para se chegar ao ponto de um sistema que atenda toda a população e possa dela cobrar pela água e pelo esgotamento sanitário é preciso um estágio prévio que é o financiamento da implantação da atividade.

O assunto tem especial importância quando se cuida de um país em desenvolvimento como o Brasil, onde o mote do planejamento deve ser a universalização dos serviços públicos, como forma de assegurar a todos as condições mínimas de dignidade e bem-estar. Nesse

⁸⁶ **Saneamento Básico: Concessões, Permissões e Convênios Públicos.** Bauru: EDIPRO, 1998. p. 41-42.

diapensão, as políticas públicas precisam assumir tal diretriz, valendo-se de métodos de alocação de recursos financeiros baseados num padrão redistributivo, isto é, substitutivo do mercado.

Cuidando-se do saneamento básico, esse planejamento estatal do como se darão os investimentos, adquire especial relevância devido os impactos na saúde pública e na preservação do meio ambiente.

Em um país onde parcela significativa da sociedade ainda não tem acesso à água tratada e coleta de esgoto ou não tem capacidade econômica de arcar com as tarifas cobradas, o financiamento dos serviços de saneamento básico precisa ser arcado pelo Estado. Isso é inclusive, uma necessidade para que se observe o princípio da justiça social distributiva, pois o saneamento é algo tão básico ao desenvolvimento econômico das populações que sem ele não é possível que as pessoas iniciem seu processo de autosuficiência, é dizer, o saneamento é uma condição *sine qua non* para que as pessoas tenham o mínimo de qualidade de vida e possam estudar e trabalhar. Assim, só a garantia do saneamento básico para as pessoas que ainda não podem pagar pelos serviços é capaz de gerar para essas mesmas pessoas a capacidade de pagamento.

Esse financiamento capaz de possibilitar a universalização dos serviços deve ser planejado e realizado em maior medida pela União, pois a estrutura federativa brasileira manteve no poder central a maioria dos recursos financeiros (a descentralização de poder e competências não foi acompanhada da divisão do dinheiro). Na busca dessa finalidade a União dispõe dos seguintes instrumentos:

- a) executar obras usando recursos do Orçamento Geral da União, por meio da Fundação Nacional de Saúde – Funasa;
- b) utilizar recursos de fundos como o FGTS e o FAT para financiamento de ações dos governos municipais e estaduais. Nesse caso, os empréstimos seriam realizados com juros bem abaixo do valor cobrado pelo mercado e observariam diversos requisitos ligados ao planejamento da universalização dos serviços, respeito ao meio ambiente e transparência dos valores investidos, por exemplo; e
- c) estabelecer critérios que estimulem a adoção de uma política tarifária estratificada com relação a pequenos e grandes usuários, com o objetivo de gerar efeitos distributivos.

A respeito da política tarifária, já ao tempo do Planasa listava-se com uma das estratégias para o setor a auto sustentabilidade financeira, que, em resumo, significa garantir que os serviços de saneamento básico sejam financiados pelas próprias tarifas cobradas dos usuários. Contudo, observada a situação brasileira, é notável que as tarifas sozinhas não são

capazes de alcançar o objetivo primário da universalização. Em todo o caso, o mote sempre deve ser melhorar o nível de eficiência técnica e administrativa, conferindo racionalidade e estabilidade à gestão dos serviços em nível nacional, para que se amplie a participação das tarifas na equação financeira do setor.

Não se pode repetir o que ocorreu na época do Planasa, onde o princípio da auto sustentabilidade financeira foi relegado a segundo plano. Naquele tempo, as tarifas cobradas pelos governos estaduais eram baixas por opção e ainda sofriam o controle da União, por meio do Conselho Interministerial de Preços, em uma tentativa de controlar a inflação geral dos preços. É, então, preciso inadmitir que interferências externas advindas da política impeçam a obtenção dos resultados previstos nas metas do setor.

Bem explanando a questão, tem-se o seguinte: atualmente é impossível se alcançar a universalização dos serviços de saneamento básico somente por meio da cobrança de tarifas dos usuários, mas é preciso ter como mote que o sistema alcance tal grau de desenvolvimento passando a ser financeiramente autossuficiente.

Inclusive, em algumas cidades brasileiras, com alto índice de desenvolvimento humano e riqueza, o sistema já deveria ser gerido dessa maneira, isto é, uma estrutura que retirasse os recursos necessários tanto a sua manutenção quanto aos novos investimentos substancialmente das tarifas, sem qualquer ingerência política na fixação dos valores ou na utilização dos recursos.

Enquanto esse ideal não é alcançado por todas as regiões, e a universalização se faz premente, a União precisa ter participação ativa no financiamento do setor. Inclusive, essa atitude do governo central foi muito utilizada na França para generalizar os serviços, conforme bem observa Vinícius Marques de Carvalho:

Como a experiência francesa demonstra, mesmo num país desenvolvido, com níveis de desigualdade social e regional reduzidos, enquanto não se atingiu a universalização dos serviços, a participação do Estado nacional no financiamento dos serviços foi intensa. Essa participação se deu, inclusive, por meio de mecanismos que poderiam se aproveitados no Brasil, como a formação de um fundo nacional com os recursos advindos da cobrança do uso da água pelos comitês e agências de bacia. Tais recursos foram muito utilizados para fazer da política nacional de gestão dos recursos hídricos um instrumento que garantisse, a partir do princípio do poluidor-pagador, a universalização do tratamento de esgotos.⁸⁷

Com esse mesmo mote de utilização das tarifas para o financiamento do setor, encontra-se a necessidade de ampliação da utilização dos subsídios cruzados, é dizer, tarifas

⁸⁷ **Op. cit.** p. 408.

mais altas cobradas de determinados setores ou regiões, para fazer face aos subsídios concedidos àquela parcela de consumidores que não detém condições financeiras para pagar pelo custo total do serviço. Nesse sistema, é imprescindível, que os concessionários de água e esgoto mantenha uma dupla contabilidade: uma com a tarifa real e outra com o preço cobrado dos mais pobres para atender a objetivos sociais. Dessa forma, transparecendo a diferença, possibilita-se a fiscalização pelos órgãos de controle externos do uso inadequado da política tarifária.

Sobre a política de subsídios, é preciso melhor explicar a matéria. As principais espécies são os subsídios internos e externos; ao investimento e ao consumo; cruzados ou diretos.

Os subsídios internos se processam mediante receitas que se originam de remuneração pela prestação de serviços públicos de saneamento básico. Já os externos são aqueles que se processam mediante receitas que não se originam de remuneração pela prestação de serviços públicos de saneamento básico.

Os subsídios ao investimento servem para a realização de obras de expansão e qualificação da rede, propiciando a universalização da infraestrutura de acesso aos serviços. Eles incluem o subsídio cruzado externo e os subsídios presentes nos financiamentos liberados por instituições financeiras estatais, como, por exemplo, a Caixa Econômica Federal.

Os subsídios ao consumo objetivam assegurar o acesso da população mais pobre aos serviços de saneamento básico, mantendo a tarifa dessas pessoas em patamares menores ou até isentos. Geralmente, incluem o subsídio cruzado interno e o direto.

Os subsídios diretos são aqueles que se destinam, de forma explícita, a usuários determinados, concedidos diretamente pelo Poder Público, podendo estar regulados nos contratos de concessão. Por outro lado, os subsídios cruzados se originam na estrutura interna da remuneração dos serviços prestados, que pode ser um Município, ou as áreas regionais, decorrentes dos mecanismos de coordenação e cooperação federativa. São implementados por meio da política tarifária, que diminuirá o valor cobrado dos usuários residenciais e de baixa renda e aumentará o valor das tarifas para os demais.⁸⁸

Nas localidades com menores níveis de desigualdade social, os subsídios diretos são mais recomendáveis, inclusive por serem de fácil operacionalização. Nessas localidades, o

⁸⁸ Cf. CARVALHO, Vinícius Marques. **Op. cit.** p. 411.

Poder Público simplesmente cuidaria de remunerar a operadora do sistema por um consumo mínimo de um domicílio que demandasse tal isenção.

Porém, os subsídios cruzados serão os utilizados em maior escala no território nacional, dada as condições de pobreza e desigualdade que ainda imperam no Brasil, com a vantagem de não sobrecarregar as contas públicas, utilizando-se de critérios de distribuição de renda, quem pode mais paga mais pelo serviço, subvencionando os mais pobres, como que na aplicação de um princípio de capacidade contributiva, de seara tributária, consectário lógico do princípio da igualdade material.

É importante lembrar que toda e qualquer política de subsídio deve ter como mote a universalização do serviço, pois o saneamento básico possibilita a redução das desigualdades sociais, criando-se um círculo virtuoso de saída de condições de miséria que levam gerar condições de que aqueles usuários subsidiados passem a contribuir com o sistema, diminuindo-se gradativamente a necessidade dos próprios subsídios, até que não exista mais sua necessidade.

Sem sombra de dúvidas, a implementação dos subsídios reforça a necessidade do correto planejamento, nacional, estadual e regional. O resultado almejado por essas políticas, como já se disse, é a universalização do saneamento básico, o que só será alcançado com o estudo detalhado, constante e articulado no âmbito da federação. Para tanto, se faz indispensável a transparência e a participação de todos os envolvidos, com a regulação no mínimo regional da prestação dos serviços.

4.2 A remuneração dos serviços de saneamento básico

Em que pese ser um tema fortemente relacionado com a regulação dos serviços, vez que as revisões tarifárias devem ter suas pautas definidas pelas respectivas entidades reguladoras, optou-se por tratá-lo em um tópico próprio, dada sua amplitude, importância e as discussões que suscita na doutrina e na jurisprudência.

A Lei Federal nº 11.445 de 2007 como diploma legal que visa regulamentar o setor de saneamento básico, elenca como um de seus princípios básicos a sustentabilidade econômico-financeira, dispondo em seu artigo 29 que: *os serviços públicos de saneamento básico terão a sustentabilidade econômico-financeira assegurada, sempre que possível, mediante remuneração pela cobrança dos serviços.*

Já de início é imprescindível perceber a importância desse dispositivo e tecer três considerações fundamentais: a quem o comando legal se dirige; o que significa; e como se instrumentaliza.

Primeiro é preciso atentar que a lei mencionou os *serviços públicos de saneamento básico* e não os contratos do setor, isto é, não circunscreveu sua abrangência aos serviços concedidos à iniciativa privada ou a organismo da administração indireta de outro ente, mas quis dizer que todo serviço público de saneamento básico, independentemente da forma como se dá sua prestação, deve, em regra, apresentar condições econômico-financeiras de se manter ao longo do tempo, mesmo que seja um serviço prestado diretamente pelo titular.

Segundo, é preciso estabelecer que *sustentabilidade econômico-financeira* significa que o serviço público de saneamento básico será remunerado pelo usuário em um montante que permita a recuperação dos custos dos serviços prestados, mas não só isso, deve ser capaz de, com o passar dos anos, gerar os recursos necessários para realização de investimentos, visando o cumprimento das metas e objetivos definidos no plano de saneamento básico; estimular o uso de tecnologias modernas e eficientes, compatíveis com os níveis exigidos de qualidade, continuidade e segurança na prestação dos serviços; incentivar a eficiência dos prestadores dos serviços; e, quando se tratar de um serviço concedido a particulares, precisa remunerar adequadamente o capital investido pelos prestadores dos serviços contratados.⁸⁹ Em resumo, a lei pretende que o prestador apresente um desenvolvimento sustentável sob o aspecto econômico, passando da condição de endividado a investidor na melhoria dos serviços de saneamento básico.

Com isso, o legislador objetivou que o orçamento público não fique eternamente destinando recursos para a prestação dos serviços de saneamento básico. Essa fase de alocação de recursos do orçamento geral para setor é extremamente importante para se alcançar a universalização em regiões mais pobres, mas não se justificam após o desenvolvimento das localidades ou em Municípios que já contam com um nível de riqueza suficiente para suportar diretamente os custos da operação do sistema.

O ideário das diretrizes nacionais para o setor é que a execução seja autossuficiente sob o aspecto financeiro.

Assim, deve se afastar um passado onde rombos orçamentários eram corrigidos com novos empréstimos ou alocação de recursos públicos oriundos do titular do serviço.

⁸⁹ Tais premissas podem ser extraídas dos artigos 45, 46 e 47, do Decreto nº 7.217, de 21 de junho de 2010, que regulamentou a Lei nº 11.445/2007.

Também é preciso virar a página de um período em que o adequado reajuste dos valores cobrados não era realizado por se tratar de medida impopular, misturando-se política com administração de um serviço público. É preciso que o serviço seja adequadamente remunerado, gerando a possibilidade de novos investimentos no setor e a correta remuneração da iniciativa privada, quando o serviço for concedido. É claro que, por se tratar de um serviço público fundamental, diretamente ligado ao desenvolvimento e à saúde da população, deverão ser adotados mecanismos para assegurar o acesso de populações carentes, mas isso não é excludente do mote da lei de, em geral, exigir que os serviços de saneamento básico apresentem sustentabilidade econômico-financeira. Esse problema se resolve com a adoção de tarifas sociais que nada mais são do que subsídios criados e mantidos pelo Poder Público para garantir a necessária universalidade do saneamento básico.

Por derradeiro, é preciso verificar a forma como se dará a regulação da remuneração dos serviços de saneamento básico e como ela se coaduna com os princípios da universalização e da modicidade tarifária, estudo que se desenvolverá adiante.

4.2.1 A natureza da contraprestação pecuniária nos serviços de saneamento básico

Antes de adentrar na formulação da política de remuneração das atividades de saneamento básico, é importante tecer algumas considerações sobre a natureza jurídica da contraprestação pecuniária envolvida nos serviços de água e esgoto, tema que até hoje é enfrentado pela doutrina tributária e administrativa, com reflexos na jurisprudência, que agora parece chegar a uma conclusão.

A grande questão é a discussão se se trata de taxa ou tarifa (preço público). Se for taxa, seria uma espécie de tributo, devendo observância a todos os princípios do Direito Tributário, principalmente o da legalidade. Ao revés, aceitando-se a tese de que não seria um preço público, subsiste sua natureza negocial.

Em uma análise inicial, verificando-se o Código Tributário Nacional que estabelece que a natureza jurídica do tributo é determinada pelo fato gerador da respectiva obrigação, sendo irrelevantes para qualificá-la a denominação e demais características formais adotadas pela lei, bem como a destinação legal do produto da sua arrecadação (artigo 4º) e que as taxas seriam cobradas dos contribuintes que utilizassem serviços públicos específicos e divisíveis (artigo 145, inciso II), poderia parecer certo afirmar que os serviços de distribuição de água potável e a coleta e tratamento de esgoto seriam remunerados mediante o pagamento de taxa.

Contudo, a tarifa ou preço público também apresenta características que permitiriam defender seu uso para cobrança dos serviços de água e esgoto, são elas:

- a) inexistência de compulsoriedade, é dizer, o Estado ao estabelecer o preço público não se valeria de seu poder de império sobre os particulares, ao contrário, se igualaria ao particular e simplesmente cobraria pela prestação de um serviço público, com o objetivo de lucrar ou, pelo menos, remunerar o serviço; e
- b) gênese negocial, ou seja, a obrigação de pagar pelo serviço seria oriunda de um contrato entre prestador e usuário.

É muito importante que se determine com precisão se a contraprestação pelos serviços de água e esgoto têm natureza jurídica de taxa ou tarifa, pois a primeira encontra-se dentro do sistema tributário nacional (com todos os seus princípios, tal como a previsão de que não pode ser aumentado sem lei anterior) já a segunda subsume-se ao Direito Administrativo, mais precisamente no tema de serviços públicos, e até no Direito do Consumidor, aplicando-se os princípios dessas duas disciplinas. Mas, se tanto as características da taxa quanto as da tarifa podem ser defendidas como sendo as que mais se adéquam para remunerar os serviços de água e esgoto, é preciso resolver definitivamente a questão.

A diferença fundamental entre taxa e tarifa decorre da voluntariedade presente nesta e ausente na espécie tributária.

Porém, essa simples dessemelhança não seria suficiente para aclarar a situação quando se trata de serviços essenciais, tais como os de água e esgoto, pois não se trata de algo que as pessoas possam viver sem, vez que prejudicariam sua saúde ou, no mínimo, a dos demais. Cuida-se, como já se viu, de um direito fundamental, de algo ínsito ao desenvolvimento e ao direito à saúde. Então não se poderia falar em uma simples voluntariedade em contratar ou não tais serviços. A necessidade de contar com água potável e coleta e tratamento de esgoto fez com que tributaristas defendessem a natureza de taxa, sendo tal posicionamento, durante muito tempo, sufragado pelo Superior Tribunal de Justiça.⁹⁰

Portanto, o critério substancial para diferenciar a taxa da tarifa seria a voluntariedade desta que está ausente na espécie tributária. Contudo, a doutrina especializada questiona se se

⁹⁰ Nesse sentido os seguintes arestos: RESP nº 848.287/RS, Rel. Min. José Delgado, DJ de 14/09/2006; RESP nº 830.375/MS, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 30/06/2006; RESP nº 782.270/MS, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 07/11/2005; RESP nº 818.649/MS, Rel. Min. José Delgado, DJ de 02/05/2006; RESP nº 690.609/RS, Rel. Min. José Delgado, DJ de 19/12/2005.

estaria diante de uma voluntariedade no sentido de uma liberdade formal ou de liberdade material, liberdade efetiva de fruir ou não do serviço.⁹¹

Sobre o tema, Fabiano Verli adverte que *tão importante quanto a indagação do ponto de vista formal é a pesquisa sobre as reais condições de fruição e não fruição de qualquer serviço público ou prestação*.⁹² Em outras palavras, deveria se levar em conta a liberdade material e não a formal, pois não se poderia falar em autonomia do indivíduo em contratar ou não serviços públicos fundamentais à própria dignidade humana. Seria preciso adotar uma nova definição de liberdade no Direito. Concepção que se conforme com a necessidade de efetivação dos princípios medulares da Constituição da República de 1988.

Em que pese essa forte argumentação jurídica, é importante que se advirta que prevalece na jurisprudência que a livre vontade em sentido formal é suficiente para caracterizar a contratação do serviço público e, assim, autorizar a cobrança na forma de preço público. Nesse sentido os seguintes arestos:

- 1) A contraprestação pela utilização da rede de águas e esgotos corresponde à utilização de um bem e serviço instalado e operado pelo Estado. A renda dessas contraprestações não vem de taxa, mas de um pagamento que, na técnica fiscal e administrativa, se denomina preço público.⁹³
- 2) Não obstante sua obrigatoriedade, a contraprestação ao serviço de esgotamento sanitário não tem caráter tributário. Trata-se, na realidade, de tarifa não dependendo, portanto, da edição de lei específica para sua instituição ou majoração.⁹⁴

Nessa linha, a Lei de Diretrizes Nacionais para o Saneamento Básico se preocupou em disciplinar a contraprestação pecuniária dos serviços de saneamento básico. Primeiro, de forma bastante genérica dispôs que seria condição de validade dos contratos que tenham por objeto a prestação de serviços públicos de saneamento básico a existência de normas de regulação que prevejam os meios para o cumprimento das diretrizes da lei, incluindo a designação da entidade de regulação e fiscalização, sendo dever destas normas garantir a sustentabilidade e o equilíbrio econômico-financeiro (artigo 11, inciso III, e § 2º).

Mais a frente, em capítulo que tratou especificamente sobre os aspectos econômicos e sociais, a Lei 11.445/2007 definiu a natureza da contraprestação pecuniária em relação a cada um dos serviços que compõe o saneamento básico, determinando que a cobrança dos serviços

⁹¹ Cf. BOLZAN, Fabrizio. A natureza da contraprestação pecuniária nos serviços de saneamento básico: taxa ou tarifa? In: PICININ, Juliana; FORTINI, Cristiana (Org.) **Saneamento básico: estudos e pareceres à luz da Lei 11.445/2007**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 165.

⁹² VERLIE, Fabiano. **Taxas e preços públicos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 155.

⁹³ Supremo Tribunal Federal. RE nº 54.491. Rel. Min. Hermes Lima. Data do julgamento: 15/10/1963.

⁹⁴ Supremo Tribunal Federal. RE nº 464.952/MS. Rel. Min.^a Ellen Gracie. Data do julgamento: 23/03/2006.

de abastecimento de água e esgotamento sanitário deveria ser remunerada preferencialmente na forma de tarifas e outros preços públicos, que poderão ser estabelecidos para cada um dos serviços ou para ambos conjuntamente.

Em resumo, como consequência do posicionamento da jurisprudência e das disposições legais que estabelecem a natureza de preço público para remuneração dos serviços de água e esgoto, tem-se que não se aplicam os princípios do Direito Tributário, notadamente a exigência de edição de lei para aumento das tarifas cobradas.

Há de se ponderar, ainda, que a submissão à condição de prévia aprovação de aumento de taxa por meio de lei, traz em si insegurança e riscos à sustentabilidade do serviço de saneamento básico, na medida em que a formação da lei, no processo legislativo, tem como característica inerente a discussão político partidária no parlamento.

E, não só a submissão ao princípio da legalidade poderia fiscalizar a condução do planejamento e a política tarifária, como também a observância das demais regras da limitação ao poder de tributar, do artigo 150, da Constituição Federal.⁹⁵

É importante deixar claro que a não incidência do princípio da legalidade estrita no momento do estabelecimento da contraprestação paga pelos usuários não isenta a Administração Pública de obrar sob a incidência dos princípios constitucionais explícitos e implícitos, tais como da dignidade da pessoa humana, da proporcionalidade e razoabilidade, devido processo legal, e da própria legalidade, insculpida no artigo 37, *caput*, e, notadamente, sob a égide dos princípios do Direito Administrativo e do Direito do Consumidor.

Sobre a incidência do Código de Defesa do Consumidor aos serviços públicos, veja-se que a legislação consumerista previu especificamente os seguintes artigos:

Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: (...) VII - racionalização e melhoria dos serviços públicos. Art. 6º São direitos básicos do consumidor: (...) X - a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral. Art. 22. Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos. Parágrafo único. Nos casos de descumprimento, total ou parcial, das obrigações referidas neste artigo, serão as pessoas jurídicas compelidas a cumpri-las e a reparar os danos causados, na forma prevista neste código.

⁹⁵ Por exemplo, se para alterar a contraprestação do serviço público por taxa, e tivesse que se atender ao princípio da anterioridade, é inegável que tal situação também poderia trazer insegurança e riscos no setor.

Diante do exposto, conforme se verá detalhadamente adiante, mesmo com a instituição ou a majoração da tarifa não dependendo da edição de lei específica, a atuação do Administrador está submetida a diversos preceitos constitucionais e administrativos, tais como o da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, o reajuste e a revisão dos contratos, e também em regras estabelecidas pela Lei 11.445/2007 e seu decreto regulamentador.

4.2.2 A disciplina da remuneração dos serviços na Lei 11.445/2007

Quando se cuida de um serviço público, é preciso ter em mente os ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello de que *a figura estrelar não é seu titular nem o prestador dele, mas o usuário. Com efeito, é em função dele, para ele, em seu proveito e interesse que o serviço existe.*⁹⁶

A partir dessa razão e de que é indispensável para que se alcance bons índices de saúde e desenvolvimento social, é possível afirmar que o serviço de saneamento básico precisa obedecer ao princípio da modicidade das tarifas pagas pelos usuários em decorrência da fruição. Nessa seara, vários princípios se ocupam da contraprestação cobrada dos usuários, que são os verdadeiros titulares e, ao mesmo tempo, destinatários do serviço.

É possível listar, como princípios fundamentais dos usuários em relação às tarifas cobradas, o direito à igualdade entre os usuários; da causalidade entre o pagamento e a efetiva prestação; da certeza do valor cobrado, sendo este aprovado pela autoridade competente e publicado em órgão oficial; da impossibilidade de cobrança sem lei disciplinadora ou sobre fatos anteriores à lei; e da proporcionalidade da cobrança em relação ao uso efetivo do serviço.

Dessas normas, talvez a que mais se deva ter atenção e cuidado para não destoar de suas balizas é a da proporcionalidade ou razoabilidade. Esta obriga que, no momento da fixação das tarifas, se observe uma aproximada e adequada equivalência entre a prestação e o valor cobrado como retribuição. Ou seja, a modicidade da contraprestação exige que se observe a razoabilidade entre os custos do serviço e o valor cobrado dos usuários.

Mas não é só, o trabalho técnico para se fixar a tarifa é extremamente complexo, pois, sem descuidar do princípio da modicidade, o valor cobrado dos usuários precisa contemplar: o capital investido, o custo operacional, os investimentos em pesquisa e desenvolvimento

⁹⁶ **Curso de Direito Administrativo**. 25.ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 665.

tecnológico aplicáveis à melhoria da prestação, assim como a expectativa de lucro (no caso de concessionários).

Nessa linha, é preciso ter em mente que tarifa módica é, simultaneamente, aquela capaz de criar condições para o prestador entregar um serviço adequado com a remuneração equivalente dos recursos comprometidos na execução do serviço. Essa salvaguarda é indispensável para que o Estado obtenha a participação da iniciativa privada.

Quando o próprio Estado presta o serviço, é possível que as receitas públicas do orçamento geral custem os investimentos iniciais, sem que seja preciso se preocupar que as tarifas arquem com a recomposição do capital investido. É uma escolha pública, discricionária do administrador. Mas o mesmo não pode se pensar dos particulares, vez que estes não têm obrigação de financiar a satisfação das necessidades públicas.

Portanto, a tarifa precisa recompor o capital investido na instalação dos serviços pelo Poder Público (é o ideal, mas pode ser dispensado) ou pelo concessionário (sempre), compensar os gastos com a prestação e, também, proporcionar ao prestador privado lucro pelo exercício da atividade.

Com esse objetivo, a Lei Federal nº 11.445, de 2007, estabeleceu que os serviços públicos de saneamento básico terão a sustentabilidade econômico-financeira assegurada, sempre que possível, mediante remuneração pela cobrança dos serviços (artigo 29), sendo diretrizes: a geração dos recursos necessários para a realização de investimentos, objetivando o cumprimento das metas do serviço; a recuperação dos custos incorridos na prestação do serviço; a remuneração adequada do capital investido pelos prestadores dos serviços; o estímulo ao uso de tecnologia modernas e eficientes, compatíveis com os níveis exigidos de qualidade, continuidade e segurança na prestação dos serviços; e o incentivo à eficiência dos prestadores dos serviços.

Lado outro, o Estado não pode descuidar de todo o aspecto social atrelado ao serviço, por isso o artigo 29, § 2º, da lei de diretrizes nacionais para o saneamento básico, cuidou de lembrar que poderão ser adotados subsídios tarifários e não tarifários para os usuários e localidades que não tenham capacidade de pagamento ou escala econômica suficiente para cobrir o custo integral dos serviços.

Ao mesmo tempo que a lei nacional respeitou os justos interesses dos prestadores, atentou aos interesses dos usuários, contemplando, em seu artigo 30, os fatores que devem ser considerados no momento da estruturação da remuneração e cobrança dos serviços públicos de saneamento básico. Assim, a fixação das tarifas far-se-ão de acordo com: as categorias de usuários, distribuídas por faixas ou quantidades crescentes de utilização ou de consumo; os

padrões de uso ou de qualidade requeridos; o custo mínimo necessário para disponibilidade do serviço em quantidade e qualidade adequadas; os ciclos significativos de aumento da demanda dos serviços, em períodos distintos; e a capacidade de pagamento dos consumidores.

Outro aspecto que chama a atenção é que parece difícil combinar as diretrizes para estabelecimento das tarifas dos serviços de saneamento básico, contidas nos incisos II e IV, do artigo 29, § 1º, da Lei 11.445, de 2007, pois o primeiro atenta para a ampliação do acesso dos cidadãos e localidades de baixa renda aos serviços, enquanto o segundo pretende a inibição do consumo supérfluo e do desperdício de recursos.

Uma tarifa reduzida para as pessoas mais pobres poderia ocasionar um desperdício dos recursos naturais por essas mesmas pessoas. Ocorreria um choque entre duas funções sociais do serviço público, qual seja a garantia de acesso dos economicamente hipossuficientes a recursos naturais indispensáveis à saúde humana e a proteção ambiental desses mesmos recursos.

A questão, no entanto, pode ser resolvida com a implementação de tarifas ou taxas progressivas, tanto mais elevadas quanto maior a utilização individual dos serviços.

Obviamente a quantidade de serviços disponíveis para utilização das faixas inferiores de consumo, portanto, com as menores tarifas, precisam contemplar o necessário para a manutenção de condições mínimas de bem-estar do indivíduo, de forma a garantir a saúde pública e a dignidade da pessoa humana.

A elaboração de tarifas diferenciadas de acordo com as faixas de consumo, suficientes à garantia do mínimo necessário à preservação da saúde e bem-estar dos cidadãos, usuários do serviço público, é, portanto, uma exigência do ordenamento jurídico, seja sob o prisma da garantia de direitos fundamentais presentes na Constituição da República, seja por meio de uma interpretação sistemática da Lei de Diretrizes Nacionais para o Saneamento Básico, devendo ser combinada com a sustentabilidade econômico-financeira dos serviços públicos de saneamento básico. Porém, é preciso salientar que prevalece sempre os direitos fundamentais dos usuários. Isso significa que se for impossível obter uma equação que assegure o acesso das populações carentes aos serviços de saneamento básico e ao mesmo tempo lucratividade na prestação, o Estado terá que garantir o acesso.

Embora o artigo 30, da Lei Federal nº 11.445, de 2007, diga que a estrutura de remuneração e cobrança dos serviços públicos de saneamento básico poderá levar em consideração as categorias de usuários, distribuídas por faixas ou quantidades crescentes de utilização ou de consumo (inciso I) e a capacidade de pagamento dos consumidores (inciso VI), não há a menor possibilidade de interpretação constitucionalmente válida que não seja

dever do Estado levar em consideração a capacidade de pagamento dos consumidores. De modo contrário, como se garante a dignidade da pessoa humana, o desenvolvimento nacional e a saúde pública sem que as pessoas tenham acesso ao saneamento básico.

Desse modo, é vedado ao Poder Público regular a cobrança dos serviços sem levar em conta a existência de categorias distintas de usuários, de acordo com faixas de consumo.

Inclusive, diante do caso concreto, isto é, do local onde deva se dar a prestação, pode ser totalmente inviável proceder-se a concessão dos serviços à particulares, exatamente porque o lucro pretendido pelo prestador privado não se coaduna com as possibilidades financeiras da população que precisa ser atendida. O Estado precisa estudar as peculiaridades envolvidas para decidir pela concessão ou não dos serviços, pois aquela só se justifica se juntamente com a garantia de lucro houver uma ampliação dos benefícios oferecidos aos usuários.

Jamais as tarifas podem impedir o acesso aos serviços por pessoas de baixa renda, sob a justificativa de remunerar o capital investido. Cabendo o Estado prestar diretamente os serviços ou estabelecer subsídios tarifários para garantia do acesso pelos usuários e localidades que não tenham condições de arcar com todos os custos de implantação e manutenção dos serviços, mais o lucro do concessionário.

É o que autoriza o artigo 29, § 2º, da Lei 11.445, de 2007, quando estatui que: *poderão ser adotados subsídios tarifários e não tarifários para os usuários e localidades que não tenham capacidade de pagamento ou escala econômica suficiente para cobrir o custo integral dos serviços*. Sendo estes, na dicção do artigo 31, inciso II, do mesmo diploma legal, *tarifários, quando integrarem a estrutura tarifária, ou fiscais, quando decorrerem da alocação de recursos orçamentários, inclusive por meio de subvenções*.

Portanto, sempre que a Administração fixar o valor, reajustar ou revisar a contraprestação pelo serviço de saneamento básico, deverá se preocupar em equilibrar o lucro do concessionário e a função social do serviço público. O valor das tarifas cobradas tem dupla obrigação remunerar e atrair os investimentos da iniciativa privada e, simultaneamente, se manterem em patamares razoáveis ao incremento da universalização, assegurando a obtenção do serviço por todos, cumprindo sua função indissociável do desenvolvimento humano.

Em outras palavras, o Estado irá optar pela concessão do serviço quando verificar que a iniciativa privada será capaz de atender melhor as expectativas da coletividade. O ponto fundamental na concessão dos serviços públicos é o interesse da população e não o lucro do particular ou a obtenção de receitas pelo Estado.

4.3 A sustentabilidade econômica do serviço de saneamento básico

Prevista no artigo 2º, inciso VII, da Lei 11.445, de 2007, como princípio fundamental da prestação dos serviços públicos de saneamento básico, a sustentabilidade econômica é garantida pelo instrumento do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos. Sendo este, nos dizeres de Celso Antônio Bandeira de Melo, uma relação de igualdade entre as obrigações assumidas pelo contratante, no momento do ajuste, e a compensação econômica que estas implicarão ao longo da prestação do serviço.⁹⁷ São os investimentos iniciais mais os encargos assumidos no momento da celebração do contrato, que perdurarão por toda a concessão, subtraídos da receita bruta, resultando no lucro do contratante. Essa relação entre os múnus contratuais e a expectativa de lucro deve ser constante durante toda a vigência da avença.

Mas, antes de melhor explicar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, é preciso aclarar a diferença entre reajuste de preços e revisão tarifária.

Reajuste nada mais é do que a recomposição do valor monetário das tarifas previstas no contrato, decorre da desvalorização causada pela inflação e é direito do concessionário. O reajuste deve estar expressamente previsto no contrato, inclusive com o índice inflacionário que será utilizado no cálculo, mas se não estiver considera-se implicitamente previsto, pois constitui mera recomposição do equilíbrio econômico do contrato. Nesse sentido, a Lei nº 11.445, de 2007, estabeleceu que os reajustes das tarifas de serviços públicos de saneamento serão realizados anualmente (artigo 37).

Por sua vez, a revisão tarifária, embora também se fundamente na garantia de equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos, decorre da correlação entre os encargos e a remuneração correspondente. Estas se dividem em periódicas e extraordinárias, conforme o artigo 38, incisos I e II, da Lei 11.445, de 2007. Sendo as primeiras benéficas aos usuários, no sentido de uma reavaliação dos custos para a prestação do serviço que, se apresentarem uma diminuição, devem acarretar a proporcional redução das tarifas. Já as segundas, acarretam o aumento do valor das tarifas, pois repassam a elas algum aumento impensável do custo.

Quando o artigo 38, inciso I, diz que as revisões tarifárias poderão ser periódicas, objetivando a distribuição dos ganhos de produtividade com os usuários e a reavaliação das condições de mercado, é preciso ter em mente que o legislador previu que, com o passar do tempo, o concessionário otimizará a prestação, por exemplo, utilizando-se de novas

⁹⁷ **Op. cit.** p. 630.

tecnologias, o que irá baratear os custos. Impõe-se a divisão de ganhos entre o concessionário e os usuários, como consequência das alterações nas condições do mercado. Porém, este instrumento é deveras criticado pela doutrina, pois o Estado estaria retirando o lucro obtido pela criação privada de soluções para uma prestação mais rentável, eficaz e, na maioria dos casos, mais ecológica.⁹⁸

Inclusive, o artigo 29, § 1º, estabelece como diretriz para a instituição de tarifas o estímulo ao uso de tecnologias modernas e eficientes, compatíveis com os níveis exigidos de qualidade, continuidade e segurança na prestação dos serviços (inciso VII) e o incentivo à eficiência dos prestadores dos serviços (inciso VIII).

Portanto o artigo 38, inciso I, se liga com a direção dada por esses incisos do § 1º, do artigo 29, da Lei 11.445, de 2007, mas ambos precisam ser interpretados de maneira que os avanços produzidos pelo prestador e que beneficiam toda a sociedade, não acabem por penalizá-lo. As diretrizes do artigo 29 não se obtém por meio da política tarifária, constituindo, em verdade, um dever do prestador, seja ele a própria Administração, nos casos de prestação direta, ou concessionário. Inclusive, neste último caso, compete ao Poder Público exigir dos concessionários em cláusulas específicas do contrato de concessão que se utilize das mais modernas e eficientes tecnologias.

Ora, se a utilização de novos modos de produção acaba por aumentar a lucratividade dos serviços prestados e acarretam benefícios sociais, como menor utilização de recursos naturais, por exemplo, não seria certo acabar por penalizar o prestador privado. Assim agindo, corre-se o risco de desestimular a busca pela eficiência na prestação. Ao contrário, estabelecido o valor da tarifa, a lucratividade do concessionário deve ser tanto maior quanto for sua eficiência. Em resumo: a evolução dos métodos de execução dos serviços de saneamento básico constitui um estímulo natural à eficiência do prestador que busca elevar seus lucros.

Noutro prisma, para se interpretar corretamente o inciso II, do artigo 38, da legislação em comento, é importante ter em mente que não se pretende proteger o concessionário contra as variações ordinárias da prestação do serviço ou o insucesso temporário causado pela gestão do serviço, mas sim situações atípicas, imprevisíveis, que acarretem substancial desequilíbrio entre os encargos e a remuneração ordinariamente obtida pelo concessionário. Tal procedimento foi previsto pelo artigo 38, inciso II, da Lei 11.445, de 2007, como sendo uma

⁹⁸ SILVEIRA, Raquel Dias. O equilíbrio econômico-financeiro nos contratos de serviço de saneamento básico e o direito público subjetivo do usuário à modicidade da prestação. In: Juliana Picinin e Cristiana Fortini (orgs.), **Saneamento Básico. Estudos e Pareceres à Luz da Lei nº 11.445/2007**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 270.

possibilidade extraordinária de revisão tarifária quando se verificar a ocorrência de fatos não previstos no contrato, fora do controle do prestador dos serviços, que alterem o seu equilíbrio econômico-financeiro. É a aplicação das teorias do fato do príncipe, do fato da administração e da imprevisão aos contratos de concessão da prestação dos serviços de saneamento básico.

Desse modo, medidas de ordem geral exaradas pelo Poder Público, tais como um aumento na carga tributária incidente indistintamente sobre prestadores de serviços (fato do príncipe) ou uma medida da Administração que afete diretamente aquela concessão específica de serviços de saneamento básico (fato da Administração), quando provoquem o desequilíbrio econômico-financeiro do contrato autorizam que se proceda a um pedido de revisão do valor das tarifas.

Já a teoria da imprevisão se verifica na álea econômica, significando, nas precisas lições de Maria Silva Zanella Di Pietro, *todo acontecimento externo ao contrato, estranho á vontade das partes, imprevisível e inevitável, que causa um desequilíbrio muito grande, tornando a execução do contrato excessivamente onerosa para o contratado*.⁹⁹

Inclusive, esse aumento das tarifas, ocasionado pela revisão extraordinária pode se dar no mesmo ano do reajuste, pois com ele não se confunde, ocasionando para o usuário dois ou mais aumentos em um intervalo de 12 meses.

Contudo, para que se apliquem quaisquer dessas teorias, que nada mais são do que a afirmação da cláusula *rebus sic stantibus*, *segundo a qual os ajustes de prestação sucessiva não permanecem em vigor se os fatos não permanecerem como eram no momento da celebração*¹⁰⁰, o órgão regulador deverá agir com extremo cuidado e precisa proceder uma profunda análise nas contas do prestador, com o claro intuito de comprovar que a situação externa realmente se verificou, é dizer, se o desequilíbrio financeiro de fato existe e se, principalmente, se não foi causado pela má administração procedida pelo próprio concessionário.

Como exemplo da celeuma que pode se operar nos casos de se autorizar uma revisão tarifária, sem se proceder a um considerável estudo e, posteriormente, uma extensa fundamentação, tem se o caso da Sociedade Anônima de Abastecimento de Água e Saneamento – SANASA -, sociedade de economia mista do Município de Campinas, Estado de São Paulo, que obteve autorização do órgão regulador para revisar o valor das tarifas

⁹⁹ **Direito Administrativo**. 21. ed. São Paulo: Atlas. p. 265.

¹⁰⁰ SILVEIRA, Raquel Dias. **Op. cit.** p. 270.

cobradas dos usuários dos serviços.¹⁰¹ Neste caso, a Defensoria Pública Estadual propôs ação judicial para impedir o reajuste, alegando que o desequilíbrio foi causado pela má gestão da companhia, notadamente os excessivos gastos com pessoal e não por fatores externos. A ação ainda se encontra pendente de um deslinde, mas já aponta como é se deve ter excepcional cuidado para autorizar tais revisões.

Inclusive, quando se tratam de concessionários oriundos da Administração Indireta, autarquias, empresas públicas ou sociedades de economia mista, é preciso que se tenha a preocupação de fiscalizar e diagnosticar se as dificuldades econômicas não foram causadas pela prática bastante comum de efetuar repasses financeiros à Administração Direita, por meio das mais variadas formas jurídicas, tais como convênios ou pagamentos pela utilização de ativos municipais, esvaziando-se os recursos da prestadora para cobrir déficits do ente titular do serviço.

Ao mesmo tempo em que a Lei Federal nº 11.445, de 2007, garante ao prestador de serviço de saneamento básico a estabilidade econômico-financeira do contrato, igualmente, consagra o direito público subjetivo do usuário à modicidade tarifária.

O que é preciso chamar atenção é para o procedimento de sobrecarregar o consumidor quando se é preciso restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão. Vencer essa praxe administrativa é um dos desafios da moderna gestão do saneamento, exigindo esforço dos operadores do sistema e dos órgãos de regulação que deverão procurar alternativas nesse sentido.

Veja-se que o usuário dos serviços não tomou parte no contrato inicial entre Poder Público e concessionário, mas é quem suporta o aumento tarifário decorrente da revisão contratual realizada pela Administração.

Mas como resolver o problema, se tanto a garantia do equilíbrio econômico-financeiro quanto a da modicidade tarifária têm mesma hierarquia legal, vez que ambas estão previstas na Constituição? Juridicamente se está diante de uma colisão de direitos constitucionais, e como não se pode admitir a prevalência de um direito sobre o outro, ambos devem ser respeitados e satisfeitos pelo Estado.

Note-se que está se falando de saneamento básico, ou seja, um serviço social com amplo impacto na saúde dos usuários. Aumentar suas tarifas pode acarretar a exclusão de parcela da população do acesso ou das quantidades adequadas.

¹⁰¹ Para motivar seu pedido a SANASA afirmou passar por situação de dificuldade econômica, em razão, principalmente, da crise do sistema hídrico e do aumento considerável da tarifa de energia elétrica. Com a redução do consumo de água e seguídas majorações no valor da energia elétrica.

A resposta a esse embate é a necessidade de maiores cuidados no momento de formalização dos contratos, para se evitar que imprevistos sem grande monta impactem no custo dos serviços, reservando o deferimento de pedidos de reequilíbrio contratual, somente para as hipóteses extremas de ocorrências que realmente se adequem às teorias do fato do príncipe, do fato da Administração e da imprevisão.

Além disso, mesmo quando se estiver diante de um desses imprevistos, ainda assim é preciso prudência com os aumentos tarifários e seu impacto sobre os direitos dos usuários, devendo ser feito um estudo para compor a equação tarifária levando em consideração a parcela da população com baixa renda, sendo que, para estes, será preciso criar ou ampliar a tarifa social. A intenção é que jamais se exclua do alcance desses serviços essenciais uma parte dos usuários.

Essas tarifas sociais são formalizadas por meio da utilização dos mecanismos de subsídios diretos do Estado ou de subsídios cruzados. O subsídio direto se dá por meio do uso de receitas do orçamento geral do Estado para cobrir o déficit gerado pela tarifa social. O subsídio cruzado é a diluição dos custos entre os usuários, de forma não equânime, sendo que os usuários de maior renda realizarão um pagamento maior pelo serviço do que o de baixa renda, possibilitando que este também possa acessar os serviços. A primeira opção é mais indicada e precisará ser utilizada em localidades onde o nível econômico da grande maioria dos usuários é baixo enquanto a segunda deve servir às regiões mais desenvolvidas economicamente.

Essas duas opções foram previstas pela Lei Nacional de Diretrizes para o Saneamento Básico que, primeiro conceituou os subsídios como sendo: o *instrumento econômico de política social para garantir a universalização do acesso ao saneamento básico, especialmente para populações e localidades de baixa renda* (artigo 3º, inciso VII); e, então, os classificou em três espécies, dependendo das características dos beneficiários e da origem dos recursos (artigo 31):

I - diretos, quando destinados a usuários determinados, ou indiretos, quando destinados ao prestador dos serviços; II - tarifários, quando integrarem a estrutura tarifária, ou fiscais, quando decorrerem da alocação de recursos orçamentários, inclusive por meio de subvenções; III - internos a cada titular ou entre localidades, nas hipóteses de gestão associada e de prestação regional.

O subsídio direto é exatamente o subsídio cruzado e encontra justificativa no dever estatal de universalização dos serviços públicos de saneamento básico pelo Estado e nos

princípios da igualdade substancial entre os usuários, universalidade e continuidade dos serviços públicos e da solidariedade social.

O problema do subsídio cruzado, conforme bem apontado por Raquel Dias da Silveira¹⁰², é a falta de publicidade do faturamento e dos gastos dos titulares e prestadores de serviços de saneamento básico, o que pode tornar difícil equacionar as tarifas cobradas de cada faixa de usuários. Contudo, isso se resolve com implementação e exigência de processos de transparências aos envolvidos, especialmente por meio legislativo e pelo ente regulador.

Sobre a remuneração pela cobrança dos serviços públicos de saneamento básico é possível construir o raciocínio de que as tarifas não devem lesar o interesse público primário, mas o Estado precisa procurar meios para combinar as expectativas dos usuários e o direito dos prestadores privados na obtenção de lucros no momento em que estabelece os valores cobrados.

Pôr em prática tarifas diferenciadas para as várias faixas de consumo, sendo os menores valores cobrados dos que menos fazem uso dos serviços, em patamares suficientes à garantia do mínimo necessário ao atendimento das necessidades básicas dos usuários, é obrigação do Estado no momento de fixação dos valores que preservem a sustentabilidade econômico-financeira dos contratos de concessão.

O lucro da concessionária dos serviços públicos deve aumentar conforme ela implementa novas tecnologias e adquire maior expertise na prestação dos serviços. Não se devendo penalizar, mas sim estimular à eficiência, como algo ínsito a própria atividade de se empregar capital na prestação de um serviço e remunerar os investimentos com um lucro maior conforme se aperfeiçoam os processos produtivos.

Paralelamente, é exigência constitucional e legal que todos os cidadãos brasileiros tenham assegurado seu direito público subjetivo de acesso ao serviço de saneamento básico, até mesmo porque, do contrário, a saúde da coletividade restará prejudicada. Sendo a saúde um direito universal e não sendo possível ser pensada dissociada do contexto social, igualmente a aquisição de dos serviços de saneamento básico precisa observar preços compatíveis com a capacidade de pagamento de todas as pessoas de determinada localidade.

Para tanto, quando se mostrar imprescindível, o Estado implantará subsídios tarifários e não tarifários para aquelas localidades ou grupos de usuários que não tenham condições de arcar com o custo total dos serviços, pois o acesso aos serviços públicos de saneamento básico constitui um direito fundamental atrelado à saúde e a dignidade da pessoa humana.

¹⁰² **Op. cit.** p. 273.

5 CONTROLE SOBRE AS ATIVIDADES DE PRESTAÇÃO E REGULAÇÃO

O debate a respeito do controle sobre as atividades de prestação e regulação dos serviços de saneamento básico precisam estar em consonância com o novo paradigma estabelecido pelas mudanças constitucionais que levaram à reformulação do modo de atuação do Estado Brasileiro. A Administração precisa gerir os serviços públicos de maneira transparente e eficiente, sempre com vista à universalização, ou ao, menos, a maior ampliação possível, com respeito ao princípio da modicidade tarifária, mas também sem descontinuidade na prestação e de acordo com as mais modernas técnicas. Além disso, ampliaram-se as possibilidades de prestação de serviços públicos por entidades privadas, muitas vezes em ambiente concorrencial, com relevo para os entes estatais novos, criados para regular a prestação desses serviços, até então, em grande parte, submetidos a regime de monopólio estatal.

A diversidade e a complexidade dessa nova realidade devem levar os órgãos de controle, especialmente os Tribunais de Contas, a acompanhar a correção, a legalidade e a economicidade dos processos de privatização e de outorga de serviços públicos, bem assim a fiscalizar a correta execução dos contratos de concessão e a própria atuação das entidades reguladoras, o que tornou evidente a necessidade de alto nível de especialização técnica das equipes e de especial esforço na capacitação das pessoas envolvidas nos trabalhos de fiscalização.

O desafio contemporâneo em relação ao tema é discutir os meios e as possibilidades da ação fiscalizadora dos órgãos de controle diante da nova concepção e atuação do Estado, dessa atual forma de buscar a realização das finalidades públicas, dessa particular maneira com que se dá a atuação das entidades reguladoras.

Tudo isso se está passando, nas palavras do Ministro do Tribunal de Contas da União, Walton Alencar Rodrigues, juntamente com *um amadurecimento das reflexões a respeito do papel constitucional do controle externo dos órgãos governamentais inerente a qualquer regime que se pretende democrático e republicano.*¹⁰³

¹⁰³ **Regulação de serviços públicos e controle externo.** Tribunal de Contas da União. Brasília: TCU, Secretaria de Fiscalização de Desestatização, 2008.

5.1 Linhas gerais

Controle da Administração Pública é a faculdade de vigilância, orientação e correção que um poder, órgão ou autoridade exerce sobre a conduta funcional de outro.

O controle é função essencial na verificação dos resultados, pois sua intervenção inibe o abuso de poder, fazendo com que a autoridade administrativa paute a sua atuação em defesa do interesse coletivo, mediante a fiscalização orientadora, corretiva e até punitiva. É, ainda, indispensável para acompanhar a execução de programas de governo e apontar suas falhas e desvios, verificar a correta aplicação das normas e princípios adotados e constatar a veracidade das operações realizadas.

Planejamento e controle devem estar em sintonia, pois o planejamento sem controle da execução dificilmente obterá sucesso, assim como o controle sem padrões e objetivos previamente estabelecidos não atuará por falta de objeto.

Tendo em vista os princípios norteadores da administração pública, a saber: os da legalidade, legitimidade, economicidade e transparência, parâmetros constitucionais que limitam o gestor público quando ao tomar e executar suas decisões, este não poderá ultrapassar a barreira imposta pelo ordenamento jurídico, sob pena de responsabilização.

Dentre esses princípios os mais importantes são, sem dúvida, o da legalidade – que busca a verificação da obediência dos atos administrativos aos mandamentos preconizados em lei; e o da legitimidade – que afere a regularidade do ato, tratando-se tais sujeições de fundamento do Estado Democrático de Direito.

Não cabe aqui expor todas as espécies de controle, pois para os fins deste trabalho há dois que se destacam: o interno e o externo. Este ocorre quando o órgão fiscalizador se situa em Administração diversa daquela de onde a conduta administrativa se originou, aquele significa todo exame realizado pela entidade ou órgão responsável pela atividade controlada, no âmbito da própria administração.

Em matéria de saneamento o controle interno é realizado pela agência reguladora criada para essa finalidade, por isso elas são denominadas por José dos Santos Carvalho Filho como sendo *autarquias de controle*.¹⁰⁴ Portanto, quase todo esse trabalho cuida do controle interno, sendo necessário tecer considerações particulares sobre o controle externo, o que se faz a seguir.

¹⁰⁴ Agências Reguladoras e Poder Normativo. **Revista eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**. Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 9, 2007. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>. Acesso em 10/01/2016.

5.2 Controle externo

O controle externo da administração pública compreende primeiramente o controle parlamentar direto, o controle pelo tribunal de contas e por fim o controle jurisdicional. São órgãos externos que fiscalizam as ações da administração pública e o seu funcionamento. Também devem ser citados o controle exercido pelo Ministério Público e o social.

O legislador brasileiro criou um sistema de acompanhamento das atividades administrativas vinculado ao Poder Legislativo com a função precípua de fiscalizar as ações do Poder Executivo na aplicação dos recursos públicos. Nesse sistema incluem-se os Tribunais de Contas da União e dos Estados, órgãos especializados na fiscalização contábil, financeira e orçamentária, como auxiliar do Poder Legislativo.

Por muito tempo se pensou o controle externo como um mero revisor das contas públicas, contudo, a visão contemporânea de uma Administração Pública eficiente, com foco nos resultados, também passou a exigir essa transformação nas funções de fiscalização, impondo ao executor do controle externo mais dinamicidade e maior interação social, para que se verifique, além da adequação contábil, o atingimento das metas esperadas para determinada atividade da Administração. Então, não basta a Administração despender recursos financeiros de acordo com as normas contábeis e administrativas, isto é, com respeito ao princípio da legalidade e moralidade, é preciso que esse gasto seja o mais eficiente possível no atingimento das finalidades previstas com determinada política pública. Por exemplo, na seara do saneamento básico, o controle externo deverá verificar que foi feito no sentido de universalizar os serviços, quanto e como se avançou nesse sentido.

Nesse contexto os Tribunais de Contas devem acompanhar de forma próxima todo o ciclo de reforma do Estado na área de infraestrutura, emitindo pareceres em todos os processos de privatização e de outorga de concessão de serviços públicos, e, posteriormente, acompanhando a regulação estatal e a execução dessas outorgas, de forma a garantir a necessária transparência, prestação de contas, adequação dos meios aos fins e delimitação de responsabilidades, inclusive aos processos regulatórios.

Considerando essa alteração na visão sobre a competência do controle externo, verifica-se a importância da atuação dos Tribunais de Contas, que, diga-se de passagem, tem fundamento constitucional, pois exercita o controle externo, cujo um dos titulares é o Poder Legislativo. Cabe aos Tribunais de Contas efetuarem, por iniciativa própria ou em razão de demanda parlamentar, fiscalizações de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial na União e em todas as entidades da administração direta e indireta.

Sob esse aspecto, salienta-se que a realização de auditorias de natureza operacional foi uma inovação constitucional que possibilitou aos Tribunais de Contas analisar não só os atos da Administração Pública sob o aspecto da legalidade, mas também seu desempenho, sob os aspectos da eficiência, eficácia e economicidade.¹⁰⁵ Na mesma linha, por meio da Emenda nº 19/1998, foi inserido na Constituição Federal o princípio da eficiência, que implicou significativa alteração do foco do controle externo.

Diante dessa exigência de serviços públicos mais eficientes, as agências reguladoras receberam elevado grau de autonomia para que pudessem implementar com credibilidade as políticas públicas, de modo a conferir estabilidade ao marco regulatório. A independência das agências, por sua vez, representa maior possibilidade de captura, seja pelo ente regulado, seja por grupos específicos de consumidores, em detrimento dos princípios regulatórios de equidade e eficiência, o que exige robusto sistema governamental de acompanhamento e prestação de contas. No regime democrático e republicano, a delegação de poderes que visa a garantir a independência dos agentes administrativos requer, obrigatoriamente, para o balanceamento das forças, a adequada prestação de contas sobre a utilização desses poderes.

Essa independência dos reguladores ganha respaldo democrático quando é controlada por agentes externos, entre eles o Poder Legislativo, como representantes do povo, por meio de comissões parlamentares. Esse controle é apontado como a forma possível de se estabelecer algum tipo de supervisionamento sobre os atos regulatórios.¹⁰⁶ Nesse contexto, os Tribunais de Contas, como órgãos auxiliares do Poder Legislativo, é que poderiam desenvolver esse papel de controlador, tanto das agências reguladoras quanto dos prestadores dos serviços de saneamento básico.

Nesse contexto, não há dúvidas de que as agências reguladoras, na qualidade de autarquias especiais, estão sujeitas à fiscalização pelos Tribunais de Contas, de modo que sua atuação deve ser avaliada sob a ótica da legalidade, eficiência, eficácia e economicidade. O controle externo das agências reguladoras tem em vista identificar falhas e oportunidades de melhoria de procedimentos, no sentido de evitar que tais entidades afastem-se dos limites impostos pela lei ou de que adotem decisões não condizentes com sua finalidade legal ou resultantes da sua captura por interesses dos entes regulados.

¹⁰⁵ Cf. GOMES, Marcelo Barros. COUTINHO, Maria do Amparo. WANDERLEY, Maurício de Albuquerque. 10 Anos de Controle Externo da Regulação de Serviços Públicos *in* **Regulação de serviços públicos e controle externo**. Tribunal de Contas da União. Brasília: TCU, Secretaria de Fiscalização de Desestatização, 2008. p. 12.

¹⁰⁶ Cf. DALLARI, Adilson Abreu. Controle político das agências reguladoras. **Interesse Público**, n. 18, Porto Alegre, 2003. p. 13-20.

Especificamente em relação ao acompanhamento dos atos regulatórios, é preciso enfatizar que os Tribunais de Contas não detêm competência para formular políticas públicas ou direcionar a regulação, mas sim para fiscalizar a atuação das agências em face de suas competências legais, de modo que estas não ultrapassem os marcos legais do setor, no caso do saneamento básico, principalmente, a Lei Federal nº 11.445, de 2007, e o Decreto nº 7217, de 2010. O foco do controle sobre as agências reguladoras dá-se basicamente em dois momentos: o primeiro, nos atos de outorga de delegação ao ente privado da prestação de um serviço público; o segundo, na execução dos contratos decorrentes dessas outorgas. O objetivo do controle nos dois momentos não é outro senão o de garantir regularidade, transparência e possibilitar a auditoria sobre os atos das agências. Dessa forma, ao reduzir eventuais riscos de captura pelo regulador, o controle externo cria condições necessárias para estabilidade das regras, o correto cumprimento dos contratos e a eficiência da regulação.

Sobre o controle das delegações, que deverá ser realizado em dois momentos: o da outorga do ato delegatório e o da execução contratual, advertem os especialistas que

A outorga é um processo delimitado no tempo, mas as condições por ela estabelecidas perpetuam-se por todo o prazo de validade da delegação, geralmente décadas. Daí a criticidade, nessa etapa, de verificar-se, em pouco tempo, os aspectos legais, a viabilidade técnica, econômica e financeira das condições de transferência do serviço público, bem como as implicações ambientais inerentes ao negócio em questão. Além disso, analisa-se a legalidade do edital e sua consonância com os estudos de viabilidade técnica e econômico-financeira, as etapas de habilitação de interessados e de julgamento de propostas, acompanhando-se, por fim, a assinatura dos contratos.¹⁰⁷

A fase de execução contratual é controlada por meio de auditorias e inspeções, além da análise dos relatórios enviados pelos órgãos concedentes, agências reguladoras e pelos próprios prestadores.

Igualmente importante é o controle realizado no momento da outorga, pois a delegação da prestação de serviços de saneamento básico decorre da celebração de contratos com longa duração, de alto valor econômico e, principalmente, tendo como objeto a assunção de uma atividade que não pode sofrer intervalos de continuidade. Assim, é imprescindível tentar detectar falhas e irregularidades, com vistas à sua correção antes mesmo da assinatura do contrato. É preciso ter consciência que as determinações e recomendações dos tribunais de contas, durante a execução do contrato, sempre terão um custo mais alto para a sociedade para serem implementadas do que o controle prévio.

¹⁰⁷ GOMES, Marcelo Barros. COUTINHO, Maria do Amparo. WANDERLEY, Maurício de Albuquerque. **op. cit.** p. 14.

Outro grande assunto que merece atenção das Cortes de Contas é o controle de desempenho dos órgãos de regulação, notadamente as agências reguladoras, que deverão sofrer auditorias operacionais para verificar se estão atuando conforme o fim para o qual foram criadas.

Mas é importante ressaltar que a competência dos Tribunais de Contas no controle externo da regulação do setor de saneamento básico não se confunde com o das agências reguladoras. A Constituição da República confere aos tribunais as atribuições de realizar a fiscalização dirigida à atuação da agência, em relação ao aspecto financeiro de sua gestão e verificando o desempenho de suas atividades fins.

Além disso, fiscalizar as autarquias especiais de regulação em nada interfere na competência dos Tribunais de Contas em realizar auditorias e inspeções diretamente nas prestadoras de serviços públicos de saneamento básico, sejam elas autarquias, concessionária, permissionárias ou entidades da administração direta.

O que releva notar, e essa talvez seja a grande novidade no Direito Constitucional e Administrativo, é que o controle exercido pelos Tribunais de Contas pode envolver a formação de juízo sobre os resultados, a economicidade, a eficiência e a efetividade da atuação dos entes reguladores. O papel que deve ser desempenhado por estas importantes instituições de controle é de identificar e recomendar práticas de gestão regulatórias que possam alavancar o desempenho dos entes envolvidos, com o intuito de formar um histórico em políticas de regulação que sirva de base para tomada de decisões dos reguladores que se encontram submetidos a essa supervisão.

A finalidade e a importância do controle externo pelos Tribunais de Contas dos Estados é garantir alto grau de transparência e a denominada *accountability*, isto é, prestação de contas, adequação dos meios aos fins e delimitação de responsabilidades sobre os processos regulatórios, uma vez que a independência atribuída aos entes reguladores precisa ser utilizada para alcançar seus fins institucionais (no caso do saneamento básico principalmente a universalização dos serviços), e jamais desvirtuada ou capturada pelo interesse político ou econômico, possibilidades bastante aumentadas num contexto de baixa transparência ou ausência de controle.

Ora, se o princípio da eficiência foi inserido na Constituição para garantir que a atuação da Administração Pública observe não só os princípios do Direito Administrativo, mas também aqueles previstos nas políticas públicas, a fiscalização dos órgãos de controle externos a respeito do cumprimento ou não das metas é consequência da exigência de respeito ao princípio da eficiência.

Nesse sentido, Maria Luiza Machado Granziera alerta que:

Na implementação dessas políticas preveem-se, muitas vezes, um conjunto de metas a serem atingidas, como é o caso dos planos municipais de saneamento básico, em que se estabelecem ações a serem executadas ao longo do tempo – objetivos e metas de curto, médio e longo prazos para a universalização.

(...)

A partir da aprovação do plano de saneamento básico, tem-se um horizonte de atividades, cujo efetivo cumprimento deve resultar dessa melhoria.¹⁰⁸

Esse horizonte de atividades referido pela autora é estabelecido pela Administração, mas devem ser a maneira mais eficiente para se alcanças as metas presentes no plano, sob pena dos administradores serem advertidos pelos controles externos de que devem alterar o rumo de suas ações.

Obviamente, o controle externo não se intromete no mérito da discricionariedade técnica dos órgãos reguladores. Porém deve estar preparado para responder questões complexas que envolvem a formação de juízo sobre os resultados, a economia, a eficiência e a efetividade da ação governamental.

5.2.1 Controle pelo Poder Judiciário

Ponto de maior interesse quando se aborda o controle realizado pelo Poder Judiciário é o reconhecimento da legitimidade do controle judicial das políticas públicas para o saneamento básico. Esse exame das decisões governamentais só é possível por intermédio do mecanismo de ponderação, oriundo da teoria dos princípios, capaz de equacionar, diante do caso concreto, os argumentos contrários e favoráveis à intervenção judicial que determina a realização de obras e serviços tendentes à universalização do abastecimento de água potável e coleta e tratamento de esgotos.

É imprescindível recordar que as políticas públicas de saneamento básico são imperativas, de acordo com a Constituição Federal e a Lei nº 11.445, de 2007, não sendo permitido à Administração se esquivar dessas obrigações sobre alegação dos princípios da reserva do possível ou da discricionariedade. Ao revés, os direitos fundamentais têm ligação direta com o saneamento e deve ser atendido, exatamente porque significa o mínimo que deve

¹⁰⁸ Governança e efetividade na regulação do saneamento básico. In: OLIVEIRA, Carlos Roberto; BROCHI, Dalto Favero; GRAVINA, Carlos Roberto (org.). **Regulação do saneamento básico: 5 anos de experiência da ARES-PCJ**. São Paulo: Essencial Ideal, 2016. P. 76

ser feito pelo Poder Público para assegurar a dignidade da pessoa humana, reconhecendo eficácia ao princípio da máxima efetividade dos direitos fundamentais.

Se o direito ao saneamento básico foi qualificado pelo legislador como absoluta prioridade, deixou de integrar o universo de incidência da reserva do possível, já que a sua possibilidade é, preambular e obrigatoriamente, fixada pela Constituição e pela lei.

Afinal, todo direito à prestação que veicule um direito fundamental deve ser efetivado em seu núcleo essencial, sob ameaça de a Administração Pública ser obrigada a prestá-lo por determinação judicial.

Como exemplo, tem-se o direito ao abastecimento de água potável (que representa a concretização dos princípios da proteção à vida e à saúde). Afigura-se quase impossível que a Administração comprove, nos autos de um processo judicial, que tem outras prioridades em obras públicas a realizar, ou seja, que, sob a teoria da reserva do possível, não tem recursos financeiros, pois estes se encontram em outros programas de governo, para realizar os investimentos necessários para distribuição de água. Assim, não se pode falar em discricionariedade administrativa quando não se atende o núcleo essencial do direito ao saneamento básico.

Nesse sentido, uma decisão judicial que ordene que a Administração Pública implemente, em prazo proporcional, uma rede de coleta de esgotos ou de tratamento desses efluentes é legítima e racionalmente fundamentada, vez que, nesses casos, o Poder Judiciário nada mais faz senão efetivar normas constitucionais e infraconstitucionais que determinam o respeito ao núcleo essencial do direito ao saneamento básico, não havendo, na hipótese, discricionariedade para o gestor público. Se a Lei Federal nº 11445, de 2007, determina a universalização do saneamento básico, por meio da ampliação progressiva do acesso de todos os domicílios ocupados (artigo 3º, inciso II), a decisão judicial estaria somente verificando o desrespeito à lei e determinando a observância do comando legal. Nisso não há qualquer novidade vez que constitui a função precípua do Judiciário.

Além disso, a expansão dos serviços e o desenvolvimento constante da qualidade e da eficiência dos recursos naturais são obrigações que devem constar das normas de regulação como condição de validade dos contratos de delegação dos serviços públicos de saneamento básico.

Portanto, concordando com a doutrina especializada¹⁰⁹, não se pode mais admitir a simplista assertiva de que não se realiza controle judicial de decisões administrativas. A moderna teoria dos princípios de Robert Alexy¹¹⁰, que os coloca como sendo espécie do gênero norma jurídica, como mandamentos de otimização, e a interpretação tópico-sistemática da Constituição Federal, permitem concluir que a intervenção judicial é legítima e necessária quando for preciso efetivar o direito à prestação do serviço de saneamento básico.

Nesse sentido, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, conforme o seguinte aresto:

A interpretação dada pelo Tribunal de origem negou vigência ao artigo 45 da Lei n. 11.445/2007.

Considerando as circunstâncias do caso, o preceito de lei federal não pode ser interpretado como mera faculdade da administração pública.

A interpretação mais razoável da norma federal aponta para o dever de o município implementar sistema completo de abastecimento de água e de captação de esgoto sanitário.

A interpretação do art. 45 da lei n. 11.445/2007 passa necessariamente pelos direitos sociais, pela "reserva do possível" e pela tutela do "mínimo existencial".

O Estado possui o dever constitucional de zelar pela saúde, segurança, bem-estar, saneamento básico e demais direitos sociais que assegurem a existência digna do indivíduo.

Nota-se, destarte, que o saneamento básico possui intrínseca relação com os direitos à saúde e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, porquanto essencial para que o indivíduo não viva em contato direto com material orgânico prejudicial à saúde.

Utilizando-se da técnica hermenêutica da ponderação de valores, nota-se que, no caso em comento, a tutela do mínimo existencial prevalece sobre a reserva do possível.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso especial para condenar o município a elaborar o projeto técnico de encanamento de esgotos no prazo de 60 dias, incluindo, por conseguinte, os valores da realização do projeto na lei orçamentária do exercício financeiro subsequente.¹¹¹

5.2.2 O controle social do setor de saneamento básico

Um dos alicerces da política nacional de saneamento básico é o controle social. A Lei Federal nº 11.445/2007 por meio de diversos dispositivos enfatizou a necessidade de forte gestão democrática das atividades relacionadas ao planejamento, à regulação e à prestação das atividades de saneamento básico.

A participação social na Administração Pública, outrora ligada a manifestações não institucionalizadas de grupos e entidades da sociedade civil, muitas vezes num movimento

¹⁰⁹ Cf. PIRES, Luis Manuel Fonseca. O controle judicial das políticas públicas de saneamento básico. In: OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; POZZO, Augusto Neves Dal (coord.). **Estudos sobre o Marco Regulatório de Saneamento Básico no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 361.

¹¹⁰ Cf. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

¹¹¹ **Recurso Especial nº 1.366.331 – RS**. Rel. Min. HUMBERTO MARTINS Data do julgamento 16/12/2014.

contrário ao Estado, sofreu uma mudança muito grande nas duas décadas passadas, sendo, inclusive, paulatinamente compreendido e recepcionado por uma série de disposições incluídas na legislação brasileira. Com a redemocratização do Brasil, com a promulgação da Constituição da República de 1988 e com o processo de reforma do Estado, houve a sistematização de uma série de mecanismos jurídicos que oportunizam a participação da sociedade civil no controle das funções desempenhadas pelo Poder Público.

Assim se antes a participação popular na Administração Pública se dava por meio do sufrágio, com a escolha de representantes da vontade do povo, e por meio de atuação externa de grupos organizados ou não, tais como organizações não governamentais, sindicatos, associações, partidos políticos, e da própria população, ainda que de forma desordenada; hoje se espera que a sociedade esteja integrada à Administração, agindo internamente no processo decisório de políticas públicas e de controle dos rumos dessa mesma política. Esse movimento recebe nomes da doutrina como Estado em rede, governança pública, Administração consensual ou Administração Pública dialógica.

Revelando o significado destas nomenclaturas, Gustavo Justino de Oliveira e Cristiane Schwanka escreveram que:

O sentido das expressões elencadas sinaliza um novo caminho, no qual a Administração pública passa a valorizar (e por vezes privilegiar) uma forma de gestão cujas referências são o acordo, a negociação, a coordenação, a cooperação, a colaboração, a conciliação, a transação. Isso em setores e atividades preferencial ou exclusivamente reservados ao tradicional modo de administrar: a administração por via impositiva ou autoritária.¹¹²

Nessa mesma linha Odete Medauar destaca a importância do consensualismo no âmbito da Administração contemporânea:

A atividade de consenso-negociação entre Poder Público e particulares, mesmo informal, passa a assumir papel importante no processo de identificação de interesses públicos e privados, tutelados pela Administração. Esta não mais detém exclusividade no estabelecimento do interesse público; a discricionariedade se reduz, atenua-se a prática de imposição unilateral e autoritária de decisões. A Administração volta-se para a coletividade, passando a conhecer melhor os problemas e aspirações da sociedade. A Administração passa a ter atividade de mediação para dirimir e compor conflitos de interesses entre várias partes ou entre estas e a Administração. Daí decorre um novo modo de agir, não mais centrado sobre o ato como instrumento exclusivo de definição e atendimento do interesse público, mas como atividade aberta à colaboração dos indivíduos. Passa a ter relevo o momento do consenso e da participação.¹¹³

¹¹² A administração consensual como a nova face da Administração Pública no séc. XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 104, jan./dez. 2009, p. 303 – 322.

¹¹³ **O direito administrativo em evolução**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 211.

Em monografia dedicada ao tema, Diogo de Figueiredo Moreira Neto assevera que por meio da *consensualidade*, o Poder Público vai além de estimular a prática de condutas privadas de interesse público, passando a estimular a criação de soluções privadas de interesse público, concorrendo para enriquecer seus modos e formas de atendimento.¹¹⁴

Como motivação para tal alteração do eixo do Direito Administrativo, de imperatividade pura, para uma busca da consensualidade, Odete Medauar descreve as principais razões que levaram ao início da mudança:

Um conjunto de fatores propiciou esse modo de atuar, dentre os quais: a afirmação pluralista, a heterogeneidade de interesses detectados numa sociedade complexa; a maior proximidade entre Estado e sociedade, portanto, entre Administração e sociedade. Aponta-se o desenvolvimento, ao lado dos mecanismos democráticos clássicos, de “formas mais autênticas de direção jurídica autônoma das condutas”, que abrangem, de um lado, a conduta do Poder Público no sentido de debater e negociar periodicamente com interessados as medidas ou reformas que pretende adotar, e de outro, o interesse dos indivíduos, isolados ou em grupos, na tomada de decisões da autoridade administrativa, seja sob a forma de atuação em conselhos, comissões, grupos de trabalho no interior dos órgãos públicos, seja sob a forma de múltiplos acordos celebrados. Associa-se o florescimento de módulos contratuais também à crise da lei formal como ordenadora de interesses, em virtude de que esta passa a enunciar os objetivos da ação administrativa e os interesses protegidos. E, ainda: ao processo de *deregulation*; à emersão de interesses metaindividuais; à exigência de racionalidade, modernização e simplificação da atividade administrativa, assim como de maior eficiência e produtividade, alcançados de modo mais fácil quando há consenso sobre o teor das decisões.¹¹⁵

Em síntese controle social pode ser definido como *o conjunto de mecanismos que possibilitam a participação do cidadão ou da sociedade civil organizada no processo de realização de funções administrativas do poder público*.¹¹⁶ Sendo que a dimensão desse importante papel atribuído à sociedade civil não se compreende apenas na fiscalização das atividades estatais, mas, também, envolve uma participação *a priori*, estando presente no momento da formulação e implementação das políticas pelo poder público.

Feita esta breve introdução, retorna-se ao controle social especificamente no setor de saneamento básico e seus aspectos legais.

A Lei Federal nº 11.445, de 2007, preocupou-se sobremaneira com o controle social sobre o setor de saneamento básico. Fez dele um princípio geral do sistema (artigo 2º, inciso X) e lhe assegurou eficácia, ao fazer dele um conjunto de mecanismos e procedimentos que garantem à sociedade informações, representações técnicas e participações nos processos de

¹¹⁴ Novos institutos consensuais da ação administrativa. In: **Revista de Direito Administrativo**, n. 231. Rio de Janeiro. 2003. p. 156.

¹¹⁵ **Op. cit.** p. 210.

¹¹⁶ MOTA, Carolina. **Op. cit.** p. 262.

formulação de políticas, de planejamento e de avaliação relacionados aos serviços públicos de saneamento básico (artigo 3º, inciso IV).

O conteúdo deste inciso poderá se tornar concreto por meio de prestação de contas dos órgãos e empresas envolvidos, apresentação de informações detalhadas à população, e, como consequência da disponibilização destes dados, da participação popular direta nos procedimentos de prestação dos serviços de saneamento básico.

O novo marco legislativo do saneamento básico garante de forma pormenorizada em seu texto o controle realizado pela sociedade civil, estabelecendo seus efeitos jurídicos nas diversas etapas do setor de saneamento básico, desde a definição das políticas públicas até a aferição da qualidade final da prestação do serviço.

5.2.2.1 Controle social sobre o estabelecimento das metas

É possível definir políticas públicas como sendo as metas do governo para determinado setor. Assim, existem os problemas, as questões que a Administração Pública precisa enfrentar e são traçados objetivos como resposta aos desafios. Se, por exemplo, o lixo está causando doenças ou degradação ambiental, tem-se um problema que precisará de uma resposta do Poder Público. Essa solução será apresentada na política pública para o setor, que conterá os objetivos de curto, médio e longo prazo para findar a disfunção.

Nesse sentido, Maria Paula Dallari Bucci, define políticas públicas como sendo *programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do Estado para a realização de objetivos socialmente relevantes*.¹¹⁷ Políticas públicas são, então, um instrumento por meio do qual agem os governos diante das demandas da sociedade.

Portanto, como em outros serviços públicos, o saneamento básico deve ter formulada sua política pública por seu titular (artigo 9º, da Lei 11.445/2007). Essa política pública de saneamento, deverá cuidar de organizar, pelo menos, problemas afetos à saúde pública, direitos e deveres dos usuários, acesso às informações e mecanismos de controle social.

Por ocasião da confecção destas metas, a lei determinou que o titular do serviço contemple as formas de acesso às informações, representações técnicas e participação da sociedade no planejamento e avaliação dos serviços públicos de saneamento básico (artigo 3º, inciso IV).

¹¹⁷ **Direito Administrativo e políticas públicas.** São Paulo: Saraiva, 2002. p. 241.

Portanto, pode-se dizer que toda a formulação da política pública de saneamento básico, por cada titular dos serviços, observará um novo modelo, caracterizado pela diversidade de agentes e pluralidade de mecanismos, com o objetivo de ampliar a transparência e aumentar a participação da sociedade para melhorar a qualidade da ação do Estado.

Após a definição da política pública para o setor de saneamento básico, vem a necessidade de formulação do plano de saneamento básico que funcionará como o instrumento que formaliza e exterioriza o que ficou decidido na política do setor. Para elaborar o plano deve o Poder Público assegurar a participação da sociedade, realizando ampla divulgação das propostas e dos estudos que as fundamentem, inclusive por meio de audiências ou consultas públicas (artigo 19, § 5º).

5.2.2.2 Controle social sobre a regulação e fiscalização dos serviços de saneamento básico

A Lei Federal nº 11.445/2007 ao traçar normas gerais a respeito de como se dará a formulação de regras administrativas visando regular o setor de saneamento básico, assegurou, entre outras diretrizes, a colaboração da sociedade no processo de elaboração da regulação.

Com isso, responde-se a uma forte crítica ao exercício da atividade normativa por parte da Administração, aqui entendida Poder Executivo, da ausência de legitimidade democrática para estabelecer regras que obriguem particulares. Nesse sentido esclarece Carolina Mota que,

De fato, considerando que a atuação dos órgãos reguladores implica o exercício de atividade normativa, a participação do usuário na elaboração das normas a serem aplicadas no setor é medida que confere legitimidade ao processo, uma vez que envolve o próprio destinatário do serviço na definição do conteúdo da regulação. Tais mecanismos de participação também contribuem para a proteção do interesse público contra possíveis ingerências políticas e outros interesses envolvidos na atividade regulatória, notadamente de entidade da iniciativa privada com atuação no setor.¹¹⁸

¹¹⁸ **Op. cit.** p. 272.

Além disso, o usuário do serviço público ou o atingido por sua prestação¹¹⁹ é o que melhor pode opinar e reivindicar medidas de controle e repressão de abusos, bem como que o sistema seja ampliado. Se há participação constante e efetiva dos cidadãos dificulta-se que a entidade reguladora seja capturada pelo regulado ou pelo ente público concessionário do serviço, pois estes estarão vigiando a atuação da entidade reguladora no dia a dia.¹²⁰

Prosseguindo, veja-se que a Lei de Diretrizes Nacionais para o Saneamento Básico não estabeleceu como se dará a participação popular, mas obrigou que a própria entidade reguladora estabelecesse mecanismos de participação e informação (artigo 23, inciso X). Portanto, os organismos de regulação devem definir qual será o sistema a partir do qual a sociedade participará dos processos de regulação dos serviços de saneamento básico.

Por outro lado, a disponibilização de informações pelas entidades reguladoras a respeito de suas atividades foi cuidadosamente normatizada pela Lei 11.445/2007, sendo que seu artigo 26 assegurou publicidade aos relatórios, estudos, decisões e instrumentos equivalentes que se refiram à regulação ou à fiscalização dos serviços, bem como aos direitos e deveres dos usuários e prestadores, estabelecendo que a eles poderão ter acesso qualquer do povo, independentemente da existência de interesse direto. Deixando claro o intento de que seja facilitado o acesso à informação, o mesmo diploma legal determina que a publicidade seja feita pela rede mundial de computadores, salvo se não for possível (artigo 26, § 2º).

Veja-se que tais diretrizes traçadas pela Lei 11.445/2007 se referem à participação popular no órgão regulador, sem, contudo, significar que a sociedade civil irá colaborar diretamente na atividade normativa do órgão regulador, pois na visão da lei isso se trata de matéria técnica. Ou seja, a sociedade participa do processo prévio, por assim dizer, da produção das resoluções, colaborando e fiscalizando de um modo geral a entidade reguladora, sem se imiscuir diretamente nas atividades fins desse organismo.

¹¹⁹ Caso de alguém que embora não usufrua do serviço seja de alguma forma, ainda que indiretamente, prejudicado pela atividade, como aqueles que sofrem o dando ambiental na construção de uma represa, mas não recebem o abastecimento de água oriundo daquele reservatório, por serem atendido por outro prestador ou nem serem contemplados na rede de abastecimento.

¹²⁰ Cf. COUTINHO, Diogo R. Privatização, regulação e o desafio da universalização do serviço público no Brasil. In: FARIA, José Eduardo (org.). **Regulação, Direito e Democracia**. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2002. p. 82.

6 CONSIDERAÇÕES SOBRE A PARTICIPAÇÃO PRIVADA NA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS DE SANEAMENTO BÁSICO

Conforme foi explanado, por qualquer ângulo que se enxergue a gestão dos serviços de saneamento básico verifica-se um forte conteúdo social que acaba por determinar uma série de restrições à participação privada nesse setor. Nesse sentido, a presença de particulares operando o saneamento básico demanda um sólido aparato de intervenção institucional do Estado. Assim, inserido no contexto dos consórcios públicos como forma de prestação ou fiscalização desses serviços, verificar-se-á como essa interferência estatal deve se configurar.

6.1 Composição intersetorial, intergovernamental e o primado da universalização dos serviços

Somente a integração intersetorial e intergovernamental é capaz de garantir dispositivos de sustentabilidade ambiental, temporal, territorial e social com vistas à universalização qualitativa e quantitativa dos serviços de saneamento básico.

Nesse sentido, a gestão de recursos hídricos, que se dá com a ligação direta entre o Sistema Nacional de Gestão de Recursos Hídricos e os serviços de saneamento básico, deve partir da lógica ambiental na prestação dos serviços. Inclusive isso tem especial importância na obtenção de financiamentos federais para tratamento de esgotos.

Essa preocupação com a integração ganha especial relevo quando se trata de um prestador privado dos serviços, já que poderiam prevalecer interesses imediatistas de incentivo ao consumo para obtenção de maiores ganhos por meio das tarifas proporcionais. A contenção de tal desiderato se dá por meio da obrigatoriedade de sustentabilidade temporal e gestão intersetorial dos serviços.

Para que se dê esse cruzamento das várias responsabilidades é indispensável que se implementem novas alçadas de planejamento, controle e fiscalização sobre a tradicional relação titular-prestador. Ou seja, a visão clássica dos contratos administrativos de prestação de serviços públicos não serve ao saneamento básico, pois o titular é o Município, mas o serviço importa, principalmente sob uma perspectiva ambiental, a toda a bacia hidrográfica ou até a todo o território nacional. Há, nos dizeres de Vinícius Marques de Carvalho, um *extravasamento da regulação contratual*¹²¹, pois simplesmente pelo contrato entre o

¹²¹ Op. cit. p. 412.

Município e o prestador de serviços não se veriam presentes os interesses de toda a região interessada, sendo fundamental que haja submissão ao planejamento e regulação de outras entidades.

Esse aspecto também se faz presente nos serviços prestados direta ou indiretamente pela Administração Pública (autarquias, empresas públicas ou sociedades de economia mista), mas ganham especial relevo quando se trata do particular que só se insere em um negócio almejando lucro.

O fato é que os contratos de concessão apresentam grande risco de não regular adequadamente a sustentabilidade ambiental dos serviços e, portanto, precisam ser elaborados dentro de um contexto institucional de longo prazo, com um ente regulador externo e, no mínimo, regional, capaz de afastar a lógica de aumento da lucratividade por meio do mero aumento do consumo.

Adverte a doutrina que a conversão do saneamento básico em empreendimento privado, pode acarretar o afastamento do conceito de saneamento ambiental, isto é, a implementação de infraestrutura urbana nas áreas mais pobres, posto que estas exigem uma ação integrada entre diversas esferas do poder público.¹²²

A solução que se apresenta é a imposição de alguns requisitos à participação privada que assegurem o primado da universalização, a sustentabilidade territorial e a colaboração conjunta dos entes federativos.

É óbvio que deixar a prestação dos serviços de saneamento básico ao livre proveito do mercado acarretaria um desejo exclusivo dos investidores privados pelas regiões mais rentáveis, relegando todo o ônus das áreas e populações mais pobres ao Estado. Por isso os serviços devem ser pensados e integrados em sistemas abrangentes, capazes de proporcionar o acesso da população de baixa renda, utilizando-se da técnica de subsídios cruzados e tarifação progressiva de acordo com o consumo e a categoria de usuário (residencial, comercial e industrial) e/ou social (áreas ricas pagam mais do que as pobres).

De fato, a titularidade municipal dos serviços de fornecimento de água e tratamento de esgoto criou a necessidade de enfrentamento da questão e da regulação dos contratos de concessão por meio de entidades interfederativas, dentre as quais a que mais ganha projeção é o consócio público integrado, no mínimo, pelos Municípios que fazem parte da bacia hidrográfica.

¹²² REZENDE, Cristina Sonaly; HELLER, Léo. **Saneamento no Brasil: Políticas e Interfaces**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002. p. 21.

Outra questão que precisa se enfrentada é a criação de alguma espécie de fundo para financiamento do saneamento básico em regiões mais pobres, visando a universalização dos serviços. Ocorre que com a titularidade municipal tal fundo só pode ser operacionalizado pelo consórcio público da região em que está inserido o município, pois assim municípios mais rentáveis transfeririam indiretamente recursos para financiar os serviços de municípios que ainda fossem deficitários.¹²³

É preciso ter um cuidado extremo com o aumento da participação privada sem a observância dessas condições, pois ao invés de desonerar os cofres públicos podem produzir o sentido inverso de aumentar a demanda por investimentos públicos. Sem a instituição de um sistema de equilíbrio financeiro, sustentabilidade ambiental e social, em nível ao menos regional, a iniciativa privada por óbvio ficará com os serviços das localidades lucrativas e relegará ao governo as localidades deficitárias.

Nesse contexto, a prestação dos serviços precisa ser submetida ao planejamento e a regulação de esferas mais amplas que o mero contrato de concessão. É necessário que se utilize um aparato jurídico-institucional que seja capaz de viabilizar a participação privada sem prejudicar o planejamento e a integração territorial dos serviços.

As políticas públicas para o setor devem, então, pensar neste serviço público de titularidade municipal como uma questão nacional, compartilhando funções entre os municípios envolvidos, o estado e a União, em permanente planejamento.

Lembra-se que a saúde é um direito e se o saneamento básico é indispensável a saúde, a universalização dos serviços é um direito de segunda geração de toda a população brasileira, por isso, quando se fala na prestação dos serviços, seja ela pública ou privada, é obrigatório equacionar as dimensões territoriais, ambientais e sociais para que todos tenham seu acesso garantido.

Tem-se um direito à saúde (na vertente saneamento básico) assegurado pela Constituição da República que deve ser realizado por meio de um serviço público, o que acirra a discussão de como viabilizar a participação privada em sua execução, revelando-se um confronto entre o mercado e a necessidade social, como bem pontou o Prof. Alaôr Caffé Alves:

¹²³ Esse problema é resolvido de maneira diversa nos locais em que a prestação se dá por companhias estaduais, pois estas se utilizam de uma política interna de subsídios cruzados, onde os municípios mais ricos suprem a menor arrecadação das localidades carentes.

Com efeito, como a essência do sistema de mercado é a livre opção da aplicação dos excedentes resultantes das atividades econômicas, não deixa de haver um profundo conflito, até mesmo uma contradição com os objetivos públicos do Estado. Mormente quando se tem em conta que os serviços públicos de saneamento básico não comportam, mediante as atividades econômicas neles embutidas, admitir a transmigração de recursos para outras áreas, pois a universalização legalmente exigida depende da reaplicação total desses recursos no próprio setor. (...) Por esse motivo, a concessão indiscriminada dos serviços à iniciativa privada (...) não deve ser levada a efeito de modo a permitir a renúncia à dimensão sensivelmente pública que o caracteriza.¹²⁴

Assim, é possível vislumbrar que o sistema de concessão puro e simples seja incapaz de assegurar o respeito ao interesse público indissociável dos serviços de saneamento básico. Entretanto, se se pensar em um modelo capaz de utilizar a participação privada como auxiliar no processo de universalização, seria possível admitir o incentivo a esta contribuição.

A investigação do que ocorreu nos países desenvolvidos é capaz de ajudar a compreensão da melhor maneira de cuidar da questão. Neste lugares, até que se alcançasse a universalização dos serviços de saneamento básico não foi possível prescindir de forte presença estatal. Por exemplo na França, onde prepondera a participação privada, o Estado construiu a universalização e atualmente tem aumentado sua presença na organização institucional, conforme se explica a seguir.

6.2 O “modelo” Francês

Na França a delegação dos serviços de saneamento básico para particulares cresceu rapidamente no final do século XX e início do XXI. Três fatores são apontados pela doutrina como preponderantes para esse processo: afastamento do Estado nacional da gestão dos serviços, recaindo a competência nas comunas¹²⁵; obstáculos técnicos-operacionais, comerciais e financeiros causados pelo forte aumento na demanda; e dificuldades institucionais, relacionadas à falta de uma entidade regulatória nacional e o aumento das exigências ambientais da União Europeia.

Essa grande participação privada no setor fez com que organismos como o Fundo Monetário Internacional e o Banco Mundial propagassem a existência de um “modelo francês” para o saneamento básico. Em resumo, seria a promoção de uma resposta aos

¹²⁴ **Op. cit.** p. 40-41.

¹²⁵ A comuna francesa é a unidade básica de organização territorial da França, se trazidas para o ordenamento jurídico brasileiro seriam comparadas aos municípios, porém na França não gozam da mesma autonomia política-constitucional.

desafios da prestação dos serviços nos países subdesenvolvidos por meio da privatização destes.

O que se passou a chamar de modelo francês de gestão dos serviços de saneamento básico na verdade é a conhecida solução de se delegar uma atividade estatal que apresenta problemas às sociedades empresariais privadas que devem deter as possibilidades financeiras, técnicas e administrativas de universalizar os serviços e prestá-los com alta qualidade em todas as partes do mundo. Ao Estado restaria a tarefa de organizar e regular os serviços por meio de um contrato de concessão que conteria cláusulas capazes de realizar os fins sociais e, paralelamente, remunerar os custos e o lucro do particular com a cobrança de tarifas.

Ocorre que Vinícius Marques de Carvalho procedeu aprofundado estudo por ocasião de seu doutorado na Universidade de Paris a respeito da existência de um verdadeiro paradigma de sucesso na questão e que, como tal, deva ser reproduzido em escala global. Passando a contemplar as conclusões do autor, é possível verificar os *dilemas que podem emergir da intensificação da participação de empresas privadas*¹²⁶ e propor adequações.

6.2.1 Organização do saneamento básico no ordenamento jurídico francês

Os serviços de saneamento básico na França são de competência local, das comunas, isso como própria exigência da natureza de tais atividades. Trata-se de água, algo difícil de se transportar, e que, se transportado, precisa obrigatoriamente ser ligada a uma rede de distribuição nas cidades. Assim, atenta a essas particularidades, a legislação francesa assegura a competência local dos serviços de saneamento básico.

Embora a competência para a prestação seja local, as leis e diretrizes que direcionam a gestão do setor são nacionais¹²⁷ e seus principais fundamentos são: a) respeito aos diversos usos possíveis para a água, cuidando-se do ecossistema aquático; b) utilização dos limites da bacia hidrográfica como elemento primordial de gestão, sendo que nesse perímetro é que se deve escolher entre os usos da água; c) alocação de recursos financeiros específicos; d) atuação coordenada entre os poderes públicos e fixação de critérios para as cooperações entre iniciativa privada e poder público; e) exigência de planos plurianuais sob a perspectiva dos investimentos prioritários em saneamento básico.

Como se vê, o Estado Francês influenciou e influencia o continente europeu e o Brasil, que reproduzem a imensa maioria dos instrumentos de financiamento e gerenciamento, entre

¹²⁶ **Op. cit.** p. 195.

eles a fixação de diretrizes nacionais para o setor. Bem por isso é indispensável verificar como se dá essa gestão dos recursos hídricos e a sustentabilidade dos serviços de saneamento básico na França para se investigar a eficácia do “modelo francês” para se alcançar a universalização, o que se fará a partir de agora.

Por primeiro, é preciso perceber que houve fortíssima presença do Estado na universalização dos serviços de saneamento básico na França, violando logo de cara um dos maiores axiomas do propalado modelo que seria o espelhamento de todos os custos dos serviços nas tarifas. É dizer, os consumidores deveriam remunerar todos os custos da prestação, tanto os oriundos das amortizações dos investimentos realizados em infraestrutura quanto do fornecimento ordinário.

Se hoje o Estado pode se distanciar das atividades, no passado recente foram necessários altos investimentos estatais para se alcançar a universalização. Primeiro se utilizou de recursos diretos dos Ministérios da Agricultura e Interior e, depois, pelo Fundo Nacional de Sistemas de Abastecimento de Água e pelas Agências Financeiras das Bacias.

É sempre preciso se estudar as fontes de financiamento dos investimentos, pois, o saneamento básico depende de um aporte constante de recursos a baixo custo, tanto na fase de instalação quanto no período de manutenção das estruturas. Em resumo, da mesma forma que toda a Europa, a França se utilizou do dinheiro de oriundo da cobrança de impostos para implantar a infraestrutura indispensável para disponibilizar água tratada e coleta e tratamento de esgoto a todos os locais. Se se utilizou dos impostos, pode-se dizer que os mais ricos financiaram a conexão da população mais pobre aos serviços.

Mesmo nos dias atuais o Estado está intensamente envolvido com a concessão de empréstimos com taxas privilegiadas para que as comunas possam implantar ou modernizar suas redes de abastecimento de água e coleta e tratamento de esgotos.

Assim, é possível afirmar que, seja na fase de implantação seja no funcionamento ordinário dos serviços, há forte presença estatal, utilizando-se de financiamento por meio de impostos e não somente pelas tarifas pagas pelos usuários, derrubando uma das propaladas vigas mestras do “modelo francês”, qual seja, o repasse dos custos dos investimentos ao capital privado.

6.2.2 Espécies de gestão dos serviços de saneamento básico na França

A gestão por parte do Estado dos serviços de saneamento básico se desenvolveu na França a partir do século XX, tendo sido crucial o surgimento de normas legislativas e o

incremento da jurisprudência para que se formatasse o modelo denominado de Serviços Públicos Industriais e Comerciais (SPIC), capaz de integrar lógica mercantil na organização dos serviços públicos em geral e, especificamente, nos de saneamento, não importando qual espécie de gestão seria adotada pelas comunas.

Nesse diapasão, a direção destes serviços na França pode ser dividida nas seguintes categorias: direta; com autonomia financeira; personalizada; e sociedade de economia mista.

A gestão direta ou *régie* simples ocorre quando a comuna opta por assumir o serviço sem criar uma estrutura separada da administração comum, utilizando-se dos bens e agentes públicos que já possui e não separando as receitas e despesas do orçamento geral. A crítica que se faz a esse sistema é que ele não seria suficiente para garantir a necessária especialização dos agentes diante da complexidade atual da prestação dos serviços de saneamento básico e a dificuldade em individualizar os investimentos e as despesas necessários ao funcionamento e modernização das atividades.

A *régie* com autonomia financeira, por sua vez, muito se assemelha às autarquias presentes na administração indireta brasileira, desfrutando de individualidade orçamentária, um conselho de direção e um diretor, subordinados ao conselho municipal e ao prefeito das comunas.

Inclusive, esse sistema não é muito utilizado na França por apresentar as mesmas dificuldades de gestão que existem no Brasil: a limitação da autonomia para organizar adequadamente os serviços, vez que os diretores precisam sempre se reportar ao prefeito, ocasionando interferências políticas dissociadas da boa técnica.

A *régie* personalizada é semelhante ao sistema anterior, com a diferença que os serviços são transferidos a um estabelecimento público local. Seu emprego também é muito restrito.

As sociedades de economia mista têm como principal característica a conjunção do capital público e privado, sendo aquele obrigatoriamente majoritário. Geralmente são criadas por coletividades de comunas que, assim, acabam exercendo um profundo controle sobre as finanças, contabilidade e setores técnicos dessas empresas. Esse é o sistema adotado, por exemplo, para os serviços de água da cidade de Paris.

Vistos esses modos de gestão direta, passa-se agora à gestão delegada, que na França é responsável por 80% da distribuição de água.

No decorrer do Século XX, a maioria das comunas perceberam que não detinham recursos financeiros e técnicos em número suficiente para fazer frente aos gastos com os sistemas de saneamento básico, o que levou a utilização do contrato com companhias privadas

para solucionar o problema. No entanto, mesmo esse contrato apresentou diversas espécies, como o contrato de concessão de serviço público; o contrato de arrendamento; e o contrato de gerência.

O contrato de concessão, espécie mais ampla de delegação, é a que melhor separa o ente público, que detém a titularidade e também a regulação, do concessionário responsável pela prestação dos serviços.

Sendo assim, o concessionário detém muita autonomia para dispor sobre os investimentos necessários ao setor e o modo de funcionamento da companhia. A remuneração dos concessionários origina-se diretamente das tarifas que cobram dos usuários.

Essa foi a forma mais usual de delegação até o início do século XX, quando se percebeu que o Estado acabava ficando muito dependente das companhias, com imensas dificuldades para rescindir o contrato e evitar o aumento de tarifas. Isso fez com que se iniciasse a utilização de novas formas de delegação: o arrendamento e a gerência. Porém, no final do mesmo século os serviços voltam a essa modalidade contratual.

No contrato de arrendamento o ente público delegante realiza os investimentos iniciais para funcionamento dos serviços, mas delega a operação a um ente privado que precisa efetuar pagamentos ao titular como forma de ressarcimento pelos investimentos feitos.

O contrato de gerência apresenta como principal característica o fato das empresas não serem remuneradas pelos usuários, mas pelo poder público. Este também é o responsável por todo o planejamento estratégico, os investimentos e por garantir a salubridade financeira dos serviços.

6.2.3 Os contratos de concessão da prestação do serviço

Em verdade, os problemas que se apresentam na França não estão na forma de delegação, mas sim na insuficiência do contrato como instrumento de regulação. Existem diversos problemas de coordenação entre o poder público e a iniciativa privada que não conseguem ser adequadamente resolvidos pelos contratos.

Entre essas disfunções está a assimetria de informação, caracterizada pelo *desequilíbrio informacional que existe nas relações entre as coletividades delegantes dos serviços e as empresas que os exploram*.¹²⁸ Isso ocorre precisamente porque a titularidade dos serviços pertence às comunas (do mesmo modo que no Brasil cabe aos municípios) o que

¹²⁸ CARVALHO, Vinícius Marques. **Op. cit.** p. 246.

ocasiona uma diferença de tamanho entre os dois polos da relação contratual. As comunas são pequenas e as companhias privadas que se apresentam para prestar os serviços são grandes grupos empresariais que já prestam os serviços em vários lugares. Obviamente essas sociedades empresárias já detêm todo o conhecimento sobre o serviço e uma visão mais abrangente de todas as contingências da prestação do que as localidades públicas, o que lhes permite elaborar técnicas de negociação de cláusulas contratuais e dimensionar uma estrutura de custos mais precisa. Enquanto uma comuna pode realizar um contrato de concessão a cada dez, vinte ou trinta anos, as companhias negociam vários contratos por ano, o que lhes traz uma experiência sem igual sobre as consequências de cada item do contrato.

Outra anomalia é a racionalidade limitada que acarreta a incompletude dos contratos. As partes que combinam o negócio não detêm as mesmas informações, sendo que uma se apresenta com pouco conhecimento sobre o assunto enquanto a outra detém experiência e um corpo técnico capaz de antever as consequências da contratação. Esse cenário, facilmente verificado nas relações entre as comunas e as companhias, ocasiona a formulação de contratos incompletos, com práticas muitas vezes oportunistas daqueles que já detêm o conhecimento.

Nesse cenário, surgem contratos com cláusulas de pouca utilidade, repetitivas e imprecisas, quase sempre dependentes de uma boa regulação posterior para que se adaptem aos problemas futuros e à evolução legislativa e técnica sobre o assunto.

A racionalidade limitada e a incompletude contratual são acentuadas nos contratos de delegação dos serviços de saneamento básico devido à instabilidade das questões hidrológicas e legislativas. As normas de potabilidade, bem como as condições naturais podem mudar e os operadores devem se adaptar sem interromper o fornecimento dos serviços. Seria impossível prever com segurança tais questões no momento da formalização dos contratos.

Existe ainda o oportunismo das companhias que se relacionam com dois conceitos próprios do direito econômico: a seleção adversa e a álea moral.

Nos contratos de delegação dos serviços de saneamento básico a seleção adversa se caracterizaria pela propositura, na fase de negociação, de tarifas que aumentam os lucros do prestador ou, ainda, de cláusulas que criam vantagens desproporcionais para a empresa na renovação contratual. Tudo isso ocorre pois os delegatários possuem um conhecimento muitas vezes superior ao do ente público delegante e, por isso, são capazes de avaliar o custo real do serviço.

A álea moral, por sua vez, se dá durante a vigência do contrato e se caracteriza pela simples inobservância de cláusulas contratuais por parte do delegatário simplesmente porque

a fiscalização do delegante é ausente, decorrente de sua falta de capacidade técnica ou dos altos custos envolvidos na fiscalização.

Por último, o desequilíbrio na relação contratual também se faz presente por ocasião da renovação do contrato. Indiscutivelmente a empresa titular do contrato dispõe de conhecimento sobre o serviço, suas questões técnicas específicas e seu equilíbrio financeiro, o que lhes possibilita formatar uma oferta que lhes traga ainda mais vantagens.

Vê-se que o problema não reside na questão da maneira como se deve dar a prestação dos serviços, pública ou privada, mas na necessidade de formação de um ambiente institucional adequado que possibilitem às autoridades públicas combater condutas oportunistas no momento da contratação e fiscalizar efetivamente o cumprimento do contrato. Nesse sentido, bem observou Vinícius Marques de Carvalho que:

Mais uma vez a desnaturação da informação ganha papel relevante. Ela pode servir, no caso da delegação de serviços, para justificar uma demanda por aumento no valor das tarifas, pelo pagamento de obras suplementares, ou por indenizações por custos não previstos. Ou seja, a presença desse tipo de oportunismo acarreta o desequilíbrio econômico-financeiro do contrato. Garantir a transparência da estrutura de custos e da contabilidade do serviço toram-se um dos principais objetivos da regulação do setor.¹²⁹

6.2.4 Desequilíbrio de poder entre as autoridades delegantes e as empresas

Os contratos de delegação dos serviços de saneamento básico possuem uma série de garantias a aqueles que se comprometem em prestar a atividade. Ligadas ao incentivo e proteção da atividade podem ser elencadas: a presença constante de usuários, assegurando a venda do produto; pesadas consequências para os inadimplentes, sendo possível a interrupção do fornecimento de água; a certeza de retorno dos investimentos realizados e de todo o custo da produção, pois o preço é calculado sempre levando em conta esses fatores; o direito constante ao reequilíbrio econômico-financeiro do contrato; e a extensa duração dos contratos que também servem para certificar o regresso do capital aplicado. Todos os contratos contam ainda com cláusulas de revisão contratual que protegem a companhia de qualquer acontecimento que provoque a inviabilidade econômica do empreendimento, rapidamente restabelecendo seu equilíbrio.

Lado outro, o poder delegante possui mecanismos para salvaguardar os princípios dos serviços públicos durante a prestação da atividade.

¹²⁹ **Op. cit.** p. 248.

As leis e os contratos preveem que o poder de modificação unilateral dos ajustes, quando for preciso modificar os serviços para atender novas exigências de qualidade e quantidade advindas da evolução tecnológica ou de novas regulamentações, como por exemplo maiores restrições ambientais. Ainda nessas situações, deverá ser mantido o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, o que acaba por limitar esse poder ou gerar impacto nas tarifas cobradas dos usuários.

O poder público tem ainda a prerrogativa de impor uma série de sanções diretamente ao delegatário sem precisar recorrer previamente ao poder judiciário, sendo a mais grave o vencimento antecipado do contrato

O problema é que enquanto as garantias dos delegatários encontram ampla vigência, uma série de dificuldades retira o poder de fato dos delegantes. As alterações unilaterais são contrabalanceadas pela retomada do equilíbrio econômico do contrato e as sanções são pouco impostas. A antecipação do término do contrato, então, nem se cogita, pois traria enormes transtornos para o poder público que teria que imediatamente gerir os serviços, sem deter o conhecimento e a estrutura técnica e administrativa e, ainda por cima, provavelmente encontraria uma situação de serviços degradados pelo último prestador faltoso.

*Esse quadro institucional de incentivos e garantias contribuiu para tornar a delegação dos serviços públicos praticamente irreversível.*¹³⁰

Como se não bastasse essa configuração, a concentração empresarial no mercado de serviços de saneamento básico na França restou extremamente alta, com três companhias dominando 98% das delegações. Dentro dessa baixa competitividade, obviamente essas sociedades empresárias procuraram mutualmente se organizar e se proteger, inviabilizando novos concorrentes e criando entraves à transparência da informação, de acordo com o que perceberam os pesquisadores Ephraim Clark e Gérard Mondello em seu estudo sobre o gerenciamento da água na França.¹³¹

¹³⁰ CARVALHO, Vinícius Marques. **Op. cit.** p. 251.

¹³¹ Water Management in France: Delegation and Irreversibility. In: **Journal of Applied Economics**, vol. III, n. 2, 2000. p. 325. Disponível em: http://www.cema.edu.ar/publicaciones/download/volume3/clark_mondello.pdf. Acesso em 26/03/2016. Inclusive, esses autores puderam concluir que a legislação francesa, direta ou indiretamente, acabou excluindo companhias estrangeiras dos investimentos em infraestrutura. A competição internacional foi pouco incentivada e desorganizada, permitindo que as gigantes francesas se consolidassem e estendessem seus domínios para cobrir todo o país. Essa situação tornou impossível para companhias estrangeiras vencer o cartel que se formou na França. Mesmo que empresas estrangeiras possuam acesso à tecnologia e recursos financeiros, vão esbarrar na falta de experiência institucional e de mão-de-obra local especializada. As leis trabalhistas francesas e os planos de previdência tornam muito difícil e caro recrutar as pessoas que já trabalham nas empresas de saneamento francesas. Além disso, outro fator determinante é que o cartel francês supre os municípios com uma ampla variedade de produtos e serviços que nada tem a ver com água e esgoto, tais como coleta de lixo e até TV a cabo. Assim, o tratamento de água acaba sendo oferecido de forma conjunta com esses outros serviços, fazendo com que, muitas vezes, uma mesma companhia e suas

Cada uma dessas sociedades empresárias se organizou de forma integrada, o que permite economia de propósito e ganhos de escala. Elas tem um sede nacional, que se responsabiliza pela direção geral da companhia; sedes regionais que são capazes de cuidar das compras, pesquisas e desenvolvimento de soluções, negociação de contratos, gerenciamento de orçamentos e manutenção dos laboratórios de análise; e finalmente o domínio local que efetivamente presta os serviços nas comunas. Como se pode perceber, diferentemente da gestão direta pelo poder público local, essa estrutura operacional alcança uma série de ganhos de produtividade e de economia, pois não precisa ficar restrita às fronteiras municipais.

Isso tudo é salutar, do ponto de vista financeiro e da qualidade dos serviços, pois traz enorme especialização de pessoal e ferramentaria, com custos bem mais baixos, pois não obstante as empresas operem em bases locais, possuem uma infraestrutura nacional. Além disso, enxerga-se o saneamento básico de maneira, no mínimo, regional, o que é indispensável sob o ponto de vista natural e financeiro.

Contudo, o fato de três empresas terem alcançado o domínio quase completo do setor, trouxe um enorme desequilíbrio entre o seu poder de barganha e o das pequenas comunas. Não há condição de negociação mútua, pois não está presente a competição. Inclusive, o poder público se vê de mãos atadas para perseguir o bem comum da maneira mais barata e eficiente, pois, no decorrer do contrato, não consegue se utilizar de sua prerrogativa de revogar a delegação e retomar a gestão direta, ou seja, não consegue ameaçar o prestador privado com a possibilidade de sanção, pois este sabe que o Poder Público não conseguirá efetivá-la na prática e se chamar outra companhia cairá em uma das três que fazem parte do mesmo cartel.

Em resumo, os contratos não são instrumento hábil para a regulação dos serviços de saneamento básico, pois a realidade francesa é um ambiente de assimetrias de informação e forte concentração empresarial, tornando um dos polos da relação extremamente forte em detrimento das pequenas comunas. A retomada dos serviços, por exemplo, poderia acarretar: cobrança de altas indenizações, a assunção imediata das obrigações do delegatário e, por fim, responsabilidade de manter os trabalhadores da empresa privada ou de indenizá-los.

Para se resolver o impasse, apontam-se as seguintes soluções.

subsidiárias supram todos os serviços públicos de um mesmo município. Isso acaba obrigando uma empresa estrangeira que queira prestar os serviços de água e esgoto a também ter que adquirir condições de oferecer todos esses serviços e com preços competitivos. Consequentemente, o contexto histórico e a atual estrutura institucional das regras de competição no gerenciamento da água na França conspiram, paradoxalmente, para reforçar o cartel das três empresas que dominam o setor.

O controle externo precisa ser realizado por uma entidade pública financeiramente e tecnicamente forte para que se conheça mês a mês as reais condições da prestação, vez que os contratos, por si só, não garantem o controle constante da atuação da concessionária, impossibilitando a retomada ou a reversibilidade dos serviços (por ser uma decisão tardia).

Outra providência que precisa ser implementada pelo Estado é a manutenção de uma real concorrência entre as empresas do setor, o que possibilitaria ao Poder Público transferir a delegação para outro prestador, garantindo a continuidade dos serviços públicos, na hipótese de aplicação da sanção de retomada.

Em resumo, quando o poder público opta por delegar os serviços de saneamento básico, precisa estar consciente que será quase impossível rever essa decisão. Nas poucas ocasiões em que se tentou retomar o serviço ou delegar a outro prestador, ocorreram grandes celeumas entre a Administração e a sociedade empresária. Além disso, precisa ter ciência que, na fase licitatória, a competição é quase nula, haja vista que os grupos empresariais evitam manter um cenário de concorrência, pois o território francês já se encontra dominado e dividido pelos três grandes prestadores e a longa duração dos contratos e as vantagens competitivas daquele que já está prestado o serviço objeto da licitação, não atraem outros competidores ao processo licitatório.

A leitura do Relatório da Corte de Contas Francesa sobre a prestação dos serviços públicos de saneamento básico, publicado em 1997, leva a duas constatações interessantes: primeiro que as coletividades locais não são capazes de realizar os investimentos necessários, não asseguram a qualidade dos serviços e a divisão territorial acaba dificultando uma prestação eficiente; segundo que a delegação dos serviços também acarreta problemas, porque, como não há concorrência entre as empresas privadas, fica muito difícil controlar os contratos (não há competição antes do contrato e depois não há ameaça de sanção pela sua inobservância).¹³²

O relatório apontou a existência de uma *competição organizada*, dado que três grandes grupos controlam 98% do mercado. Essas três gigantes do setor dividem o território entre si ou participam no sistema de *join-ventures* nos contratos.

O mesmo documento considerou que houve aumentos abusivos das tarifas dos serviços concedidos e que os contratos eram imprecisos e permitiam a subcontratação de outras empresas do mesmo grupo sem licitação. Outrossim, constatou-se que a carência de um

¹³² COUR DES COMPTES. **La Gestion des Services Publics Locaux d'Eau et d'Assainissement**. Paris, 1997, p. 94-99. Disponível em: <https://www.ccomptes.fr/.../Gestion-des-services-publics-eau-et-assainisse.pdf> Acesso em 29/03/2016.

sistema institucional capaz de supervisionar e controlar a delegação do serviço. Em um setor com fortíssima concentração e parca regulação, o despotismo das empresas tornaram-se óbvios.

A situação da competição na fase licitatória somente apresentou melhoras com o advento da *loi Sapin* que conseguiu promover a competição no setor, porém os problemas relacionados ao controle da prestação continuaram, conforme se verifica em outro documento da Corte de Contas editado em 2003.¹³³

Inclusive, há diversos apontamentos neste último relatório, sobre a questão das tarifas cobradas dos usuários a partir de cláusulas financeiras incluídas nos contratos de delegação que só refletem preocupação com o lucro do prestador. Estas disposições acarretam aumentos de preços nos serviços sem que se exija a demonstração de houve um aumento do custo de exploração ou investimentos em melhorias dos serviços. Existem cláusulas que simplesmente autorizam um aumento anual das tarifas, com base em algum índice geral de preços, que, fora de um contexto de avaliação do aumento do custo do serviço de saneamento básico pelo qual se está cobrando, são capazes de criar uma total desconexão entre o preço da água ou da coleta de esgoto e a realidade do dispêndio realizado pelo prestador. Há ainda, disposições nos contratos que permitem o aumento dos preços nas hipóteses de diminuição do consumo da água, protegendo, assim, sobremaneira, os lucros do explorador da delegação.

A partir dessas advertências, a respeito do controle sobre o preço da água, decorrentes da assimetria da informação na relação delegante-delegatário, preocupou-se o governo em aprovar a *loi Mazeaud* que busca instrumentalizar o poder público a avaliar a contabilidade da delegação. Sendo preciso, as *Chambres Regionales des Comptes* realizarão vastas auditorias nas empresas prestadoras dos serviços, proporcionando à Administração Pública outros instrumentos, além das prestações de contas e dos relatórios apresentados pelos próprios prestadores, capazes de aferir a manutenção do equilíbrio do contrato por ocasião da aplicação dos índices de reajustes às tarifas.

O que se pode concluir é que, mesmo na França, ainda não se pode prescindir do aperfeiçoamento dos mecanismos de controle sobre a prestação dos serviços de saneamento básico, a gestão dessas atividades estatais precisa converter o contrato em objeto da regulação, retirando deste seu caráter instrumental.

¹³³ COUR DES COMPTES. **La Gestion des Services Publics Locaux d'Eau et d'Assainissement. Rapport au Président de la République.** Paris, 2003, p. 34. Disponível em: www.ccomptes.fr/.../SyntheseServicesPubEau.pdf. Acesso em 29/03/2016

Nessa linha, é necessária a criação de uma estrutura estatal de controle ininterrupto, com ampla disponibilidade de informações sobre a prestação dos serviços e sobre o patrimônio a eles associado. Isso demanda a existência de um aparato técnico-operacional capaz de proceder um estudo criterioso dos relatórios apresentados pelos prestadores e, se preciso for, elaborar uma verdadeira investigação sobre tais elementos.

Em síntese, é preciso que os poderes delegantes mantenham sua posição de supremacia (própria do Poder Público) no momento da negociação, fiscalização e término/renovação dos contratos, sendo que para isso eles precisam ser detentores da informação. Na linha do que foi visto, é preciso existir um temor, por parte do delegatário dos serviços, de que o serviço possa de alguma maneira ser retomado ou delegado a outro prestador, pois só assim se proporciona poder de negociação à Administração Pública. Percebe-se que a regulação do contrato só é possível com acesso à informação e possibilidade de imposição de sanções, mesmo que seja preciso aplicar a mais grave delas que é o fim da delegação e a retomada dos serviços.

Embora na França, após dezenas de anos de experiência, ainda se constrói um arcabouço legislativo, um incremento das instituições e um importante processo de cooperação intercomunal, na tentativa de elevar o controle da prestação privada dos serviços de saneamento básico.

6.2.5 Cooperação intercomunal para a gestão dos serviços de saneamento básico

Ponto de substancial interesse é o estudo dos instrumentos de cooperação intercomunal na estrutura da gestão das atividades de saneamento básico. Dado a grande quantidade de comunas e a própria natureza dos serviços, com sua impossível dissociação da bacia hidrográfica em que estão inseridos, tornou-se intrínseco o acentuamento da cooperação das comunas. Para tanto, elas criaram práticas de cooperação horizontal, inclusive com a instituição, após a livre manifestação da vontade das comunas participantes, de uma entidade específica será superior a todas elas nas decisões relacionadas à questão.

A medida que as regras do governo central para obtenção de financiamentos, para a correta prestação do serviço e proteção ao meio ambiente foram se intensificando, era preciso que as comunas encontrassem uma gestão administrativa estável, com utilização de elementos de uma administração eficiente e redução de custos operacionais, momento em que se deu a privatização da prestação dos serviços. Em consequência, para que se mantivesse a eficiência e para se contrapor ao poder de mercado das empresas privadas prestadoras, as comunas

fortaleceram sua política de cooperação, instituindo diversas organizações intercomunais, denominadas de *Établissements Publics de Coopération Intercommunale* (EPCI).

Esses estabelecimentos recebem a competência das comunas para organização dos serviços locais, podendo: escolher a melhor maneira para prestar os serviços (diretamente ou por meio de concessão), mitigar a natureza pública dos serviços, lhes dando caráter mais ou menos industrial e comercial, e definir a política tarifária.

Tendo em vista que um EPCI deve uniformizar a prestação dos serviços em dada região, unificando a modalidade de gestão dos serviços em seu território de atuação, as comunas que decidem cooperar entre si transferem totalmente o domínio dos serviços de saneamento básico para a nova entidade.

Obviamente, para alcançar seus objetivos, os EPCI recebem recursos, bens, equipamentos e servidores públicos que estavam alocados nas comunas para prestar as operações agora transferidas.

É no setor de saneamento básico que se verifica a maior existência de estruturas intercomunais. E isso se tornou indispensável pelas principais razões: a) a intercomunalidade presente nos serviços de distribuição de água, esgotamento sanitário e resíduos sólidos (tanto sob o ponto de vista da rede e de locais para captação de água e despejo de esgoto, quanto pelas questões ambientais, com a poluição refletindo em mais de um território), o que já ocasionaria a integração de qualquer forma; b) necessidade dos investimentos em proteção ambiental serem realizados conjuntamente; e c) o imperativo de fazer frente ao tamanho das empresas prestadoras, o pequeno tamanho das comunas impossibilitava a criação de estruturas adequadas ao controle da prestação dos serviços.

Portanto, para esse trabalho, o ponto fundamental do estudo do saneamento básico na França reside na análise da importância do desenvolvimento de mecanismos de cooperação intercomunal para melhorar a prestação dos serviços. Conforme se verá a seguir, a Corte de Contas francesa produziu relatório, no ano de 2003, afirmando que o agrupamento de serviços acarreta acréscimo sensíveis de qualidade.¹³⁴

De acordo com esse diagnóstico, à medida que os arranjos intercomunais forem capazes de conjugar a organização administrativa com as condições geográficas e técnicas de prestação do serviço, cria-se um ambiente propício ao recebimento de ofertas atrativas advindas do setor privado interessado em prestar os serviços. Poder-se-á, até mesmo,

¹³⁴ La gestion des services Publics d'Eau et d'Assainissement, Rapport au Président de la République Suivi des Réponses des Administrations et Organismes Intéressés. In: **Les Éditions du Journal Officiel**. Paris. dez. 2003, p. 73. Disponível em: www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports.../034000735.pdf. Acesso em 10/03/2016.

estabelecer uma competição verdadeira entre as empresas. Em síntese, estando o Poder Público tecnicamente preparado, isto é, sendo profundo conhecedor dos serviços e da bacia hidrográfica em que está inserido, ele é capaz de gerir a concessão à iniciativa privada não ficando refém das empresas. E para que essa preparação se torne viável, sobretudo financeiramente, deve haver uma integração entre as diversas comunas.

Inclusive, na França, a marcha da integração ou regionalização dos serviços ocorreu como forma de resposta ao rápido aumento do poder das empresas prestadoras dos serviços. Se na França a delegação dos serviços não ocorreu como uma atitude deliberada de busca de maior eficiência, mas como necessidade diante do processo de retirada do suporte do Estado Nacional e incremento das competências nas comunas, era preciso encontrar uma forma de gerir o saneamento básico e o que logo se percebeu era que não seria possível às comunas enfrentar individualmente este complexo desafio.

Mas, até os dias atuais, a divisão das comunas ainda se faz presente em grande quantidade o que causa desequilíbrio na relação com as empresas. Sob esse aspecto, é importante perceber que para as delegatárias essa fragmentação das comunas é interessante sob o ponto de vista da negociação dos contratos, pois fica mais fácil impor cláusulas vantajosas e, sob o aspecto da prestação, pouco faz diferença, pois a forte concentração econômica das empresas prestadoras faz com que o serviço consiga ser realizado levando em consideração aspectos regionais capazes de possibilitar economia de escala e escopo. Em verdade, a regionalização dos serviços acaba ocorrendo na fase de prestação, sem que haja regionalização gestacional e regulatória.

Perceba-se que não houve uma prévia integração das comunas, operando a regionalização da gestão para que depois se pensasse na melhor maneira de delegação à iniciativa privada. O processo se deu exatamente ao contrário, uma pequena quantidade de grandes grupos de sociedades empresárias se estabeleceram e obtiveram a delegação dos serviços das comunas individualmente. Assim, operou-se uma regionalização às avessas, apenas sob o ponto de vista da prestação. Esses grupos se tornaram economicamente extremamente poderosos, dificultando a possibilidade de existência de regulação pelas comunas, sendo que essa é exatamente uma das grandes falhas apontadas no “modelo francês”, que precisa, ainda que tardiamente, ser corrigida por meio da integração das comunas.

Mas não é só sob o prisma do relacionamento com o setor privado que se verifica a vital importância da integração. A diminuição da disponibilidade dos recursos hídricos, tanto quantitativa como qualitativa, demanda uma resposta organizada do Estado sob a forma, no

mínimo regionalizada, com respeito a todas as nuances da bacia hidrográfica. Aspectos relacionados ao meio ambiente e a própria continuidade da prestação desses serviços dependentes dos recursos naturais não suporta mais o trato local e muitas vezes despreocupado com os impactos extraterritoriais. Na França tem se perseguido respostas que assegurem a sustentabilidade territorial e o equilíbrio financeiro entre serviços vizinhos, sendo possível afirmar que a forma mais tangível é a integração regional.

Diante da constatação de que era preciso transcender o território comunal no trato da questão do saneamento básico, foram implementados instrumentos de estímulo do incremento da cooperação comunal. Para tanto, o Estado francês passou a destinar recursos financeiros na proporção do número de habitantes dos *Établissement Public de Coopération Intercommunale* – EPCI e aumentar o coeficiente de integração fiscal, que também resulta em maiores repasses de receitas às comunas em consequência da integração. Resultando na lógica de que quanto mais comunas associadas, maior será o repasse de dinheiro.

Assim o Estado francês assumiu o papel de incentivador do processo de cooperação intercomunal que deve se dar de forma estável, mas em constante aperfeiçoamento ao longo do tempo. O objetivo é construir um ambiente onde o desenvolvimento do território urbano ocorra juntamente com o progresso econômico e social.

Com esse desiderato se procurar assegurar uma área de prestação dos serviços públicos que tenha o tamanho suficiente à gestão adequada dos serviços, é dizer, um perímetro de administração capaz de garantir economia de escala, que significa custos mais baixos em razão da disponibilidade de fatores da produção em quantidade e qualidade proporcional ao uso. Nesse sentido, no ano de 2005, a Corte de Contas francesa publicou relatório sustentando que, após estudar os serviços intercomunais, foi possível constatar, como consequência do processo de regionalização: ganhos financeiros para os prestadores e consumidores; progresso técnico acompanhado de uma melhora significativa da qualidade dos serviços; e melhor adequação às normas ambientais europeias.¹³⁵

¹³⁵ **L'Intercommunalité em France**, nov. 2005. p. 213. Disponível em: <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/054004449/index.shtml>. Acesso em 15/03/2016. De acordo com este documento: *Il est possible de constater des économies d'échelle si, à qualité de service inchangée, le coût des prestations baisse grâce à l'utilisation plus efficace des facteurs de production que permet l'organisation du service sur un plus grand territoire. C'est naturellement un des objectifs de l'intercommunalité.*

6.2.6 A regulação dos serviços franceses de saneamento básico

Ao se estudar o desenvolvimento do denominado “modelo francês” em seu país de origem, uma das percepções mais importantes que se deve ter é a de que a França já se deu conta que a relação puramente contratual entre o poder público e a iniciativa privada prestadora dos serviços não é suficiente para regular adequadamente o setor.

De fato a sustentabilidade econômica dos serviços de saneamento básico está indissociavelmente ligada à existência de instrumentos que promovam o equilíbrio social, territorial e temporal dos serviços e assegurar a estabilidade de todos esses elementos dependem de uma estrutura regulatória que extravasa a relação meramente contratual, devendo ser imposta em dispositivos de ordem geral, tais como as leis, decretos, regulamentos e demais normatizações extracontratuais e cogentes. É preciso haver uma sólida base de controle e fiscalização que não se restringe ao contrato firmado entre o titular do serviço e o prestador.

Conforme foi visto no item acima, a respeito dos modos de gestão contratual, há uma série de problemas no controle dos serviços de saneamento básico na França que acabaram por produzir um consenso sobre a indispensabilidade de se melhorar os meios de controle da prestação com a finalidade de retirar do contrato a finalidade de instrumento de regulação para transformá-lo em objeto da regulação.

Para tanto ainda se faz necessária a implementação de formas permanentes de controle, o que, por sua vez, depende da melhora no acesso às informações sobre a gestão dos serviços e sobre o patrimônio a eles vinculado. Isso inclui, por exemplo, a construção de entidades públicas tecnicamente bem equipadas para que sejam capazes de proceder a uma análise cuidadosa dos relatórios apresentados pelos delegatários.

É preciso garantir que os poderes delegantes, muitas vezes pequenas comunas, estejam em posição de superioridade durante os processos de negociação dos contratos, no decorrer da execução e ao fim do ajuste. Nesse sentido, medidas legislativas do poder central e, principalmente, a integração territorial dos serviços, por meio da cooperação intercomunal, são indicadas como sendo aptas a criar um quadro institucional de regulação dos serviços de saneamento básico capaz de aumentar o comando estatal sobre a prestação privada dos serviços.

Existem questões profundas relacionadas à organização dos serviços de saneamento básico, como as necessidades de gestão integrada dos recursos hídricos e a associação territorial e social que não prescindem de uma forte presença do Estado.

A França é um importante paradigma a ser estudado quando se trata do tema saneamento básico, mas não por ser detentora de um modelo perfeito ou quase ideal que deva ser copiado, e sim por ser um *extenso manancial de tentativas, algumas bem sucedidas e outra nem tanto, de controlar e regular a atuação privada nos últimos anos*.¹³⁶ O que se assistiu nesse país é a formação constante e ainda não completa de toda uma estrutura estatal formada por instituições que buscam a integração e a sustentabilidade dos serviços, capazes de converter o contrato de delegação em objeto da regulação, deixando de ser seu único instrumento.

Se na França a decisão pela delegação dos serviços à iniciativa privada adveio como resposta à ausência de recursos financeiros e técnicos para atender as necessidades do mundo contemporâneo, com toda a complexidade das exigências de salubridade pública e da legislação ambiental somada ao crescimento populacional, parece natural que essa pressão dos inevitáveis acontecimentos está ou vai levar os países em desenvolvimento a cogitar da mesma solução. Esse ponto reforça a necessidade de se preparar mecanismos de controle sobre o comportamento oportunista e, nessa seara, é que se deve olhar para a experiência francesa não como uma fórmula pronta e acabada de um sistema que é completamente satisfatório, mas como um tradicional laboratório de erros e acertos.

Inclusive, como sustentáculo do que se afirma, a Comissão Europeia produziu um amplo estudo que demonstra que a prestação privada dos serviços nos países periféricos não foi capaz de melhorar a eficiência da infraestrutura, universalizar o atendimento, desonerar os orçamentos públicos e garantir igualdade social. Esse mesmo documento informa que houve uma concentração de projetos voltados ao abastecimento de água em detrimento de investimentos mais urgentes em coleta, tratamento e disposição dos esgotos.¹³⁷

Na mesma linha, a Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe – CEPAL, órgão das Nações Unidas, que já advogou a participação privada no setor, recentemente produziu análises que demonstram que as reformas regulatórias da década de 1990 que pretendiam fomentar a privatização dos serviços de saneamento básico, de acordo com o “modelo francês”, fracassaram.¹³⁸ Da forma como se deu o processo de prestação privada nos

¹³⁶ CARVALHO, Vinícius Marques. **Op. Cit.** p. 260.

¹³⁷ CASTRO, José Esteban, Final Report. In: **Barriers and Conditions for the Involvement of Private Capital and Enterprise in Water Supply and Sanitation in Latin America and Africa: Seeking Economic, Social, and Environment Sustainability - PRINWASS**. Disponível em: <http://www.prinwass.org/proreports.shtml>. Acesso em 24/03/2016.

¹³⁸ JOURAVLEV, Andrei. Los servicios de agua potable y saneamiento en el umbral del siglo XXI. In: **Recursos Naturales e Infraestructura**, n. 74. Disponível em: <http://www.cepal.org/cgi-bin/getprod.asp?xml=/ilpes/noticias/paginas/2/35692/P35692.xml&xsl=/ilpes/tpl/p18f.xsl&base=/ilpes/tpl/top-bottom.xsl>. Acesso em: 25/03/2016.

países em desenvolvimento não foi possível constatar que as companhias privadas tenham substituído o Estado na busca da universalização dos serviços e ainda contribuíram para intensificar as desigualdades regionais e locais. Tudo isso levou o Banco Mundial a admitir que os atores privados falharam ao não alcançar as camadas mais pobres da população e que seria salutar que as próprias companhias globais de água aceitassem esse fato para que se portassem de outra maneira no futuro.¹³⁹

Diante desse quadro, é possível concluir que a experiência francesa é extremamente válida, mas não para ser importada como arquétipo perfeito e acabado, mas, ao contrário, como um exemplo de que o contrato não deve ser a principal fonte da regulação e controle sobre o prestador dos serviços, devendo se construir uma conjunção de esforços de vários entes públicos visando a formação de um conjunto de normas e de instrumental técnico especializado no controle dos serviços.

6.3 A oportunidade brasileira

Ao contrário de outros setores da infraestrutura, tais como energia elétrica, petróleo, telecomunicações e rodovias, o setor de saneamento básico no Brasil ainda não passou por grandes alterações em sua forma de prestação, tendo sido pouco ou quase nada desestatizado. Com uma organização institucional menos centralizada do que as outras atividades, as iniciativas reformistas do governo federal enfrentaram dificuldades para serem levadas adiante.

Mas as mudanças implementadas em outros setores, com seus erros e acertos, podem ensinar muito sobre como devem ser feitas as alterações no setor de saneamento básico brasileiro, acaso a ideia seja a de seguir o sistema francês e delegar a prestação à iniciativa privada.

Ocorre que, conforme explica Marcelo Bemerguy, as reformas dos setores de infraestrutura no Brasil, *a despeito dos diversos objetivos declarados que as nortearam, acabaram tendo o tempo de sua implementação definido mais pela agenda fiscal do que por*

¹³⁹ **World Bank. World Development Report 2004 : Making Services Work for Poor People.** Washington D.C.: World Bank, 2003. p. 8. Disponível em: <https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/5986>. Acesso em 25/03/2016.

qualquer outro fator.¹⁴⁰ Buscou-se a redução do déficit fiscal, fundamentalmente, por meio de dois expedientes: as privatizações e os cortes com o custeio da gestão pública.

As empresas públicas foram antecipadamente adaptadas para serem compradas pela iniciativa privada, notadamente por meio de programas de incentivo à demissão, o que ocasionou o rápido esvaziamento de uma grande parcela de funcionários com profundo conhecimento técnico, fruto de anos de treinamento e trabalho no setor, deixando o governo sem especialistas no setor objeto da concessão. Ou seja, perdeu-se a capacidade estatal de entender e racionalizar a operação e a fiscalização sobre áreas estratégicas e que demandam grande conhecimento científico.

Nesse cenário, onde o Estado não detinha uma base institucional, tanto legal como humana, para a adequada coordenação de todo o processo, aconteceu de forma bastante acelerada a transição de um modelo baseado no investimento público para outro em que o investimento privado é a regra.

É preciso lembrar, que o Estado brasileiro, em seu processo de desenvolvimento, optou por planejar o avanço de sua infraestrutura por meio de empresas estatais. Os exemplos claros desse processo são a Petrobrás e a Eletrobrás que detinham a incumbência de projetar as políticas públicas para o petróleo e a energia elétrica, respectivamente.

Assim, embora fosse melhor que houvesse na Administração direta toda uma estrutura burocrática especializada na definição das linhas mestras da infraestrutura nacional, conjugando os diversos interesses envolvidos e dimensionando uma política intersetorial, ao menos, havia, ainda que de forma segmentada, um planejamento implementado pelas estatais.¹⁴¹

Ocorre que, no açodado processo de privatização dos anos 1990 e 2000, o governo desprezou a enorme quantidade e capacidade dos quadros técnicos que levaram décadas para serem formados e recrutados pelas empresas estatais. Esse contingente foi incentivado a se aposentar ou deixar a Administração indireta nos planos incentivados de demissão.

Antes e durante esse processo de concessão dos serviços públicos à iniciativa privada não houve a preocupação do governo em atrair esses técnicos para a Administração direta, com vistas a compor equipes com capacidade de conduzir o planejamento estatal nos setores estratégicos em que a prestação estava sendo transferida para a iniciativa privada.

¹⁴⁰ O papel do controle externo na regulação de serviços de infra-estrutura no Brasil. In: **Regulação de serviços públicos e controle externo**. Tribunal de Contas da União. Brasília: TCU, Secretaria de Fiscalização de Desestatização, 2008. p. 83.

¹⁴¹ A criação das empresas estatais foram justificadas como uma maneira de especializar as medidas governamentais necessárias para a implementação de uma infraestrutura nacional.

Todo esse enorme contingente de técnicos altamente capacitados, na verdade os únicos brasileiros com conhecimentos sobre o assunto, foram contratados de maneira temporária e precária pelas novas agências reguladoras e pelas próprias empresas privadas concessionárias de serviços públicos.

O resultado dessa rápida transformação implementada após a decisão repentina da privatização foi muito prejudicial para o setor público, que se viu de mãos atadas na tarefa de formular políticas e diretrizes para os diversos setores. Os ministérios que detinham a competência e, portanto, deveriam desempenhar essa função, não foram capazes de contratar o pessoal necessário e muito menos tiveram tempo hábil para capacitar seus quadros. Por fim, a tarefa coube, ainda que impropriamente, às agências reguladoras que passaram a formular e implementar as políticas e diretrizes.

As agências, portanto, num momento inicial, acumularam grande poder, pois geriam contratos, planejavam a expansão e outorgavam as concessões. Agregue-se a esse ambiente a precariedade das relações de trabalho dos funcionários dessas autarquias, quase todos contratados temporariamente, sem o horizonte de uma carreira dentro do setor público. A perspectiva profissional mais concreta para esse pessoal poderia ser a contratação pelas próprias empresas reguladas.

Um exemplo claro que ocorreu no Brasil deu-se no setor elétrico. Já no governo Collor (1990-1992) se inicia a desestatização da planta de energia elétrica brasileira, com a inclusão de empresas estatais da área no Plano Nacional de Desestatização (PND). Ao cabo desse governo, por conta de demissões ou dispensas incentivadas, já havia uma redução de vinte por cento dos empregados do sistema Eletrobrás. Essa diminuição se deu sem critérios quanto a qualidade e necessidade dos técnicos, levando em conta somente a economia financeira que seria gerada. Em seguida, em 1993, a União abre mão de parcela do controle sobre os preços das tarifas do setor. Em 1995, as gigantes do setor, CHESF, Furnas, Eletronorte e Eletrosul, são incluídas no Programa Nacional de Desestatização.

Não obstante, somente em 1997 a Agência Nacional de Energia Elétrica inicia sua operação, com competência para regular e fiscalizar o setor elétrico brasileiro. Veja-se que a Aneel começa a funcionar em um campo onde já havia contratos de concessão formalizados e com uma reforma já parcialmente implementada e de forma pouco ordenada.

O cenário era uma agência reguladora recém-criada, com o problema dos funcionários com contratados sem estabilidade; um ministério de minas e energia que não recrutou os técnicos indispensáveis para a formulação das políticas públicas e coordenação do setor; regras de difícil compreensão e aplicação e um arranjo institucional problemático. Como

resultado, o ambiente não propiciava a atração de investimentos privados e o desfazimento da estrutura estatal deixou o governo sem meios para implementar a cooperação dos agentes setoriais, coordenar investimentos e impulsionar a expansão do parque elétrico nacional.

Essa desorganização, somada a um período de escassez de chuvas na região das usinas hidroelétricas, ocasionou o risco iminente de corte de energia elétrica em todo o país, um fenômeno que ficou conhecido como apagão.

Era o último ano do governo do presidente Fernando Henrique Cardoso. A crise energética estava ligada principalmente à falta de planejamento no setor e à ausência de investimentos em geração e distribuição de energia. Durante seus dois mandatos, Fernando Henrique Cardoso buscou realizar uma série de medidas de enxugamento da máquina pública, que incluía a privatização de várias empresas estatais. Dentre elas, encontravam-se as empresas de distribuição de energia, essenciais ao planejamento econômico nacional, já que eram necessárias para o funcionamento das indústrias. Além disso, a ausência de linhas de transmissão impediu o governo de manejar a geração de energia de onde havia sobra para locais onde havia falta de eletricidade. De acordo com estimativas do Tribunal de Contas da União, o prejuízo causado pela crise do sistema elétrico foi de R\$ 54,2 bilhões.¹⁴²

Voltando-se novamente ao tema deste trabalho, pode se dizer que a crise hídrica de 2014 no Estado de São Paulo foi também um grande apagão no abastecimento de água da região mais rica e populosa do país. Mas ao contrário do setor elétrico, em relação aos serviços de saneamento básico, ainda se está diante da oportunidade de não se repetir os mesmos erros.

Se, até o momento, as reformas dos setores de infraestrutura no Brasil tiveram seu impulso e seus móveis definidos por crises fiscais do Estado brasileiro e não pela preocupação em solucionar problemas relacionados à prestação dos serviços ou, até mesmo, sua ausência, com vistas à alcançar a universalização de atividades essenciais ao desenvolvimento da nação, no caso do saneamento básico ainda é possível evitar essas falhas, pois dada a dispersão dos prestadores em companhias estaduais e diversos tipos de entidade municipais (sociedades de economia mista, empresas públicas, autarquias, administração direta), com pouquíssimos casos de concessão à iniciativa privada, o ambiente continua propício a uma coordenação sistêmica anterior aos processos de privatização.

¹⁴² Cf. PINTO, Tales Dos Santos. **O apagão energético de 2001**. Brasil Escola. Disponível em <http://brasilecola.uol.com.br/historiab/apagao.htm>. Acesso em 26 de junho de 2016.

6.3.1 Os ensaios brasileiros

No Brasil a discussão a respeito da concessão da prestação dos serviços de saneamento básico de água e esgoto começou nos anos 1990, no mesmo instante em que se deu a privatização de importantes setores de serviços públicos, tais como telefonia e energia elétrica, e ao mesmo tempo em que se começava a estudar e implantar a regulação dos serviços públicos por meio da Administração indireta, pelas chamadas autarquias especiais ou agências reguladoras. O que se pensava para o saneamento básico era o mesmo que se cogitava para os serviços objeto do plano nacional de desestatização, que seria melhor conduzido seguindo as máximas do mercado, com uma produção empresarial. Dessa forma, acreditava-se que estariam resolvidos os problemas ocasionados pela ausência de capacidade estatal de financiamento de políticas públicas, pois os investimentos caberiam ao capital privado e ainda haveria uma melhora da gestão. O setor de saneamento básico deveria ser encarado sob a lógica do mercado, e não mais como área social. Isso significa que o setor deveria se autofinanciar.

Nessa conjuntura, a política anterior de subsídios cruzados deveria ser afastada, sendo que a fatia da população que não pudesse arcar com as tarifas dos serviços receberia ajuda direta do governo que se utilizaria de recursos orçamentários do Estado. A equidade não seria mais utilizada como um dos critérios de definição da política tarifária.¹⁴³

Várias vozes se levantaram contra esse modelo, argumentando que os serviços de saneamento básico fazem parte das funções estatais clássicas, especialmente por estar diretamente ligado com a saúde pública. Mas o que realmente impediu que aquele ideário reformista de década de 90 fosse adiante foi a particularidade da titularidade municipal dos serviços de saneamento básico. A organização institucional descentralizada obstou o avanço das iniciativas da União, além disso, representa uma *dificuldade substantiva de agregação de mercados, que visaria conduzir a uma situação em que o setor pudesse manter e expandir seus serviços com receitas tarifárias próprias, prescindindo de recursos públicos*.¹⁴⁴

De qualquer forma, poucos municípios brasileiros implementaram a concessão da prestação dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário, sendo o caso de Limeira, no interior de São Paulo, e Niterói, no Rio de Janeiro. Esses dois casos foram

¹⁴³ Cf. CARVALHO, Vinícius Marques. **op. cit.** p. 420.

¹⁴⁴ ARAÚJO, Ricardo Guilherme de. **A transição Institucional do Setor de Saneamento e a Questão Metropolitana**. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Filosofia, Ciências Sociais e Letras da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2003. p. 32.

incluídos em uma grande análise elaborada pela PRINWASS¹⁴⁵, a respeito da atuação privada no saneamento básico dos países em desenvolvimento, onde se constatou que em ambas as localidades a dimensão político-institucional foi desprezada, acarretando graves problemas sobre a regulação pública e o controle social. Nessas cidades, organismos municipais que já existiam na estrutura do Município, concebidos com outras finalidades, desprovidos de corpo técnico qualificado, acabaram recebendo competência para exercício de funções regulatórias e fiscalizatórias sobre os serviços de água e esgoto. *Em ambos os casos, além da regulação permanecer restrita ao nível reativo, há riscos fortes de captura do regulador pelo regulado, dada a assimetria de informações e a falta de um controle social mais amplo sobre o setor.*¹⁴⁶

Em Niterói, o relatório final enfatiza a ausência de uma entidade reguladora realmente habilitada, pois não dispunha de pessoal técnico especializado e, pior, não detinha autonomia financeira e decisória para executar corretamente a função.

Fora essa constatação da ausência de preparo técnico e institucional dos dois municípios do sudeste brasileiro, a própria PRINWASS, passando a uma análise geral dos países subdesenvolvidos, consignou, em seu documento último sobre os resultados econômicos e financeiros, que a maioria do financiamento dos serviços provém da cobrança de tarifas da população, mas que os subsídios diretos e os empréstimos estatais tem se tornado um forte componente do financiamento dos serviços. O capital próprio das empresas teria uma função pouco considerável e os financiamentos obtidos apresentam pouca informação na forma como serão utilizados. Além disso, os investimentos previstos no contrato de concessão não são completados, preponderando novas negociações para diminuir os acordos iniciais de investimento ou para deslocar a responsabilidade para a Administração Pública. Essas questões levantadas deixam claro que a privatização, sem gestão pública, controle social e regulação eficiente, não atenua os gastos públicos e libera as finanças do governo para investimentos em outras áreas. O documento revelou que os subsídios estatais são altíssimos e os investimentos totalmente privados são muito baixos, correspondendo a *apenas 2,6% dos recursos empregados no setor.*¹⁴⁷

Somem-se ainda dois problemas ocasionados pela participação privada em um ambiente sem uma regulação eficiente: o sucateamento da estrutura física utilizada pela concessão e a ausência de empenho em diminuição do consumo de água. O que tem prevalecido, ao invés da renovação das estruturas, é a atenção ao setor comercial dos serviços,

¹⁴⁵ CASTRO, José Esteban. **op. cit.**

¹⁴⁶ Ibid. p. 253.

¹⁴⁷ CASTRO, José Esteban. **op. cit.** p. 52

com melhoras, por exemplo, na atividade de cobrança das tarifas. Sobre o consumo de água, esse bem natural ainda é visto pelas empresas como uma mercadoria, fonte de renda, onde a conscientização do usuário ou o implemento de novas tecnologias que reduzam o uso da água pode acarretar diminuição do valor arrecadado com as tarifas.

De acordo com o citado estudo, também é muito comum encontrar o sistema de tratamento de esgoto - que no momento da concessão inexistia ou é pouco eficiente, o que exige altos investimentos para sua plena operação - absolutamente negligenciado pelas companhias privadas. Nos casos analisados, verificou-se que a iniciativa privada ficava com o lucrativo e, em geral, já instalado, serviço de abastecimento de água, enquanto o Poder Público acabava realizando os investimentos necessários em coleta e tratamento de esgoto.

Como se vê, o problema não está na forma como se dará a prestação dos serviços, mas na necessidade de criação prévia de um ambiente institucional regulatório, que bem estabeleça as bases para a concessão dos serviços e funcione durante o contrato de concessão. A preocupação do ente concedente deve ser encontrar um agente privado que seja capaz de prestar serviços com qualidade, mas ao mesmo tempo universalizar o abastecimento de água e a coleta e tratamento de esgotos no Município. O contrato de concessão, sozinho, jamais será suficiente para garantir que a participação privada progrida de forma coerente com a busca desse objetivo.

Nesse sentido, antes de se pensar em participação privada nos serviços de saneamento básico, é necessário resolver a complicada equação resultante da titularidade municipal e da sustentabilidade territorial, ambiental e social, imposta por estas atividades. Por isso é importante a existência de uma agência regulatória, de âmbito regional, financeiramente e tecnicamente equipada, com capacidade de proceder a ordenação desses fatores, expedindo regulamentos e fiscalizando sua fiel execução.

6.3.2 Preparação para a privatização

Nesse cenário, em que não se advoga a concessão dos serviços de saneamento básico à iniciativa privada como forma de solução dos diversos problemas expostos, mas também não se pretende estabelecer *a priori* um modelo ideal para a prestação dessas atividades, mas sim diversas opções que devem ser colocadas à disposição dos gestores públicos para que, considerando as particularidades locais e regionais, seja possível a opção pelo melhor sistema. O importante é enfatizar que, quer seja por meio da prestação direta, indireta (autarquias, sociedades de economia mista ou empresas públicas) ou por intermédio da concessão à

iniciativa privada, é indispensável que exista uma estrutura técnica capaz de planejar e fiscalizar tanto a prestação ordinária dos serviços como a breve implementação do fim maior, qual seja, a universalização do abastecimento de água potável e a coleta e tratamento do esgoto.

Portanto, o que aqui se pretende demonstrar é que acaso um Município opte pela concessão da prestação de seus serviços públicos de água e esgoto à iniciativa privada, não o faça sem antes criar as condições para uma boa formulação e implementação das políticas públicas para essa área.

Tanto o “modelo” francês de saneamento básico, quanto os erros cometidos durante o processo de privatização de outros setores no Brasil, são capazes de fornecer importantes lições do que não fazer e do que precisa ser feito antes da concessão e, no caso dos serviços de saneamento básico, o Brasil está diante de não cometer os mesmos erros, principalmente após o advento das Leis nº 11.445, de 2007, e 11.107, de 2005. A observância da primeira lei deixa claro que a meta é a universalização dos serviços e o respeito ao meio ambiente; a segunda possibilita integrar a regulação e a gestão dos serviços antes do nascimento dos grandes grupos empresariais.

Somente reguladores independentes, tecnicamente capazes e sem assimetrias de informação, têm os instrumentos e a agilidade necessária para equacionar os interesses, posto que, ordinariamente, em nome desse equilíbrio, interesses são contrariados, inclusive desejos do próprio governo. Para que o sistema funcione de acordo com os interesses da cidadania, os reguladores precisam estar protegidos por salvaguardas institucionais que lhes permitam agir em nome do bem comum, a despeito das expectativas que venham a ser frustradas.

Às agências reguladoras cabe a implementação das políticas regionais e municipais e as diretrizes previstas na Lei Federal nº 11445, de 2007. Ou seja, o ato regulatório deve ter por objetivo consubstanciar uma política pública setorial já delineada. Após, compete a mesma agência fiscalizar a observância das medidas escolhidas para alcançar os princípios legais.

Não se deve prescindir, também, das audiências públicas, assim entendidas como sendo o ambiente propício para a exposição de conflitos entre os usuários dos serviços, os prestadores e os entes políticos formuladores das políticas públicas.

Por fim, o controle social direto também exerce pressão sobre os reguladores. Essa dimensão de controle talvez seja a mais relevante e complexa de todas, nessa nova visão dos serviços públicos preconizada para o século XXI.

Mas é exatamente na formação de consórcios públicos intermunicipais que se acredita estar a solução para o problema do saneamento básico brasileiro. A união dos municípios da mesma bacia hidrográfica ou região, para a formação de entidades públicas institucionalmente fortes e detentoras de um corpo técnico bem remunerado, com garantias de estabilidade no emprego e extremamente capacitado para formular e fiscalizar a implementação das políticas públicas necessárias para o setor, é a resposta, no campo operacional, de como se alcançar a universalização do saneamento básico

Veja-se, a forma como se dará a prestação é uma escolha que deve ser feita posteriormente e absolutamente de acordo com os estudos técnicos elaborados por aquelas entidades. Somente dessa forma haverá respeito com as particularidades regionais e com o verdadeiro interesse da população em ter um serviço de qualidade por um preço que seja capaz de atender a todos. Com a existência desses órgãos especializados no planejamento, regulação e fiscalização dos serviços, não importa se a prestação será feita pelo Poder Público ou por um agente privado, pois o que fundamentou a decisão foi o melhor interesse da população envolvida, assim considerado o respeito ao meio ambiente, a universalização do acesso, a adoção de métodos, técnicas e processos que considerem as peculiaridades locais e regionais, a articulação com as políticas de desenvolvimento urbano e regional, e a eficiência e sustentabilidade econômica.

Não se pode pautar uma importante decisão como essa, que impactará em contratos de concessão com duração de vinte, trinta anos, em escolhas meramente políticas do governante da ocasião ou também em concessões realizadas para arrecadar dinheiro para resolver problemas fiscais. A decisão precisa ser tomada com base somente em critério técnicos, buscando-se a melhor solução possível.

Além disso, feita a opção pela privatização é indispensável que já exista um organismo estatal capaz de prosseguir com o planejamento e outro com a regulação e fiscalização dos serviços concedidos.

A única maneira, para a imensa maioria dos municípios brasileiros, conseguirem reunir condições financeiras para constituir esses entes é se consorciarem entre si ou com os estados e devem fazê-los aproveitando os técnicos com conhecimento no assunto, antes que os percam para a iniciativa privada.

Lembre-se, como se viu, que esse modelo de consórcios é hoje apontado pela França como uma das melhores formas de se evitar a primazia dos interesses privados e a captura do regulador pelo regulado. Mas, nesse ponto, o Brasil tem uma grande vantagem: a

possibilidade de implementar consórcios públicos robustos, estáveis e eficazes para gestão e regulação dos serviços, antes do nascimento dos grandes grupos empresariais.

6.4 Conclusão do capítulo

A partir da análise dos estudos realizados na França, nos países em desenvolvimento, e, em especial, no Brasil, mostrou-se claro que a participação privada só pode contribuir para a universalização dos serviços de saneamento básico em um ambiente com forte presença institucional do Estado.

Se em países altamente desenvolvidos, como é o caso da França, a participação privada demonstrou apresentar limites e a necessidade de constante e bem aparelhada fiscalização estatal, em um país como o Brasil, onde se apresenta uma relação direta entre desigualdade social e espacial e ausência de saneamento básico, às políticas públicas para o setor precisam estar muito bem estabelecidas para recepcionar adequadamente o capital privado na tentativa incessante de coadunar o lucro do particular com a universalização dos serviços e a adequada prestação.

Foi visto também que, no caso do saneamento básico, há toda uma questão ambiental, territorial e política (titularidade) envolvida, o que ocasiona uma relação um tanto quanto diferente dos demais serviços públicos concedidos aos particulares. Há a necessidade da inclusão de novas instâncias de planejamento, controle e fiscalização na relação entre titular e prestador de serviços, sendo que ao mesmo tempo que se cuida de um núcleo de titularidade muito menor (Município), tem-se a necessidade de pensar o serviço, no mínimo, no espectro da bacia hidrográfica.

Essas condições, ressaltam a importância da gestão eficiente e fiscalização contundente dos serviços de saneamento básico por parte do Estado, fazendo com que a participação privada seja compatibilizada com o planejamento estatal, a articulação federativa e a sustentabilidade ambiental e social dos serviços.

Importante consignar os avanços introduzidos pela Lei Federal nº 11.445, de 2007, que, ao enfatizar o caráter de direito fundamental do saneamento básico, exigir a universalização dos serviços, incentivar a participação social, impor que cada Município tenha um plano de saneamento básico, normatizar as diretrizes nacionais para o setor e criar um ambiente propício para a regulação e regionalização dos serviços, estabeleceu os alicerces para que, caso se opte pela prestação privada, essa se dê com a observância de premissas que

assegurem uma integração entre o Estado e o particular com vistas ao respeito ao meio ambiente e a superação do subdesenvolvimento.

Nesse cenário, somente um processo de regionalização, com coordenação do sistema através de um consórcio público entre os entes estatais envolvidos, seria capaz de garantir as diretrizes, metas e exigências, que precisam ser estabelecidas antes da concessão da prestação dos serviços à iniciativa privada. Igualmente, a criação de uma agência reguladora, de âmbito regional, com independência financeira, controle social e alta capacidade técnica, parece ser a melhor solução para editar as normas regulamentares e fiscalizar o desempenho das empresas privadas que passem a operar no setor.

7 OS CONSÓRCIOS PÚBLICOS NA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS DE SANEAMENTO BÁSICO

7.1 Introdução

A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 1891, já facultava aos Estados celebrar entre si ajustes e convenções (artigo 65, 1º). A Constituição de 1934 previa que a União e os Estados formassem acordos para execução de serviços de competência uns dos outros (artigos 5º, §1º, e 7º, parágrafo único). Dispositivos repetidos pela Constituição de 1937 (art. 22), que também inovou ao prever que os *Municípios da mesma região podem agrupar-se para a instalação, exploração e administração de serviços públicos comuns. O agrupamento, assim constituído, será dotado de personalidade jurídica limitada a seus fins* (artigo 29). A Carta de 1946 se refere novamente aos ajustes entre a União e os Estados para a prestação de serviços que seriam atribuição de um ou de outro; e a Constituição de 1967 volta a mencionar os Municípios, com a novidade da inclusão da indispensável aquiescência dos respectivos legislativos, dessa forma: *os Municípios poderão celebrar convênios para a realização de obras ou exploração de serviços públicos de interesse comum, cuja execução ficará dependendo de aprovação das respectivas Câmaras Municipais* (artigo 16, § 4º).

Todos os dispositivos são reflexos da cooperação federativa, própria do regime federativo, onde os entes devem agir de maneira harmônica e a gestão associada de serviços públicos significa um importante instrumento dessa cooperação e reflete a preocupação em melhorar a prestação estatal.

Hoje, o Direito Administrativo pauta-se pela busca de uma atuação consensual, a junção de interesses comuns, onde a Administração Pública se afasta daquela postura meramente impositiva e passa a favorecer o consenso na busca do interesse público. Na moderna Administração Pública consensual releva-se a associação entre entes estatais para a prestação de serviços públicos, tendo como exemplo os consórcios formados pelos Municípios.

Nessa linha, a Carta de 1988 autoriza, em seu artigo 23, parágrafo único, a edição de *normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional*. Significando, para o ordenamento jurídico atual, a primeira forma genérica de previsão de gestão associada de serviços comuns aos três entes federativos.

Com o mesmo desiderato, logo adiante, o artigo 25, § 3º, da Constituição Brasileira, faculta aos Estados o poder de instituir, mediante lei complementar, regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, constituídas por agrupamentos de municípios limítrofes, para integrar a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum.

Por último, fruto da Reforma Administrativa do Estado, constitucionalizada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998, tem-se o artigo 241, com a seguinte redação:

A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de lei os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos.

Os consórcios públicos podem ser uma maneira de tratar questões afetas a serviços públicos essenciais e atingir o objetivo constitucional da redução das desigualdades sociais e regionais que assolam o Brasil e obstem o possível e merecido progresso.

Na forma que foram pensados pelo constituinte reformador e pelo legislador que regulou a questão, os consórcios públicos significam um excelente meio para o alcance dos propósitos da moderna administração consensual. A administração consensual, na visão de Alice Gonzalez Borges, representa

uma tendência que se desenvolve universalmente, para o estabelecimento de amplas negociações, antes que imposições, com vista ao estabelecimento de uma colaboração entre as Administrações Públicas e entidades privadas, mediante acordos e parcerias, ou até mesmo de uma estreita cooperação entre as próprias pessoas de direito público de diferentes esferas, dentro do moderno fenômeno da utilização da técnica contratual para a gestão interna dos serviços públicos, a que se chama, na doutrina, de “era da contratualização da Administração Pública”.¹⁴⁸

Fora isso, os consórcios públicos consubstanciam as convicções apregoadas por notórios constitucionalistas brasileiros, do jaez de Paulo Bonavides e Raul Machado Horta, da necessidade da construção de um federalismo regional cooperativo, capaz de congregiar os entes federados na busca de objetivos que lhe são comuns, diminuindo as diferenças sociais e locais.

No ano de 2005, foi promulgada a Lei Federal nº 11.107, que dispõe sobre normas gerais para a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios contratarem consórcios

¹⁴⁸ Consórcios Públicos – Problemática de sua Institucionalização. In: **Boletim de Licitações e Contratos**. Maio de 2010. São Paulo: NDJ. p. 458.

públicos para a realização de objetivos de interesse comum, sendo que antes desse diploma legal cabia à doutrina determinar a descrição dos consórcios públicos.

Para os especialistas, os convênios administrativos e os consórcios públicos, espécies de atos administrativos complexos, eram caracterizados pela busca de interesses comuns dos partícipes. Tratava-se de cooperação associativa em que a liberdade de ingresso e retirada era um traço característico, sendo vedada cláusula de permanência.¹⁴⁹

O convênio, na precisa definição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *é um dos instrumentos de que o Poder Público se utiliza tradicionalmente para associar-se quer com outras entidades públicas quer com entidades privadas*.¹⁵⁰

Antes da Lei 11.107, de 2005, os convênios e os consórcios eram considerados meros acordos de vontade, sendo o consórcio utilizado nos casos em que os entes consorciados eram do mesmo nível (ex: entre Municípios) e o convênio quando se tratava de entidades de níveis diferentes (um Estado com um de seus Municípios, por exemplo). Além disso, a maioria dos doutrinadores apontava as seguintes especificidades dos consórcios públicos: a) não era necessária a personalização do consórcio; b) tinha natureza de ajuste não contratual; c) a implementação não dependia de autorização legal específica, mas apenas da vontade do Executivo.

A Lei nº 11.107, de 2005, cambiou a natureza jurídica do instituto, pois estipulou, no artigo 6º, que *o consórcio público adquirirá personalidade jurídica: I – de direito público, no caso de constituir associação pública, mediante a vigência das leis de ratificação do protocolo de intenções; II – de direito privado, mediante o atendimento dos requisitos da legislação civil*. Não interessa ao presente trabalho tecer grandes considerações a respeito das diferenças entre uma e outra modalidade, sendo que, mesmo que tenha personalidade jurídica de direito privado não poderá se afastar das normas de direito público concernentes à necessidade de licitar seus contratos, controle pelo Tribunal de Contas e admissão de pessoal por meio de concurso público, sendo que estes serão regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho – CLT e não por estatuto próprio dos servidores públicos.

Além disso, a adoção da personalidade jurídica de direito privado foi deveras desestimulada, podendo se dizer que se tornou impraticável, após a edição do Decreto Federal nº 6.017, de 2007, que estabeleceu normas para a execução da Lei nº 11.107, de 2005, pois seu artigo 39, consignou que *a partir de 1º de janeiro de 2008 a União somente celebrará convênios com consórcios públicos constituídos sob a forma de associação pública ou que*

¹⁴⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 359.

¹⁵⁰ **Parcerias na Administração Pública**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 237.

para essa forma tenham se convertido. Por óbvio que nenhum consórcio vai se dar ao luxo de abrir mão do recebimento de recursos financeiros federais somente para adotar uma personalidade jurídica de direito privado que não lhe traz nenhuma vantagem.

Se o consórcio público é instituído para a realização de serviço público. Por que, então, se lhe atribuiria personalidade jurídica de direito privado? E pior, sujeita ao regime de direito público para algumas situações definidas legalmente?

Mas não é só. O consórcio que pretenda realizar as atividades de fiscalização e regulação deverá, obrigatoriamente, adquirir personalidade jurídica de direito público, pois essas atividades são indelegáveis a pessoas jurídicas de direito privado.

Por essas razões e considerando que a maioria dos consórcios existentes possuem natureza jurídica de direito público, essa dissertação se preocupará apenas com essa forma daqui em diante.

Prosseguindo, percebe-se que, de acordo com o § 1º, do artigo 6º, *o consórcio público com personalidade jurídica de direito público integra a administração indireta de todos os entes da Federação consorciados.* Como não poderia deixar de ser, vez que todos os entes formados pelo Poder Público para executar atividades administrativas do Estado precisam integrar a Administração Pública direta ou indireta, dependendo, apenas, se não irá possuir personalidade jurídica própria ou a terá.

O consórcio público nada mais faz do que constituir uma nova espécie de entidade da administração indireta de todos os entes federados que dele participarem, podendo ser conceituado como associações concebidas e integradas por pessoas jurídicas políticas (União, Estados, Distrito Federal ou Municípios), com personalidade de direito público ou de direito privado, após indispensável autorização legislativa, para a gestão combinada de serviços públicos.

No direito comparado os consórcios públicos são uma antiga realidade, devendo ser lembrados *os groupements d'intérêt public*, da França, as associações de municípios de Portugal, os *consorzi* italianos, *as mancomunidades*¹⁵¹ e os *convenios entre Administraciones* espanholas e as *zweckverbände* alemãs.

Contudo, o aspecto incomum da federação brasileira em que os Municípios constituem unidades federadas com autonomia política, organizacional e administrativa, obrigou a instituição de regras singulares, embora necessárias, para a constituição de consórcios

¹⁵¹ Apenas para exemplificar, as mancomunidades espanholas constituem uma experiência bastante disseminada nesse sentido. Atualmente, de acordo com a base de dados de registros de entidades locais, são 1.022 mancomunidades. Fonte: Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas. Disponível em: http://www.ub.edu/geocrit/araene/araene-176.htm#_edn2. Acesso em 10 de maio de 2016.

públicos no Brasil, o que acabou sendo responsável pelo seu desenvolvimento tardio e, ainda hoje, tornam um tanto quando dificultosa sua celebração. São exemplos dessas dificuldades a manutenção da igualdade jurídica entre os entes partícipes; a necessidade de aprovação pelo Poder Legislativo de cada ente participante de sua entrada no consórcio e a participação efetiva de todos os entes consorciados nas decisões a serem tomadas, por meio de uma assembleia consorcial. São todas medidas democráticas e necessárias para conformarem os consórcios com o ordenamento jurídico-constitucional, mas que sem dúvida trazem maiores percalços para a cooperação interfederativa nacional do que as enfrentadas por outros países.

7.2 Estabelecimento de relações de cooperação federativa

Sabendo-se que o consórcio público nada mais é do que uma pessoa jurídica formada exclusivamente por entes da Federação, na forma da Lei nº 11.107, de 2005, para estabelecer relações de cooperação federativa, inclusive a realização de objetivos de interesse comum, constituída como associação pública, com personalidade jurídica de direito público e natureza autárquica, é preciso investigar como se dá a constituição de um consórcio, com observância das regras do citado diploma legal e de seu decreto regulamentador (Decreto nº 6017, de 2007).

Pois bem, a Lei nº 11.107, de 2005, definiu o consórcio público como sendo um contrato, ao estatuir, em seu artigo 3º, que *o consórcio público será constituído por contrato cuja celebração dependerá de prévia subscrição de protocolo de intenções*. Consagrou-se a doutrina que prega que os contratos, além de regular interesses antagônicos, conforme a teoria contratual clássica, são capazes de compor interesses convergentes, ocasião em que se denominam *contratos de comunhão de escopo*.¹⁵²

Como novidade, a Lei dos Consórcios Públicos exige que os entes federados que queiram se consorciar criem uma pessoa jurídica, de direito público ou privado, para gerenciar o consórcio. A norma que estabeleceu a obrigatoriedade encontra-se logo no artigo 1º, § 1º, com o seguinte texto: *o consórcio público constituirá associação pública ou pessoa jurídica de direito privado*.

Essas modalidades foram, em seguida, tratadas pelo artigo 6º, dessa forma: *O consórcio público adquirirá personalidade jurídica: I – de direito público, no caso de*

¹⁵² OLIVEIRA, Rafael Carvalho. Os consórcios públicos da Lei nº 11.107/2005 e suas polêmicas. In: **Boletim de Direito Administrativo**. Maio de 2012. São Paulo: Editora NDJ. p. 545.

constituir associação pública, mediante a vigência das leis de ratificação do protocolo de intenções; II – de direito privado, mediante o atendimento dos requisitos da legislação civil.

A primeira opção constituirá a maioria dos consórcios públicos (pela já mencionada vedação do artigo 39 do Decreto nº 6017/07), e fará parte da Administração indireta de todos os entes consorciados, nos termos do § 1º, do mesmo artigo 6º.

De fato, tudo indica, e até aconselha para que se mantenha uma coerência sistêmica, que essas associações públicas integrem o formato das autarquias, pelos seguintes fundamentos: 1º) a Constituição da República ao cuidar das entidades integrantes da Administração indireta, em seu artigo 37, inciso XIX, elencou como espécies, apenas, a autarquia, a empresa pública, a sociedade de economia mista e a fundação pública, não sendo possível prescindir do adequado encaixe de novos institutos em uma dessas quatro classes; 2º) tanto autarquias quanto associações públicas preservam os mesmos atributos, sendo pessoas jurídicas de direito público, criadas por lei, para exercer atividades não econômicas e integrar a Administração indireta; e 3º) a Lei nº 11.107, de 2005, alterou o artigo 41 do Código Civil para incluir as associações públicas como sendo autarquias.

Mas se se trata de uma autarquia, com as mesmas características, por que então o legislador escolheu para elas um novo nome? O fez porque elas ostentam uma diferença fundamental: integram a Administração indireta de todos os entes que a criaram. Por isso a associação pública nada mais é do que uma autarquia plurifederativa, multifederativa, interfederativa ou plurisubjetiva.

Desse ponto em diante, é preciso fixar o momento em que se dá a criação dessa modalidade de autarquia, associação pública, pois o artigo 6º, inciso I, da Lei de Consórcios, estabeleceu que ela nasceria mediante a vigência das leis de ratificação do protocolo de intenções, contudo, as leis não vão ser aprovadas no mesmo instante.

A tarefa de estabelecer a data em que a associação pública adquire personalidade jurídica coube à doutrina que formulou duas teorias: a primeira, calcada em uma interpretação do artigo 5º, § 1º, da Lei 11.107/2005, defende que a personalidade jurídica se adquire mediante a vigência de parcela das leis de ratificação, desde que previsto no protocolo de intenções o número mínimo de entes subscritores com leis aprovadas em suas casas legislativas¹⁵³; a segunda defende que o mais correto seria que todas as leis que aprovam o protocolo de intenções contivessem uma cláusula de vigência a partir de uma mesma determinada data, dando tempo para que todos os entes signatários aprovassem suas leis. O

¹⁵³ Cf. MEDAUAR, Odete. OLIVEIRA; Gustavo Justino de. **Consórcios Públicos: comentários à Lei nº 11.107/05**. São Paulo:RT, 2006. p. 75.

problema dessa corrente é que, mesmo assim, poderia ocorrer atrasos na aprovação, ou, até mesmo, a rejeição do projeto de lei pelo Poder Legislativo de um dos entes, nestes casos a aquisição da personalidade jurídica da associação teria que aguardar a vigência da última lei de ratificação do protocolo de intenções.¹⁵⁴

Feitas estas breves considerações acerca do início da personalidade jurídica, verifica-se a partir da Lei nº 11.107, de 2005, o procedimento legal para formalização do consórcio. A primeira atividade indispensável para o nascimento do consórcio público é a assinatura do protocolo de intenções, que exprimi uma espécie de minuta do contrato de consórcio que está por vir (artigo 3º).

Em continuação, o protocolo de intenções precisará ser ratificado, aprovado por lei de cada ente que pretende se consorciar (artigo 5º, inciso I).

Com a aprovação do protocolo, ato contínuo será celebrado o contrato de consórcio (artigo 3º) e criada a pessoa jurídica.

Mas, além do contrato de consórcio, a Lei nº 11.107, de 2005, trouxe previsão dos denominados contratos de rateio e de programa.

O contrato de rateio é o meio para que os entes consorciados repassem recursos públicos necessários ao funcionamento do consórcio (artigo 8º), sendo formalizado em cada exercício financeiro e tendo prazo de vigência não superior ao das dotações que o suportam, com exceção dos contratos que tenham por objeto exclusivamente projetos consistentes em programas e ações contemplados em plano plurianual ou a gestão associada de serviços públicos custeados por tarifas ou outros preços públicos. Interessante notar que os entes consorciados, isolados ou em conjunto, bem como o consórcio público, são partes legítimas para exigir o cumprimento das obrigações previstas no contrato de rateio. Ainda, nos casos em que o ente consorciado não consignar em sua lei orçamentária ou em créditos adicionais as dotações suficientes para suportar as despesas assumidas por meio de contrato de rateio, poderá, após prévia suspensão, ser excluído do consórcio público (§§ 3º e 5º).

Outro ponto da Lei Federal nº 11.107, de 2005, que precisa ser corretamente interpretado é o artigo 9º, parágrafo único, que diz:

O consórcio público está sujeito à fiscalização contábil, operacional e patrimonial pelo Tribunal de Contas competente para apreciar as contas do Chefe do Poder Executivo representante legal do consórcio, inclusive quanto à legalidade, legitimidade e economicidade das despesas, atos, contratos e renúncia de receitas, sem prejuízo do controle externo a ser exercido em razão de cada um dos contratos de rateio.

¹⁵⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Consórcios públicos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 31.

Veja-se que um entendimento literal, dissociado do ordenamento jurídico constitucional poderia fazer crer que, apenas, o Tribunal de Contas imbuído de competência para verificar as contas do Chefe do Poder Executivo que estivesse na representação do consórcio iria deter atribuição para fiscalizar o consórcio público. O mote do legislador foi evitar a repetição de controles por tribunais diferentes. Contudo, pensar dessa maneira tornaria o dispositivo inconstitucional por afronta ao artigo 70, *caput*, e parágrafo único, da Constituição da República. Por isso, autores de proeminência como Di Pietro sustentam que o artigo em comento

não tem e não pode ter o condão de afastar o controle efetuado pelo Tribunal de Contas competente para apreciar as contas dos demais entes federativos partícipes do consórcio, sob pena de infringência às normas constitucionais sobre fiscalização pelo Poder Legislativo, com o auxílio do Tribunal de Contas.¹⁵⁵

Por sua vez, o contrato de programa, tal qual previsto pelo artigo 13 da Lei nº 11.107, de 2005, é o instrumento pelo qual se constituem e se regulamentam as obrigações que um ente da Federação acordar com o consórcio público no âmbito de gestão associada em que haja a prestação de serviços públicos ou a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal ou de bens necessários à continuidade dos serviços transferidos.

Importante previsão legal é a proibição do contrato de programa atribuir ao contratado o exercício dos poderes de planejamento, regulação e fiscalização dos serviços por ele próprio prestados (artigo 13, § 4º, da Lei 11.107/2005). Essa vedação legislativa vem de encontro aos anseios da doutrina de que tais atividades não se concentrem nas competências do próprio prestador dos serviços, pois isso tornaria tais funções inócuas, tal como já bem debatido nos itens desse trabalho que apresentaram a regulação dos serviços de saneamento básico, aos quais se remete o leitor.

A Lei dos Consórcios Públicos cuidou, ainda, de alterar diversos dispositivos da lei de licitações e contratos administrativos e a acrescentar algumas previsões à lei de improbidade administrativa.

Com relação aos procedimentos prévios de contratação administrativa de obras, serviços e compras, a Lei 8.666, de 1993, foi alterada para que o consórcio público recebesse tratamento diferenciado e mais favorável. Além de aumentar os limites das modalidades licitatórias e de dispensa de licitação (artigos 23, § 8º e 24, parágrafo único, incisos I e II, da Lei 8666/93), foi prevista uma nova hipótese de dispensa de licitação, para a celebração de

¹⁵⁵ **Op. cit.** 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 251.

contrato de programa entre o consórcio e o ente da Federação ou com entidade da Administração indireta (artigo 24, inciso XXVI, da Lei 8.666/93).

Outrossim, o artigo 112 da Lei 8.666/93 foi modificado para permitir a realização de licitação compartilhada, é dizer, o consórcio público realiza uma só licitação, mas a partir dela contratos serão celebrados pelos entes consorciados. O objetivo é garantir a economia de recursos públicos a partir do ganho de escala proporcionado pelos quantitativos maiores que serão concentrados em um único edital de licitação.

Em contrapartida a tais vantagens, a Lei de Consórcios Públicos exige seriedade em sua utilização, alterando a Lei de Improbidade Administrativa para dispor expressamente que celebrar contrato ou outro instrumento que tenha por objeto a prestação de serviços públicos por meio da gestão associada sem observar as formalidades previstas na lei, constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário (artigo 10, inciso XIV, da Lei 8429/92).

7.3 Prestação dos serviços de saneamento básico por consórcios públicos

A grande maioria dos consórcios públicos intermunicipais que existem no Brasil são direcionados para os serviços de saúde e para o abastecimento de água potável, esgotamento sanitário ou manejo de resíduos sólidos.

Nessa seara, a Lei de Saneamento Básico estabeleceu forte ligação com a legislação de consórcios públicos, prevendo que a gestão pode ser associada por meio da reunião voluntária de entes federados, por convênio de cooperação ou consórcio público, conforme disposto no art. 241 da Constituição Federal (artigo 3º, inciso II) ou ainda que seria admitida a delegação da prestação dos serviços de saneamento básico aos consórcios públicos (artigo 8º).

Certamente o consórcio público é a melhor forma para o desenvolvimento das atividades de organização, regulação, fiscalização e a prestação de serviços públicos submetidos ao regime de gestão associada.

Existem vários benefícios em se optar pela formação de um consórcio público para a prestação de serviços de saneamento básico. A implementação da gestão associada por intermédio de um consórcio público ocasiona o surgimento de toda uma estrutura apta a atender aos desafios da universalidade e da sustentabilidade econômica, financeira e ambiental, sendo importante também para facilitar a alocação de investimentos nas ações de saneamento, inclusive nas localidades de baixa renda.

Como exemplo do que se afirma tem-se a implantação do Consórcio Regional de Saneamento do Sul do Piauí (Coresa Sul do PI), projeto modelo na instituição de consórcios

públicos com a participação de recursos federais no setor de saneamento básico. A estruturação desse consórcio pode ser vista como uma experiência bem planejada de política pública, vez que se cuidou de um modelo idealizado pelo governo federal e com um grande empenho dos envolvidos em detectar e corrigir os problemas que foram surgindo ao longo de sua implementação. O Coresa Sul do PI foi pensando para ser um paradigma de melhoria na gestão pública do saneamento básico para regiões menos favorecidas economicamente, significando um modelo de parceria entre os serviços de saneamento, devendo servir como forma de estudo e multiplicação desse padrão em outras localidades.

Conforme explica Cassiana Montesião de Sousa¹⁵⁶, é imprescindível perceber que os trinta municípios que formam o Consórcio Regional de Saneamento do Sul do Estado do Piauí apresentam realidades políticas, geográficas, sociais e econômicas desfavoráveis, constituindo, como outras várias localidades semelhantes do Brasil, um desafio à universalização dos sistemas de saneamento básico. Se cuidou de cidades pequenas, integradas por população de baixa renda, com enormes dificuldades em garantir os serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário, cujas prefeituras têm grande necessidade dos recursos oriundos de outras esferas de poder para implementar o atendimento de seus munícipes.

Essa organização da prestação dos serviços públicos de saneamento básico em parceria é a forma mais apta para atender a exigência constitucional de eficiência nas políticas públicas, assim entendida como a indução da capacidade de investimento e financiamento, igualmente preocupando-se com os requisitos de qualidade dos serviços disponibilizados, com as realidades geográficas próprias, sempre atentando a conjuntura econômica dos cidadãos que precisam acessar os serviços prestados. Dessa maneira, não se vislumbra somente a sustentabilidade econômico-financeira dos serviços, haja vista que esta não pode se tornar um fim em si mesmo, mas a necessidade de universalização dos serviços de saneamento básico em todo o Brasil, impulsionando o desenvolvimento das regiões mais pobres. Se hoje os componentes dessas localidades não podem pagar pelo abastecimento de água e o esgotamento sanitário, no futuro, após a implementação de políticas públicas, essas mesmas pessoas poderão ser capazes de arcar com tarifas adequadas, haja vista o progresso gerado pela infraestrutura adequada.

¹⁵⁶ **A organização da política tarifária expressa no modelo de consórcio público de prestação de serviços de saneamento: o caso do Coresa Sul do PI.** Dissertação. Mestrado em Administração. Universidade de Brasília. Brasília, 2008. p. 15-16.

Retomando o aspecto legal, a Lei nº 11.445, de 2007, autoriza os entes da Federação, isoladamente ou reunidos em consórcios públicos, a instituir fundos, aos quais poderão ser destinadas parcelas das receitas dos serviços, com a finalidade de custear a universalização dos serviços públicos de saneamento básico (artigo 13). Esses recursos dos fundos também poderão ser utilizados como fontes ou garantias em operações de crédito para financiamento dos investimentos necessários à universalização (artigo 13, parágrafo único).

É importante que se diga que a Lei nº 11.445, de 2007, não se preocupou somente com as diretrizes nacionais para os serviços de saneamento básico, mas foi além e cuidou da política federal para o setor, estimulando em diversos artigos a cooperação federativa. Inclusive, determinou que a União tivesse como diretriz estimular à implementação de infraestruturas e serviços comuns a Municípios, mediante mecanismos de cooperação entre entes federados (artigo 48, inciso XI).

Nessa seara, o Decreto nº 7.271, de 2010, que regulamentou a lei de saneamento básico, em seu artigo 56, autoriza a União a transferir recursos não onerosos (não exigem pagamento posterior, apenas contrapartidas por quem os recebe) para consórcios públicos de que façam parte Municípios, para utilização na subvenção de atividades de saneamento básico.

Mas a importância dos consórcios não para por aí. De acordo com a Lei nº 11.445, de 2007, para prestar os serviços de saneamento básico o titular do serviço deve: (1) conceber a política pública de saneamento básico; (2) arquitetar um plano de saneamento básico; (3) criar uma legislação de regulação dos serviços; (4) estabelecer quem será a entidade reguladora e fiscalizadora dos serviços; (5) implementar uma entidade de regulação e fiscalização; (6) implantar sistemas que viabilizem o controle social.

Então, o ente da Federação que possua por competência a prestação de serviço público de saneamento básico, precisa: planejar todas as atividades atinentes à identificação, qualificação, quantificação, organização e orientação de todas as ações, públicas e privadas, por meio das quais o serviço público deve ser prestado ou colocado à disposição de forma adequada; editar atos que disciplinem ou organizem o serviço público, incluindo suas características, padrões de qualidade, impacto socioambiental, direitos e obrigações dos usuários e dos responsáveis por sua oferta ou prestação e fixação e revisão do valor de tarifas e outros preços públicos; fiscalizar por meio de atividades de acompanhamento, monitoramento, controle ou avaliação, no sentido de garantir o cumprimento de normas e regulamentos editados pelo poder público e a utilização, efetiva ou potencial, do serviço

público; criar uma entidade de regulação que nada mais é do que um órgão ou entidade de direito público que possua competências próprias de natureza regulatória, independência decisória e não acumule funções de prestador dos serviços regulados; e subsidiar a instalação de um conjunto de mecanismos e procedimentos que garantem à sociedade informações, representações técnicas e participação nos processos de formulação de políticas, de planejamento e de avaliação relacionados aos serviços públicos de saneamento básico.

Somente após esses seis passos, que implementam as funções de organização, regulação, fiscalização e controle social, é que o ente titular do serviço pode realizar, diretamente ou por meio de delegação, a prestação dos serviços.

Como se vê, são questões que exigem alto grau de profissionalização e apresentam custo financeiro elevado dado a necessidade de contratação de estudos técnicos prévios e, posteriormente, criação de uma ampla estrutura de pessoas altamente capacitadas, especializadas em saneamento básico, para as atividades de regulação e fiscalização.

Note-se ainda que a elaboração da política pública de saneamento básico e o seu planejamento são questões que o titular não pode transferir ou simplesmente copiar, pois dizem respeito a sua localidade, às condições socioambientais do Município em questão, devendo ser firmada por meio de lei editada pelo próprio ente titular e com base em características que lhe são peculiares.

Nesse sentido, da obrigatoriedade de elaboração pelo titular da política e do plano de saneamento básico, tem-se os artigos 9º e 11, inciso I, da Lei 11.445, de 2007, que são regulamentados pelos artigos 23 e 24 do Decreto nº 7.217, de 2010, inclusive para estabelecer que o plano de saneamento básico deverá englobar integralmente o território do titular devendo ser compatível com o Plano Nacional de Saneamento Básico, o plano regional e o disposto nos planos da bacia hidrográfica que o Município integre.

Então, como superar as dificuldades financeiras e técnicas em pequenos Municípios e Estados menos desenvolvidos, que não contam de quadros de pessoal composto pelos técnicos indispensáveis para a elaboração do plano e da política municipal de saneamento?

A mesma Lei de Diretrizes Nacionais para o Saneamento Básico cuidou de responder a esse problema, defendendo a união de esforços dos entes federativos para que seja feita a prestação regionalizada de serviços públicos de saneamento básico, que é caracterizada por: (i) um único prestador do serviço para vários Municípios contíguos ou não; (ii) uniformidade de fiscalização e regulação dos serviços, inclusive de sua remuneração; e (iii) compatibilidade de planejamento (artigo 14). Como consequência da adoção da prestação regional a mesma lei autorizou a elaboração de um plano regional de saneamento básico, conforme disposto em seu

artigo 17: *O serviço regionalizado de saneamento básico poderá obedecer a plano de saneamento básico elaborado para o conjunto de Municípios atendidos.*

A importância desse artigo é sinalizar que os Municípios, por serem pequenos ou por integrarem a mesma bacia hidrográfica, atuem em conjunto na elaboração das políticas e planos regionais de saneamento, possibilitando o cumprimento da obrigação legal de forma mais eficiente e econômica. Agindo de forma associada haverá uma economia na formulação do plano de saneamento e ainda será possível pensar de uma vez só todas as questões regionais envolvidas, especialmente sob o aspecto das condições ambientais. A forma jurídica mais adequada para a elaboração de um plano de saneamento regional é a criação de um consórcio público, até porque este pode ser um embrião do futuro consórcio que cuidará das tarefas de organização, regulação, fiscalização e de outro que se incumbirá da prestação dos serviços.

Mesmo aqueles Municípios que já possuem sua política para o setor, mas o fizeram de forma dissociada da política regional, e precisam se compatibilizar com os demais planos, poderão fazê-lo por meio de consórcio público do qual participe (artigo 25, §2º, do Decreto nº 7.217/2010).

Feito este planejamento, é possível criar um consórcio público para prestar os serviços de saneamento básico. Após sua instituição, o consórcio obtém, por meio da delegação, a competência para prestar diretamente o serviço de saneamento ou promover a subdelegação para outra pessoa jurídica, como por exemplo, para uma sociedade empresária privada. Fala-se em contrato de concessão quando essa subdelegação for para particulares, e em contrato de programa se for para outra entidade pública. A política pública do titular sobre os serviços de saneamento básico é que trará a determinação sobre a delegação ou a prestação direta pelo próprio titular.

Sob essa lógica, o artigo 38 do Decreto nº 7.217, de 2010, explicitou que o titular poderá prestar os serviços de saneamento básico diretamente, por meio de órgão de sua administração direta ou por autarquia, empresa pública ou sociedade de economia mista que integre a sua administração indireta; ou por meio de contratação, de duas formas: (i) indiretamente, mediante concessão ou permissão, sempre precedida de licitação na modalidade concorrência pública, no regime da Lei nº 8.987, de 1995; ou (ii) no âmbito de gestão associada de serviços públicos, mediante contrato de programa autorizado por contrato de consórcio público ou por convênio de cooperação entre entes federados.

Portanto a Lei Federal nº 11.445, de 2007, e seu Decreto Regulamentador nº 7217, de 2010, em conjunto com a Lei Federal nº 11.107, de 2005, autorizam, incentivam e

recomendam a cooperação federativa dos titulares dos serviços públicos de saneamento básico no momento da elaboração das respectivas políticas públicas, bem como nas atividades de organização, regulação, fiscalização e até prestação. Isso observa, inclusive, o princípio da solidariedade entre os entes da federação.

8 REGULAÇÃO DO SANEAMENTO BÁSICO POR CONSÓRCIOS PÚBLICOS

Visto que as atividades de prestação dos serviços de saneamento básico, em muitas localidades, são melhores geridas quando tratadas de forma regionalizada e que isto se materializa por meio da gestão associada na forma de um consórcio público, verificou-se, também, que a regulação e fiscalização dos serviços deve ser realizada por uma entidade de regulação que possua competências próprias de natureza regulatória, independência decisória e não acumule funções de prestador dos serviços regulados (artigo 2º, inciso IV, do Decreto 7.217/2010).

Sendo igualmente possível ao titular dos serviços públicos de saneamento básico delegar a organização, a regulação, a fiscalização e a prestação, tem-se a Lei Nacional de Saneamento Básico explicitando que:

Art. 23 (...)

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

Procurando aclarar a questão, o artigo 31 do Decreto nº 7.217/2010, prescreveu que

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

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

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

§ 1º O exercício das atividades administrativas de regulação de serviços públicos de saneamento básico poderá se dar por consórcio público constituído para essa finalidade ou ser delegado pelos titulares, explicitando, no ato de delegação, o prazo de delegação, a forma de atuação e a abrangência das atividades a ser desempenhadas pelas partes envolvidas.

Portanto, o titular dos serviços públicos de saneamento básico pode transferir a função regulatória para um consórcio público do qual seja associado ou para um consórcio público formado por outros entes, desde que essa entidade cooperativa tenha sido constituída para desempenhar competências regulatórias.

Quando se tratar da prestação regionalizada dos serviços, onde há um único prestador para vários municípios, contíguos ou não, será obrigatória a uniformidade de fiscalização e

regulação dos serviços (art. 14 da Lei 11.445/2007). Isso significa que na prestação regionalizada de serviços públicos de saneamento básico, as atividades de regulação e fiscalização poderão ser exercidas por órgão ou entidade de ente da Federação a que o titular tenha delegado o exercício dessas competências por meio de convênio de cooperação entre entes da Federação, obedecido o disposto no art. 241 da Constituição Federal; ou por consórcio público de direito público integrado pelos titulares dos serviços. (art. 15 da Lei 11.445/2007).

Tem se aí, novamente, a ideia de economia de escala, até por que a Lei Nacional de Saneamento Básico autoriza que, em caso de gestão associada ou prestação regionalizada dos serviços, os titulares poderão adotar os mesmos critérios econômicos, sociais e técnicos da regulação em toda a área de abrangência da associação ou da prestação (artigo 24).

Perceba-se que a lei deu grande importância e estímulo à constituição de um consórcio público entre os entes da Federação, pois este formato se coaduna perfeitamente com os objetivos da lei. Como bem observa Thiago Alves Chieco, *considera-se apropriada a constituição de uma associação pública, de natureza autárquica, exclusivamente para tratar da regulação da prestação dos serviços de saneamento entre os vários entes federativos consorciados*.¹⁵⁷ Assim, salienta-se, mais uma vez, que a nova lei de saneamento básico não mais admite, em qualquer hipótese, a autorregulação, algo que sempre foi comum no Brasil. Desse modo, se o consórcio público é o meio mais econômico e sensato (pois cuida das questões locais e regionais ao mesmo tempo) para regular as operações de saneamento básico, o mesmo consórcio não pode ser competente pela prestação dos serviços por ele regrados. Simplesmente, caso o titular opte por delegar as atividades de regulação e prestação, deverá fazê-lo para consórcios públicos diferentes.

Inclusive, as atividades administrativas de regulação, organização e de fiscalização dos serviços de saneamento básico poderão ser executadas pelo titular, diretamente, mediante órgão ou entidade de sua administração direta ou indireta, inclusive consórcio público do qual participe ou mediante delegação, por meio de convênio de cooperação, a órgão ou entidade de outro ente da Federação ou a consórcio público do qual não participe, instituído para gestão associada de serviços públicos. Neste último caso, deverá constar, no ato de delegação, o prazo de delegação, a forma de atuação e a abrangência das atividades a serem desempenhadas pelas partes envolvidas.

¹⁵⁷ O Papel dos Consórcios Públicos no Setor de Saneamento Básico à Luz da Lei nº 11.445/2007 e do Decreto nº 7.217/2010. In: OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; DAL POZZO, Augusto Neves (Org.) **Estudos sobre o Marco Regulatório de Saneamento Básico no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 194-195.

8.1 A regulação consorciada do saneamento básico no Brasil

O mundo contemporâneo, com suas preocupações de maior participação popular na administração pública, satisfação das necessidades essenciais ou secundárias da coletividade e respeito ao meio ambiente, criou uma enorme quantidade de normas jurídicas e obrigações legais tanto para o Poder Público quanto para o prestador dos serviços públicos.

Contudo, os recursos financeiros são escassos, sendo preciso ter um extremo cuidado para que as quantias despendidas com a edição de regulamentos, controles e fiscalização não se torne tão grandes quanto as dos próprios serviços, em uma inversão de meios em fins.

Nessa conjuntura, de numerosas obrigações legais e fundos pecuniários em quantidade insuficiente para atender todas as necessidades públicas, a ideia dos consórcios públicos aparece como uma solução para a associação de entes federativos com o escopo de resolver problemas comuns. A importância dessa união é possibilitar que os serviços públicos alcancem o maior número possível de administrados ao menor custo possível e com organização congruente.

No caso do saneamento básico, a Lei Federal nº 11.445, de 2007, determinou a todos os Municípios brasileiros que passassem a organizar suas operações relacionadas a esses serviços públicos, com a edição de planos municipais, e submeteu os prestadores de tais serviços à regulação econômica e fiscalização da qualidade técnica de seus trabalhos. Isso fez com que o problema da falta de recursos se revelasse com maior amplitude, pois nesse caso se trata de um serviço de titularidade Municipal com escassos meios para implantar os mecanismos de regulação e fiscalização, além das já apontadas questões referentes à escassez de pessoal com qualificação técnica para a demanda de tantas cidades.

A lei de diretrizes nacionais para o saneamento básico criou, então, a necessidade dos Municípios definirem o órgão técnico independente que será responsável pela regulação dos serviços de saneamento.

Nesse cenário, sendo indispensável perseguir a redução dos custos mediante ganhos de escala e compartilhar experiências e pessoal capacitado para o desempenho de atividades eminentemente técnicas, o modelo de gestão associada por meio de consórcios públicos mostra-se como sendo a solução mais adequada. Inclusive, foi esse padrão estimulado e normatizado pelo Decreto Federal nº 7.217, de 2010, conforme se verifica no artigo 31, incisos II e §1º.

Os consórcios públicos na história brasileira são pouco conhecidos e utilizados quase que somente para consórcios de máquinas ou na área da saúde, não se utilizando das

possibilidades previstas pela Lei Federal nº 11.107, de 2005, para a gestão associada de serviços públicos.

Após o incremento da legislação, alguns consórcios públicos voltados à instituição de agências de regulação do saneamento básico foram pensados, alicerçados no princípio de que o ganho de escala torna a atividade regulatória mais eficiente e mais barata, sendo que o impacto dos custos com a regulação precisa ser pequeno para não interferir na regra da modicidade tarifária, pois, ao final, quem arca com a agência reguladora é o consumidor por meio da tarifa de água e esgoto.

Mas não é só, o modelo de cooperativismo municipal apresenta vantagens também sob aspectos políticos, pois contribui para o equilíbrio das relações entre os prestadores de serviços e os usuários e incrementa a participação da sociedade civil na definição das políticas públicas para o saneamento básico.

Outrossim, Carlos Roberto de Oliveira, em artigo sobre o tema, frisa que:

O modelo consorciado não tem apenas a finalidade de resguardar a agência reguladora de uma exclusiva interferência do poder político, mas também de preservar-lhe a independência frente aos interesses privados. E além disso, a independência é um meio para uma adequada regulação e, pois, como todo meio, ordena-se a um fim: o bem comum, causa final do Estado.

O ganho de escala no consórcio público põe a salvo a agência reguladora das indevidas intromissões políticas.¹⁵⁸

Ressalte-se, ainda, que a Secretaria de Saneamento Ambiental do Ministério das Cidades produziu relatório salientando os benefícios de se conferir a um consórcio público com atuação intermunicipal a função regulatória dos serviços de saneamento básico. Nesse estudo, consignou-se que sem os consórcios públicos ocorreria a falta de escala dos sistemas, em razão da multiplicidade dos titulares, ocasionando ausência de sustentabilidade econômica e social. Haveria forte preocupação com a insuficiência de capacitação técnica para a formação de múltiplas entidades com capital humano para o desempenho das funções regulatórias em bases adequadas. Mesmo em Municípios de médio porte que possuem capacidade técnica para exercer a regulação de forma autônoma, do ponto de vista econômico é mais viável exercer essa função em associação com outros Municípios ou de forma delegada a uma agência regional.

¹⁵⁸ O fortalecimento do pacto federativo através dos consórcios públicos de regulação do saneamento básico. In: OLIVEIRA, Carlos Roberto; BROCHI, Dalto Favero; GRAVINA, Carlos Roberto (org.). **Regulação do saneamento básico: 5 anos de experiência da ARES-PCJ**. São Paulo: Essential Ideal, 2016. p. 101.

Portanto, o modelo consorciado reduz enormemente os custos operacionais, por meio do ganho de escala e ainda apresenta a vantagem de compartilhar as experiências decorrentes da atuação em um número maior de localidades.

Quando se trata da competência para o exercício do poder normativo regulatório em matéria de saneamento básico, optou o Legislador Federal pelo modelo de regulação baseado nas agências reguladoras, ou seja, autarquias especiais com independência decisória, autonomia administrativa, orçamentária e financeira.

Nesse modelo, os Poderes Executivo e Legislativo Municipais e, igualmente, os prestadores e usuários dos serviços não podem deixar de acolher um ato normativo oriundo do exercício do poder normativo das agências reguladoras de saneamento básico. Todos os agentes regulados estão sujeitos às normas exaradas pelas agências reguladoras, conforme os limites estabelecidos, pois delegaram de maneira democrática suas competências para essas entidades.

Então a ideia de gestão pública concebida pelos consórcios públicos significa uma inovação salutar no sentido de concretizar a cooperação interfederativa, conforme preconizado pelo artigo 241 da Constituição Federal e normatizado pela Lei Federal nº 11.107, de 2005, e seu decreto regulamentador.

Se a regulação dos mercados por meio das agências já é algo recente no Brasil, ainda mais nova é a regulação direta dos serviços públicos de saneamento básico, sendo uma característica especial desse setor a grande dispersão dos titulares, mas ao, mesmo tempo, com consequências sobre o meio ambiente ao menos no âmbito regional, despertando o interesse dos titulares da mesma bacia hidrográfica na construção de meios para sua adequada e uniforme regulação.

Impossível não perceber que a Lei de Diretrizes Nacionais para o meio ambiente, conjugada com a Lei de Consórcios Públicos, apresentou um exemplar avanço normativo para um setor que já sofreu com a indefinição de políticas públicas, problemas para obtenção de recursos e ausência de clareza jurídica.

O modelo de regulação consorciado nada mais é do que a instituição jurídica pensada para construir um apoio mútuo, interfederativo, entre os Municípios, capaz de vencer a escassez de recursos financeiros diante de um serviço técnico complexo como o saneamento básico.

As agências reguladoras de saneamento básico constituídas na forma de consórcio público obtêm o chamado ganho de escala, financeiro ou de demanda, reduzindo os custos e permitindo, como consequência, o funcionamento de uma entidade com alto nível técnico e

aparato estrutural capaz de identificar e atuar simultaneamente nos problemas que afligem vários municípios.

Importa salientar, ainda, que embora seja juridicamente possível cogitar-se dos Municípios delegarem a regulação de seus serviços de saneamento básico para uma grande agência estadual, não nos parece viável, pois ocasionaria um afastamento dos titulares dos serviços da estrutura decisória, prejudicando sobremaneira a participação dos Municípios e da população diretamente interessada. Realmente, a participação social, fruto da proximidade dos administrados com a agência reguladora é um dos grandes diferenciais desse sistema em comparação com as experiências de agências reguladoras de serviços públicos de titularidade estadual e federal.

8.1.2 Fundamento do poder normativo das agências reguladoras

O Estado, dentre suas atribuições, possui a função regulatória reconhecida determinada e limitada por princípios e regras gerais presentes na Constituição Federal e na legislação infraconstitucional. A Constituição atribui ao Estado a titularidade para o exercício desse mister, enquanto a lei estabelece a forma e os parâmetros para esse ofício. Dessa forma, a lei deixou a cargo da Administração Pública direta ou indireta o exercício da função regulatória.

Portanto, o estudo da regulação passa pela constatação de que quando o titular dos serviços públicos de saneamento básico cria, em sua administração indireta, uma autarquia de regime especial, com competência para regular esse setor, ocorre a delegação de seu poder normativo para esse novo ente.

A partir desse ponto, é preciso verificar qual é a eficácia das normas emitidas pelas agências reguladoras no momento do exercício desse poder normativo que lhes foi delegado. Em síntese, o assunto aponta para o exame sobre qual seria o nível de submissão dos entes regulados às normas exaradas pelas agências.

De início, verifica-se que a função regulatória possui fundamento constitucional, no artigo 174 da Constituição da República que estabeleceu que o Estado seria o agente normativo e regulador da atividade econômica, exercendo, na forma da lei, a função de planejamento e fiscalização. Esse dispositivo constitucional deve ser combinado com o artigo 175, que incumbiu ao Poder Público prestar serviços públicos, diretamente ou sob regime de concessão. *Da interpretação conjunta dos artigos se extrai que, em caso de prestação*

*indireta de serviços públicos, permanecerá com o Estado o exercício do planejamento, da regulação e da fiscalização sobre esses serviços.*¹⁵⁹

No âmbito infraconstitucional, como já se viu, a Lei Federal nº 11.445, de 2007, dispôs que o titular dos serviços formulará a respectiva política pública de saneamento básico, devendo, para tanto, *prestar diretamente ou autorizar a delegação dos serviços e definir o ente responsável pela sua regulação e fiscalização, bem como os procedimentos de sua atuação* (artigo 9º, inciso II).

Portanto, a Lei de Diretrizes Nacionais para o Saneamento Básico ao optar pela definição de um ente autônomo para exercitar a regulação, acabou por transferir da administração direta para a indireta todos os meios para perseguir seus fins, ou seja, a competência normativa e fiscalizatória.

Nesse ponto, é preciso salientar que o ordenamento jurídico brasileiro sempre reconheceu à Administração Pública a competência para exercer o poder normativo. Com isso, jamais se retirou a função precípua do Poder Legislativo, mas se reconhece que a função normativa não é exclusiva deste, podendo ser exercitada em menor grau pelo Poder Executivo para ampliar e completar a lei, sempre de acordo com seu espírito e conteúdo.

Não há como negar que a vinculação absoluta da Administração ao legislador, primeira ideia concebida para a direção da Administração, em uma interpretação extrema do princípio da legalidade, é insuficiente para oferecer respostas céleres ao largo espectro de funções assumidas pelo Estado contemporâneo. Assim, a legalidade administrativa hoje não é somente formal, mas substancial e extremamente complexa.

Portanto, quando se fala em produção de normas pelas agências reguladoras têm se, simplesmente, uma atuação dentro do espectro definido e autorizado pela lei oriunda do Poder Legislativo. Na opinião de Gustavo Justino de Oliveira a norma não deve contrariar a lei (limite da não contradição) e não pode inovar completamente, sem fundamento legal de autorização, que, no entanto, pode ser genérica (limite da não inovação).¹⁶⁰

Igualmente, José dos Santos Carvalho Filho ponderou que: (...) *as agências reguladoras exercem mesmo função regulamentadora, ou seja, estabelecem disciplina, de*

¹⁵⁹ OLIVEIRA, Gustavo Justino. Agências reguladoras intermunicipais de saneamento básico: atualidade, problemática e desafio. In: OLIVEIRA, Carlos Roberto; BROCHI, Dalto Favero; GRAVINA, Carlos Roberto (org.). **Regulação do saneamento básico: 5 anos de experiência da ARES-PCJ**. São Paulo: Essential Ideal, 2016. p. 26.

¹⁶⁰ **Ibden.** p. 28.

*caráter complementar, com observância dos parâmetros existentes na lei que lhes transferiu aquela função.*¹⁶¹

O mesmo autor verifica a existência de uma indissociável relação entre a lei e os atos oriundos das agências, consignando que:

O poder normativo técnico indica que essas autarquias recebem das respectivas leis delegação para editar normas técnicas (não as normas básicas de política legislativa) complementares de caráter geral, retratando poder regulamentar mais amplo, porquanto tais normas se introduzem no ordenamento jurídico como direito novo (*ius novum*).¹⁶²

No mesmo sentido, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, em julgamento em que se questionava a ilegalidade de uma portaria editada pela Agência Nacional do Petróleo:

Ao contrário do que alguns advogam, trata-se do exercício de função administrativa, e não legislativa, ainda que seja genérica sua carga de aplicabilidade. Não há total inovação na ordem jurídica com a edição dos atos regulatórios das agências. Na verdade, foram as próprias leis disciplinadoras da regulação que, como visto, transferiram alguns vetores, de ordem técnica, para normatização pelas entidades especiais.¹⁶³

Os limites impostos às agências reguladoras já foram estabelecidos pela mesma lei que atribuiu a competência para o exercício do poder normativo em seu espaço de atuação.

As agências, ao exercitar suas funções regulatórias, editam normas de caráter vinculante e de observância obrigatória pelos regulados, pois estas normas encontram seu fundamento de validade no princípio da legalidade, sendo sua fonte a própria lei.

No caso do saneamento básico, a Lei Federal nº 11.445, de 2007, autorizou que a entidade reguladora editasse normas relativas às dimensões técnica, econômica e social da prestação dos serviços (artigo 23). Dessa forma, outorgou poder normativo bem abrangente às entidades de regulação.

Dessa constatação de que o poder normativo das agências reguladoras emana da Constituição da República e da lei é possível afirmar que as normas editadas por essas autarquias de regime especial vinculam os agentes regulados. Obviamente os mesmos diplomas legais que lhes garantem validade e eficácia lhes impõe limites para o exercício da competência privativa para estabelecer todo arcabouço técnico-normativo do setor.

¹⁶¹ **Agências...** Op. cit.

¹⁶² **Ibden.**

¹⁶³ Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.101.040 – PR**, rel. Min. Denise Arruda. Data do julgamento: 16/06/2009.

Assim é que os atos normativos expedidos pelas agências reguladoras do saneamento básico vinculam os agentes regulados, sejam eles pertencentes ao poder concedente (Municípios), sejam concessionários (prestadores de serviços) ou mesmo usuários.

Mas não é só. É necessário perceber que quando ocorre a delegação das competências de regulação, o ente delegante abre mão da possibilidade de editar normas com conteúdo regulatório, sejam elas leis ou decretos. Não subsiste competência concorrente ou remanescente do Poder Legislativo ou Poder Executivo do ente delegante.

Essas afirmações não são surpresas quando se entende que quando o se opta pela constituição de um consórcio público a Lei 11.107, de 2005, exige a oficialização de um protocolo de intenções que será ratificado por lei, ou seja, haverá a manifestação de concordância do Poder Executivo e do Poder Legislativo. Portanto, nesse momento, os poderes democraticamente constituídos do Município delegam legalidade e legitimidade para o exercício das funções normativas para a entidade que está sendo criada.

Em consequência, quando ocorre essa delegação à agência reguladora, a Administração direta não pode mais desempenhar as atividades de regulação e fiscalização, essas funções são deslocadas, havendo uma redução nos poderes da Administração titular do serviço público de saneamento básico. Mesmo o Prefeito, titular do mais alto posto do Município, não poderá deliberar sobre assuntos de competências das agências.

Idêntica argumentação cabe ao Poder Legislativo que não poderá legislar sobre matérias atinentes à regulação, sob pena de violação do princípio da reserva de administração. A esse respeito já decidiu o Supremo Tribunal Federal que:

O princípio constitucional da reserva de administração impede a ingerência normativa do Poder Legislativo em matérias sujeitas à exclusiva competência administrativa do Poder Executivo. É que, em tais matérias, o Legislativo não se qualifica como instância de revisão dos atos administrativos emanados do Poder Executivo. (...) Não cabe, desse modo, ao Poder Legislativo, sob pena de grave desrespeito ao postulado da separação de poderes, desconstituir, por lei, atos de caráter administrativo que tenham sido editados pelo Poder Executivo, no estrito desempenho de suas privativas atribuições institucionais. Essa prática legislativa, quando efetivada, subverte a função primária da lei, transgride o princípio da divisão funcional do poder, representa comportamento heterodoxo da instituição parlamentar e importa em atuação *ultra vires* do Poder Legislativo, que não pode, em sua atuação político-jurídica, exorbitar dos limites que definem o exercício de suas prerrogativas institucionais.¹⁶⁴

Dessa maneira, quando se decidir delegar o exercício da função regulatória, o Poder Executivo e o Poder Legislativo dos Municípios não poderão modificar, substituir ou revogar

¹⁶⁴ RE 427.574 ED, rel. Min. Celso de Mello, Data do Julgamento: 13/12/2011.

as normas regulatórias emitidas pelas agências no âmbito de suas competências. Essa conclusão também encontra amparo na Lei Federal nº 11.445, de 2007, que determina a transferência do exercício da função regulatória para as agências reguladoras.

Na hipótese da agência reguladora editar uma norma que exorbite os limites da lei ou de seus atos constitutivos, os Poderes Executivo e Legislativo, os prestadores ou os próprios usuários deverão apelar ao Poder Judiciário pleiteando a anulação do ato normativo que extravasou a competência da agência reguladora.

8.1.3 A ARES-PCJ

A regulação e fiscalização dos serviços públicos de saneamento básico ainda é uma novidade na Administração Pública brasileira. Quase dez anos após a promulgação da lei de diretrizes nacionais para o setor, ainda é incipiente a constituição de estruturas governamentais capazes de desempenhar essas atividades.

Como uma grande inovação nesse cenário, surgiu o consórcio público denominado de Agência Reguladora dos Serviços de Saneamento das Bacias Hidrográficas dos Rios Piracicaba, Capivari e Jundiaí – ARES-PCJ.

Esse consórcio é fruto do antigo Consórcio Intermunicipal das Bacias dos Rios Piracicaba, Capivari e Jundiaí – Consórcio PCJ que, após estudos de viabilidade econômica e técnica, chegou às conclusões de que agências municipais seriam muito onerosas e que o Estado de São Paulo não manifestava interesse em atuar fora dos limites da SABESP.

Logo em junho de 2010, foi formalizado o protocolo de intenções da ARES-PCJ, que, após permanecer em consulta pública, foi disponibilizado para assinatura dos Prefeitos dos Municípios interessados. Em março de 2011, 22 Municípios já haviam ratificado o Protocolo de Intenções por intermédio de leis próprias. Nesse mesmo ano, atingida a primeira meta de abranger um milhão de habitantes, foi convocada a assembleia para instalação do consórcio.

Cinco anos após sua criação, o consórcio conta já atende um contingente de cinco milhões de habitantes, desempenhando as atividades de regulação econômica, acompanhamento do cumprimento das metas dos Planos Municipais de Saneamento Básico, fixação, reajuste e revisão dos valores das tarifas e dos outros preços públicos cobrados pelos prestadores de serviços de saneamento, bem como a homologação, regulação e fiscalização dos contratos de concessão dos Municípios Associados.

Chama atenção que, mesmo com o aumento gradativo das atividades desempenhadas pela ARES-PCJ, os custos operacionais da agência repassados aos prestadores de serviços

vêm caindo consideravelmente ao longo dos anos, por consequência do aumento do número de Municípios e da melhora na eficiência operacional, sendo que a taxa de regulação, que era de 0,5% da receita do prestador em 2011, recuou para 0,3% em 2015, representando uma redução de mais de 40% no total.

A Agência Reguladora PCJ pode ser um modelo para a atividade de regulação e fiscalização do saneamento básico no Brasil, pois tem apresentado bom desempenho em termos de custos, na edição de normas aos prestadores de serviços, no atendimento aos usuários por meio de sua ouvidoria e ao propiciar a participação social por meio dos Conselhos Municipais de Regulação e a realização de audiências públicas.

Atualmente, os prestadores das mencionadas bacias hidrográficas já se habituaram à emissão de normas com caráter vinculante e natureza regulatória, especialmente com conteúdo técnico, econômico e social, em nítido exercício de poder normativo pelo consórcio regional. Essas normas decorrem da delegação do exercício da função regulatória por cada titular do serviço e encontram-se fundamentas e limitadas pela Lei de Diretrizes Nacionais para o Saneamento Básico.

A agência também exerce poder sancionatório, como consequência do poder normativo e fiscalizatório, aplicando sanções aos casos de descumprimento de seus atos normativos. Ressalte-se que esse poder de cominar penalidades possui respaldo legal nas leis que autorizaram sua instituição.

9 CONCLUSÃO

A dissertação exposta teve por objetivo estudar os aspectos substanciais, formulados pela doutrina e consignados na legislação, que cuida da organização, regulação e prestação dos serviços de saneamento básico, evoluindo para uma noção de que a gestão associada por intermédio dos consórcios públicos não só é uma indicação da Lei Nacional de Saneamento Básico como também é a opção mais lógica e eficiente para que se dê a cooperação interfederativa em todas estas atividades que envolvem esse importante setor dos serviços públicos, inclusive sendo esta uma tendência mundial.

Discutiu-se a titularidade constitucional dos serviços de saneamento básico, os obstáculos encarados pela maioria dos Municípios no exercício de sua competência para a elaboração de sua política pública, planejamento, regulação, fiscalização e, finalmente, prestação desses complexos serviços públicos, bem como os avanços que podem ser alcançados se bem utilizada a novidade dos consórcios públicos para o desempenho ideal desses ofícios, desempenhando o papel de instrumento altamente útil na busca da eficiência dos serviços de saneamento básico em todas as regiões do Brasil, subdesenvolvidas ou não.

Preocupou-se em demonstrar que o saneamento básico é um serviço público essencial indispensável à proteção do meio ambiente, ao desenvolvimento econômico e humano da população, a uma sensível melhora nos índices de saúde e que seu fornecimento regular representa uma diminuição de gastos com internações e afastamentos do trabalho, devendo o Estado, portanto, implementar todo um conjunto de ações de políticas públicas para alcançar a universalização da prestação e a melhoria da qualidade dos serviços. Nesse ambiente, como alternativa organizacional, mostrou-se que a forma mais inteligente de tratar a questão, sob o ponto de vista do Direito Constitucional e Administrativo, é a cooperação federativa entre os entes, capaz de garantir a prestação de serviços ideais aos administrados com menor custo e maior facilidade de organização e respeito aos condicionantes da bacia hidrográfica.

Verificou-se que, no caso do saneamento básico, há toda uma questão ambiental, territorial e política (titularidade) envolvida, o que ocasiona uma relação um tanto quanto diferente dos demais serviços públicos concedidos aos particulares. Há a necessidade da inclusão de novas instâncias de planejamento, controle e fiscalização na relação entre titular e prestador de serviços, sendo que embora se cuida de um núcleo de titularidade municipal, existe a necessidade de pensar o serviço, no mínimo, no espectro da bacia hidrográfica.

A reunião dos entes da Federação em consórcios públicos que tenham por finalidade a gestão de ofícios típicos e o empenho comum em alcançar os objetivos da Lei de Diretrizes

Nacionais de Saneamento Básico significa um grande avanço na busca da universalização e na prestação eficiente dos serviços públicos de saneamento básico, principalmente de abastecimento de água e coleta e tratamento de esgotos.

A alteração promovida no artigo 241 da Constituição da República, a publicação das leis federais 11.107, de 2005, e 11.445, de 2007, bem como a edição dos respectivos decretos regulamentadores, incentivam os entes federativos a formarem consórcios públicos para a gestão associada de serviços públicos de saneamento. Esses consórcios podem receber, por delegação, os encargos de organizar, regular, fiscalizar e prestar as atividades ligadas ao saneamento básico.

A criação de consórcios públicos traz como consequência a economia de escala e proporciona o aumento de recursos financeiros disponíveis para a elaboração dos planos regionais de saneamento e os investimentos iniciais em infraestrutura, os quais o titular do serviço não teria condições de realizar isoladamente. Além disso, a gestão associada do saneamento básico apresenta a possibilidade de melhoria das condições de prestação e maior respeito ao meio ambiente, pois leva em conta todos os aspectos singulares da região e não só do Município titular.

Portanto, a contratação de um consórcio público na área de saneamento é capaz de apresentar muitas vantagens à população dos entes consorciados, tais como: planejamento mais barato e eficaz, pois a questão será pensada para toda a região envolvida, maior coerência na destinação de recursos públicos, programação, regulação e fiscalização uniformes e com maior tecnicidade e eficiência; consideração das peculiaridades ambientais regionais; aumento da facilidade para obtenção de recursos oriundos da União destinados para ações de saneamento e possibilidade de conseguir financiamentos institucionais e privados; ajuda mútua dos entes integrantes do consórcio, podendo um suplantar o outro em momentos de dificuldades e mediante contraprestação futura.

Como se não bastasse a organização maior que os consórcios públicos trazem às regiões desenvolvidas, servem igualmente à vontade constitucional de universalização dos serviços de saneamento básico, indispensável ao desenvolvimento nacional e à diminuição das desigualdades sociais e regionais, pois significam um importante meio para sanar problemas institucionais, técnicos e financeiros, principalmente de localidades mais pobres, que não são capazes, em um primeiro momento, de constituir todo o sistema de saneamento básico e prestar o serviço. Como há o aumento e a racionalização dos recursos financeiros, os Estados e Municípios consorciados poderão lograr em médio prazo a universalização dos

serviços e o aumento do desenvolvimento regional o que, com o tempo, pode converter os serviços em autossustentáveis economicamente.

Dada a atual escassez de recursos públicos para investimentos em infraestrutura e planejamento a eficiência e a transparência na realização do gasto público devem se tornaram palavras de ordem, sendo que a criação de um consórcio público representa a possibilidade de racionalização, fiscalização e divisão regional dos direitos e das responsabilidades. As quantias financeiras necessárias ao funcionamento de um consórcio público indubitavelmente são menores do que as que seriam despendidas por cada um dos entes consorciados para alcançar, singularmente, os mesmos objetivos.

Mas não é só. Há que se ter em vista que os serviços de saneamento básico estão condicionados a peculiaridades ambientais que interferem diretamente em sua prestação. Somente a articulação dos entes pertencentes a mesma bacia hidrográfica é capaz de garantir resultados positivos tanto em matéria da qualidade dos serviços entregues à população como em respeito ao meio ambiente. Pensemos em exemplos simples, onde o consórcio público poderia solucionar a questão: um Município que não tenha fontes de abastecimento de água em qualidade e quantidade para atender a sua demanda, mas esteja ao lado de um Município com abundância desse recurso natural; ou uma cidade que trate seu esgoto, mas receba as águas poluídas da urbe vizinha que não realizou o tratamento.

Por tudo o que foi estudado no decorrer desse trabalho, conclui-se que os consórcios públicos representam o instrumento jurídico para a gestão associada no setor de saneamento básico e que a cooperação intergovernamental se tornou indispensável para as atividades envolvidas na execução deste serviço público de natureza comum e essencial. Os consórcios públicos consolidam-se como o meio para se compartilhar políticas públicas, disponibilizando soluções para problemas comuns aos entes consorciados, concretizando os princípios constitucionais da economicidade e eficiência nas etapas de planejamento, organização, regulação, fiscalização e prestação dos serviços de saneamento básico.

A Lei de Diretrizes Nacionais para o Saneamento Básico tem dentre seus objetivos explicar e fomentar que a formação de consórcios públicos deve ser o modelo de gestão associada nas operações de saneamento básico, para tanto garante segurança jurídica e institui as normas que precisam ser observadas pelos entes públicos na árdua tarefa de se buscar a cooperação federativa para a solução de problemas comuns.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Joaquim Castro. **Direito da Cidade**. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

ALMEIDA, Luciana Dayoub Ranieri. O Saneamento Básico como Elemento Essencial do Direito ao Desenvolvimento e a Correlata Orientação da Lei nº 11.445 de 2007. In: OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; POZZO, Augusto Neves Dal (coord.). **Estudos sobre o Marco Regulatório de Saneamento Básico no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

ALOCHIO, Luiz Henrique Antunes. Supremo Tribunal Federal, saneamento e titularidade: agora é aguardar os municípios assumirem suas responsabilidades. **Boletim de Direito Municipal**. São Paulo: NDJ. Junho/2013.

ALVES, Alaôr Caffé. **Saneamento Básico: Concessões, Permissões e Convênios Públicos**. Bauru: EDIPRO, 1998.

ARAÚJO, Ricardo Guilherme de. **A transição Institucional do Setor de Saneamento e a Questão Metropolitana**. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Filosofia, Ciências Sociais e Letras da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2003.

ASSIS, Machado. São Paulo: Melhoramentos, 1997.

BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. **Revista Diálogo Jurídico**, n. 15, 2007.

BARROSO, Luis Roberto. Saneamento básico: competências constitucionais da União, Estados e Municípios. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 11, 2007. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>. Acesso em 10/08/2015.

BEMERGUY, Marcelo. O papel do controle externo na regulação de serviços de infraestrutura no Brasil. In: **Regulação de serviços públicos e controle externo**. Tribunal de Contas da União. Brasília: TCU, Secretaria de Fiscalização de Desestatização, 2008.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Apresentação de Celso Lafer. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOLZAN, Fabrizio. A natureza da contraprestação pecuniária nos serviços de saneamento básico: taxa ou tarifa? In: PICININ, Juliana; FORTINI, Cristiana (Org.) **Saneamento básico: estudos e pareceres à luz da Lei 11.445/2007**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

BORGES, Alice Gonzalez. Consórcios Públicos – Problemática de sua Institucionalização. In: **Boletim de Licitações e Contratos**. Maio de 2010. São Paulo: NDJ.

BRITO, Ana Lúcia. **Consórcios públicos de saneamento no Brasil**. Disponível em: http://www.observatoriodasmetrolopes.net/index.php?option=com_k2&view=item&id=530:observat%C3%B3rio-funasa-cons%C3%B3rcios-p%C3%B3blicos-de-saneamento-no-brasil&Itemid=164&lang=pt. Acesso em 10/06/2014.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002.

CALMON, Kátia Nasiaseni. Saneamento: as transformações estruturais em curso na ação governamental: 1995-1998. In: **Infra-Estrutura: perspectivas de reorganização; saneamento**. Brasília: IPEA, 1999.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Agências Reguladoras e Poder Normativo. **Revista eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**. Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 9, 2007. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>. Acesso em 10/01/2016.

_____. **Consórcios públicos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CARVALHO, Vinícius Marques. **O direito do saneamento básico**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

CASTRO, José Esteban, Final Report. In: **Barriers and Conditions for the Involvement of Private Capital and Enterprise in Water Supply and Sanitation in Latin America and Africa: Seeking Economic, Social, and Environment Sustainability - PRINWASS**. Disponível em: <http://www.prinwass.org/proreports.shtml>. Acesso em 24/03/2016.

CAVINATTO, Vilma Maria. **Saneamento básico: fonte de saúde e bem estar**. 21ª ed. São Paulo: Moderna, 1992.

CHIECO, Thiago Alves. O Papel dos Consórcios Públicos no Setor de Saneamento Básico à Luz da Lei nº 11.445/2007 e do Decreto nº 7.217/2010. In: OLIVEIRA, José Roberto

Pimenta; DAL POZZO, Augusto Neves (Org.) **Estudos sobre o Marco Regulatório de Saneamento Básico no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

CLARK, Ephraim; MONDELLO, Gérard. Water Management in France: Delegation and Irreversibility. In: **Journal of Applied Economics**, vol. III, n. 2, 2000. Disponível em: http://www.cema.edu.ar/publicaciones/download/volume3/clark_mondello.pdf. Acesso em 26/03/2016.

COMPARATO, Fábio Konder. Fundamento dos direitos humanos. In: DINIZ, José Janguê Bezerra (coord.). **Direito Constitucional**. 1. ed. Brasília: Consulex, 1998.

COUTINHO, Diogo Rosenthal. Privatização, regulação e o desafio da universalização do serviço público no Brasil. In: FARIA, José Eduardo (org.). **Regulação, Direito e Democracia**. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2002.

DALLARI, Adilson Abreu. Controle político das agências reguladoras. **Interesse Público**, n. 18, Porto Alegre. 2003.

DELPUPPO, Michely Vargas. **Saneamento básico como direito fundamental: por que seu acesso é tão difícil no Brasil?** Curitiba: Juruá, 2015.

DEMOLINER, Karine Silva. **Água e saneamento básico. Regimes jurídicos e marcos regulatórios no ordenamento brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

DI PIETRO, Maria Silva Zanella. **Direito Administrativo**. 21. ed. São Paulo: Atlas.

_____. Direito administrativo e dignidade da pessoa humana. **A&C –Revista de Direito Administrativo & Constitucional**. Belo Horizonte, ano 13, n. 52, abr./jun. 2013. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=96089>. Acesso em: 11/07/2015.

_____. **Direito Administrativo**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

_____. Limites da função reguladora das agências diante do princípio da legalidade. In: **Direito regulatório: temas polêmicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

_____. **Parcerias na Administração Pública**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

GALVÃO, Alceu de Castro Junior. PAGANINI, Wanderley da Silva. Aspectos conceituais da regulação dos serviços de água e esgoto no Brasil. In: **Revista de Engenharia Sanitária e Ambiental**. v. 14 n. 1. Rio de Janeiro, 2009. Disponível em: www.scielo.br/pdf/esa/v14n1/v14n1a09.pdf. Acesso em 08/08/2015.

GOMES, Marcelo Barros; COUTINHO, Maria do Amparo; WANDERLEY, Maurício de Albuquerque. 10 Anos de Controle Externo da Regulação de Serviços Públicos. In: **Regulação de serviços públicos e controle externo**. Tribunal de Contas da União. Brasília: TCU, Secretaria de Fiscalização de Desestatização, 2008.

GRANZIERA, Maria Luiza Machado. Direito ambiental. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

_____. Direito de Águas: Disciplina Jurídica das Águas Doces. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

_____. Governança e efetividade na regulação do saneamento básico. In: OLIVEIRA, Carlos Roberto; BROCHI, Dalto Favero; GRAVINA, Carlos Roberto (org.). **Regulação do saneamento básico: 5 anos de experiência da ARES-PCJ**. São Paulo: Essential Ideal, 2016.

JORGE, Wilson Edson. **A política nacional de saneamento pós-64**. Tese de doutorado. Faculdade de Arquitetura e Urbanismo da Universidade de São Paulo. São Paulo, 1988.

JOURAVLEV, Andrei. Los servicios de agua potable y saneamiento en el umbral del siglo XXI. In: **Recursos Naturales e Infraestructura**, n. 74. Disponível em: [http://www.cepal.org/cgi-bin/getprod.asp?xml=/ilpes/noticias/paginas/2/35692/P35692.xml&xsl=/ilpes/tpl/p18f.xsl&ba](http://www.cepal.org/cgi-bin/getprod.asp?xml=/ilpes/noticias/paginas/2/35692/P35692.xml&xsl=/ilpes/tpl/p18f.xsl&base=/ilpes/tpl/top-bottom.xsl) se=/ilpes/tpl/top-bottom.xsl. Acesso em: 25/03/2016.

MARRARA, THIAGO (Org.). Direito administrativo: transformações e tendências. 1. ed. Coimbra: Almedina, 2014.

_____. Princípios de direito administrativo. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MARRARA, Thiago; ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; NOHARA, Irene; MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo, (Org.). **Direito e administração pública: estudos em homenagem à Maria Sylvia Zanella Di Pietro**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MARTINS, Lilian Al-Chueyr Pereira; MARTINS, Roberto de Andrader. **Infecção e higiene antes da teoria microbiana: a história dos miasmas**. Disponível em: www.ghsc.usp.br/server/pdf/ram-Miasmas-Sci-Am.PDF. Acesso em 02/08/2015.

MARTINS, Wallace Paiva Júnior. A processualização do direito administrativo. In: MARRARA, Thiago (org.). **Direito Administrativo: transformações e tendências**. São Paulo: Almedina, 2014.

MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MEDAUAR, Odete; OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **Consórcios Públicos: comentários à Lei nº 11.107/05**. São Paulo: RT, 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Municipal Brasileiro**, 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 25.ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MENEZES, Luiz Carlos. Considerações sobre saneamento básico, saúde pública e qualidade de vida. **Revista Engenharia Sanitária e Ambiental**, Rio de Janeiro, v.23, n.1, jan./mar.,1984.

MORAES, Luiz Roberto Santos. **Conceitos de Saúde e Saneamento**. Salvador: DHS/UFBA, 1993.

MORAES, Luiz Roberto Santos; BORJA, Patrícia Campos. **Revisitando o conceito de saneamento básico no Brasil e em Portugal**. Disponível em: ipolitecnicobahia.org.br/uploads/.../2014_06_30_Revista%2020_E_.pdf. Acesso em 09/08/2015.

MOREIRA, Diogo de Figueiredo Neto. Novos institutos consensuais da ação administrativa. In: **Revista de Direito Administrativo**. n. 231. Rio de Janeiro. 2003.

_____. Poder concedente para o abastecimento de água. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: FGV, n. 213, jul. /set. 1998.

OLIVEIRA, Carlos Roberto. O fortalecimento do pacto federativo através dos consórcios públicos de regulação do saneamento básico. In: OLIVEIRA, Carlos Roberto; BROCHI, Dalto Favero; GRAVINA, Carlos Roberto (org.). **Regulação do saneamento básico: 5 anos de experiência da ARES-PCJ**. São Paulo: Essential Ideal, 2016.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de; SCHWANKA, Cristiane. A administração consensual como a nova face da Administração Pública no séc. XXI: fundamentos dogmáticos, formas de

expressão e instrumentos de ação. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. v. 104, jan./dez. 2009.

OLIVEIRA, Gustavo Justino. Agências reguladoras intermunicipais de saneamento básico: atualidade, problemática e desafio. In: OLIVEIRA, Carlos Roberto; BROCHI, Dalto Favero; GRAVINA, Carlos Roberto (org.). **Regulação do saneamento básico: 5 anos de experiência da ARES-PCJ**. São Paulo: Essencial Ideal, 2016.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho. Os consórcios públicos da Lei nº 11.107/2005 e suas polêmicas. In: **Boletim de Direito Administrativo**. Maio de 2012. São Paulo: Editora NDJ.

PARLATORE, Antônio Carlos. **Privatização do Setor de Saneamento no Brasil**. Rio de Janeiro: BNDES, 2000.

PINTO, Tales Dos Santos. **O apagão energético de 2001**. Brasil Escola. Disponível em <http://brasilecola.uol.com.br/historiab/apagao.htm>.

PIRES, Luis Manuel Fonseca. O controle judicial das políticas públicas de saneamento básico. In: OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; POZZO, Augusto Neves Dal (coord.). **Estudos sobre o Marco Regulatório de Saneamento Básico no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

REZENDE, Cristina Sonaly; HELLER, Léo. **O Saneamento no Brasil: políticas públicas e interfaces**. 2ª ed. Belo Horizonte: UFMG, 2008.

_____; _____. **Saneamento no Brasil: Políticas e Interfaces**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002.

ROCHA, Aristides. **Fatos históricos do saneamento**. São Paulo: João Scortecci, 1997.

RODRIGUES, Walton Alencar. **Regulação de serviços públicos e controle externo**. Tribunal de Contas da União. Brasília: TCU, Secretaria de Fiscalização de Desestatização, 2008.

SILVA, Eduardo Marques da. **A independência das agências reguladoras no Brasil e o Projeto de Lei nº 3.337/2004**. Brasília: ESAF, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

_____. **Comentário contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Ricardo Toledo. **Elementos para regulação e o controle da infraestrutura regional e urbana em cenário de oferta privada de serviços**. Tese de Livre-Docência. Faculdade de Arquitetura e Urbanismo da Universidade de São Paulo. São Paulo, 1996.

SILVEIRA, Raquel Dias. O equilíbrio econômico-financeiro nos contratos de serviço de saneamento básico e o direito público subjetivo do usuário à modicidade da prestação. In: Juliana Picinin e Cristiana Fortini (orgs.), **Saneamento Básico. Estudos e Pareceres à Luz da Lei nº 11.445/2007**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

SOUSA, Cassiana Montesião. **A organização da política tarifária expressa no modelo de consórcio público de prestação de serviços de saneamento: o caso do Coresa Sul do PI**. Dissertação. Mestrado em Administração. Universidade de Brasília. Brasília, 2008.

SOUZA, Rodrigo Pagani. Planejamento dos serviços de saneamento básico na Lei Federal nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007. In: MOTA, Carolina (coord.). **Saneamento básico no Brasil: aspectos jurídicos da Lei Federal nº 11.445/07**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

TEIXEIRA, Ricardo Rodrigo de Paula. Federalismo cooperativo segundo Gilberto Bercovici. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 17, n. 3198, 3 abr. 2012. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/21418>. Acesso em: 31 ago. 2015.

TUROLLA, Frederico Araújo. **Saneamento básico: experiência internacional e avaliação de propostas para o Brasil**. Brasília: Confederação Nacional da Indústria. 2006.

VARGAS, Marcelo Coutinho. **O negócio da água. Riscos e oportunidades das concessões de saneamento à iniciativa privada: Estudo de caso no Sudeste brasileiro**. São Paulo: Annablume, 2005.

VERLI, Fabiano. **Taxas e preços públicos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.