

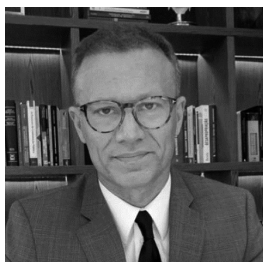
ALOÍSIO ZIMMER

DIREITO ADMINISTRATIVO DO SANEAMENTO

Um estudo a partir do
Novo Marco Legal (Lei 14.026/2020)



ALOÍSIO ZIMMER é Advogado, Consultor e Doutor em Direito. Tem graduação, mestrado e doutorado pela Universidade Federal do Estado do Rio Grande do Sul (UFRGS). MBA em Saneamento (2020/2022) pela Fundação Escola de Sociologia e Política de São Paulo (FESPSP) e London School of Economics and Political Science (LSE). É sócio-fundador do escritório **ALOÍSIO ZIMMER ADVOGADOS ASSOCIADOS**, com sede em Porto Alegre/RS, com atuação no Direito Público, especialmente nas áreas de Infraestrutura e Saneamento, Licitações, Parcerias Público-Privadas, Improbidade e Compliance. Compôs o núcleo responsável pela elaboração do Relatório de Conformidade da Companhia Rio-Grandense de Saneamento (CORSAN) ao Novo Marco Legal, assim como pela confecção das minutas de instrumentos contratuais relativos aos Contratos de Programas e seus Aditivos, além de produzir Pareceres sobre temas regulatórios concernentes às Normas de Referência da ANA. Também é palestrante, parecerista e árbitro na Câmara de Arbitragem da FEDERASUL (CAF). Ao longo de vinte anos, foi professor em diversas instituições, ministrando aulas de Direito Administrativo, Constitucional, Econômico e Compliance na PUCRS, Escola da Magistratura Federal (ESMAFE) e da Magistratura Estadual (AJURIS), nos cursos de pós-graduação na Fundação Escola da Magistratura do Trabalho (FEMARGS) e na Escola do Ministério Público Estadual (ESMP). Por mais de oito anos, foi coordenador do Curso de Direito da UniRitter – Laureate International Universities. Foi também Procurador-Geral dos Municípios de Canoas/RS e de Cachoeirinha/RS.

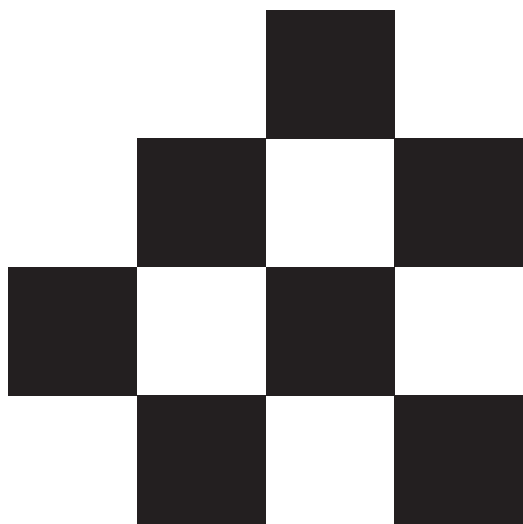


ALOÍSIO ZIMMER

DIREITO ADMINISTRATIVO DO **SANEAMENTO**

Um estudo a partir do
Novo Marco Legal (Lei 14.026/2020)

1ª EDIÇÃO | 2021



ALOÍSIO ZIMMER
advogados associados

Autor

Aloisio Zimmer

Revisão de Texto

Ana Paula Mella Vicari e

Gabriel Büttenbender Galetto

Projeto Gráfico e Diagramação

Daniela Jardim & Rene Bueno

Impressão

Editora Evangraf LTDA

Tiragem

500 exemplares



ANTES DE INICIAR A
LEITURA, CONFIRA
A MENSAGEM DO
AUTOR ESCANEANDO
O QR-CODE AO LADO.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP) (Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Zimmer, Aloísio

Direito administrativo do saneamento : um estudo a partir do Novo Marco Legal (Lei 14.026/2020) : Novo Marco Legal do saneamento básico / Aloísio Zimmer. -- 1. ed. -- Porto Alegre : Aloisio Zimmer Junior : Ana Paula Mella Vicari, 2021.

Bibliografia

ISBN 978-65-00-32609-3

1. Direito administrativo 2. Direito administrativo - Brasil
3. Direito público 4. Saneamento básico 5. Saneamento - Leis e legislação I. Título.

21-85815

CDU-351.77(81)(094.98)

Índices para catálogo sistemático:

1. Saneamento básico : Pareceres jurídicos : Brasil :
Direito administrativo 351.77(81)(094.98)

Maria Alice Ferreira - Bibliotecária - CRB-8/7964



Dedicatória

Para a minha mulher, Giovana Gil, ofereço o tempo presente e o futuro, querendo tê-la ao meu lado até o último dia. Teu amor que entrega e não pede, que faz e nunca espera, ensina-me todos os dias o significado das palavras *resiliência*, *empatia* e *companheirismo*.

Por muitos anos gostei de filmes escuros, urbanos, com gente feia e final triste. Então nasceu o João. Daí a vida tornou-se outra: mais leve, mais humana, mais bonita. Muito obrigado meu filho, mais colorado do que o próprio pai, por tudo o que já fizeste por mim. Quando este livro se tornar realidade, juntando as letrinhas com todo o cuidado, vou ter a emoção de ler contigo essa dedicatória.

Depois, quando ninguém mais esperava nada de mim, surgiu a Bibiana, me dizendo com os seus olhinhos sempre vivos que não poderei morrer nunca mais. Sorte já existir a Betina, minha doce enteada, a irmã mais velha dessa turminha e a alegria permanente da casa.

À memória de minha mãe, Oneida Nobre Zimmer, que saiu comigo para comprar um moletom bege, um dia antes de começar a Faculdade, porque o filho dela não podia aparecer feio na aula. Muito obrigado por seus ensinamentos sobre a vida e a morte. E me perdoe, se isso for ainda possível, pelos abraços que guardei comigo e que talvez nunca mais possa entregar. Se eu estiver errado, e tu certa, vamos nos reencontrar um dia.

Com muito amor, Giovana, João, Bibiana, Betina e Oneida, concluí mais este trabalho, lutando por todos nós.



Agradecimentos

Ao Estado Brasileiro, que me trouxe até aqui, da alfabetização ao Doutorado, o reconhecimento por tudo o que recebi dos meus professores na Escola Estadual Presidente Roosevelt, na Escola Estadual Infante Dom Henrique e na Universidade Federal do Rio Grande do Sul, instituições de ensino localizadas em Porto Alegre.

Por esta gratidão e dívida eterna, ofereço a minha pesquisa – agora concretizada neste livro –, de maneira totalmente gratuita, para todos os interessados nos dilemas jurídicos mais atuais que envolvem a política pública de Saneamento Básico no Brasil. Para acessar, disponibilizamos a versão digital no site do escritório ALOISIO ZIMMER ADVOGADOS (em aloisiozimmer.adv.br).

Para os meus queridos alunos, espalhados por tantos lugares, entre o mundo público e o privado, a homenagem pelo que já me propiciaram: o carinho, o respeito e algum reconhecimento.

Destaco, com todas as homenagens, o advogado Gabriel Büttenbender Galetto que muito me auxiliou na construção deste projeto, pois somente com a sua leitura atenta e contribuições técnicas relevantes os pontos de dúvida que me angustiavam foram gradativamente superados.

Da mesma forma, quando essa caminhada começou, o jurfilósofo Gérson Tadeu Astolfi Vivian Filho e a advogada ambientalista Marília Longo do Nascimento estiveram ao meu lado, me permitindo chegar até aqui. Ambos transformaram erros meus em importantes acertos.

Aos meus colegas de escritório, em especial à minha sócia, Ana Paula Mella Vicari, a gratidão por uma parceria que será para sempre.

[...] sua obsessão era o perigoso estado sanitário da cidade. Fez apelos às instâncias superiores para que desativassem as cloacas espanholas, que eram um imenso viveiro de ratos, e construíssem em seu lugar esgotos fechados cujos despejos não desembocassem na enseada do mercado, como sempre ocorrera, e sim em algum desaguadouro distante. As casas coloniais bem equipadas tinham latrinas com fossas sépticas, mas dois terços da população amontoada em barracas à margem dos charcos faziam as suas necessidades ao ar livre. As fezes secavam ao sol, viravam poeira, e eram respiradas com todos com regozijos natalinos nas frescas e venturosas brisas de dezembro. O Doutor Juvenal Urbino criou na Municipalidade um curso obrigatório para ensinar os pobres a construir suas próprias latrinas. Lutou em vão para que o lixo não fosse atirado aos manguezais, convertidos há séculos em tanques de putrefação, e para que fosse recolhido pelo menos duas vezes por dia e incinerado em algum lugar despovoado. Tinha consciência da ameaça mortal que era a água de beber. A mera ideia de construir um aqueduto parecia fantástica, pois os que teriam podido impulsioná-la dispunham de cisternas subterrâneas onde se armazenavam debaixo de uma espessa nata de limo as águas chovidas durante anos.¹

1 MÁRQUEZ, Gabriel García. **O amor nos tempos do cólera**. Tradução de Antonio Callado. 24. ed. Rio de Janeiro: Record, 2003, p. 137-138.



Sumário

PARTE I.....	33
SANEAMENTO BÁSICO NA ARENA GLOBAL	33
Capítulo I	35
Políticas Internacionais de Saneamento Básico	35
1. Direito Internacional e Direitos Humanos	35
1.1. Breve Introdução ao Direito Internacional Público.....	35
1.2. Afirmação dos Direitos Humanos na Organização das Nações Unidas.....	39
1.3. O Banco Mundial e sua Influência.....	43
1.4. O Direito Internacional dos Investimentos	48
1.5. A Centralidade do Desenvolvimento Sustentável no Século XXI.....	50
1.6. O “Cisne Verde” e o Fórum Mundial de Davos de 2020.....	55
2. O Direito Humano à Água Potável e ao Saneamento Básico.....	59
2.1. Água, Saneamento e Agenda Ambiental	62
2.2. Água, Saneamento e Desenvolvimento Sustentável.....	67
2.3. A Trajetória no Âmbito das Nações Unidas.....	74
2.4. Os Fóruns Mundiais da Água e a Visão Hegemônica.....	85
2.5. A Patrimonialização do Direito ao Saneamento.....	97
3. Por uma Avaliação Não Dogmática das Políticas de Saneamento ..	103
4. O Papel da Cooperação na Gestão Internacional da Água	105
Capítulo II	111
Modelos de Gestão dos Serviços de Saneamento no Mundo	111
1. Natureza de Monopólio Natural dos Serviços de Saneamento ...	111
2. A Operação Privada do Sistema de Saneamento.....	118
2.1. O Modelo inglês: a Privatização do Setor	121
2.1.1. Formação Histórica do Sistema	121
2.1.2. Privatização e Regulação Estatal	126
2.2. O Modelo Francês: a Cultura da Descentralização.....	129
2.2.1. Formação Histórica do Sistema	129
2.2.2. Fragmentação e Regionalização	132
2.2.3. Fontes de Custeio dos Serviços.....	134
2.2.4. Modelos de Gestão Contratual dos Serviços.....	136

3. A Operação Pública do Sistema de Saneamento	140
3.1. A Operação Pública Centralizada	140
3.2. A Operação Pública Descentralizada	142
4. Estudo de Caso: a Experiência Argentina.....	146
4.1. O Processo de Desestatização do Sistema.....	153
4.2. O Processo de Reestatização do Sistema.....	157
5. O Debate Atual em Torno dos Modelos Predominantes: entre a Desestatização e a Reestatização dos Serviços	160
 PARTE II	 177
SANEAMENTO BÁSICO E DIREITO NO BRASIL.....	177
 Capítulo III	 179
Panorama Histórico do Direito Administrativo do Saneamento Básico do Brasil	179
1. Primeiros Passos de uma Política Nacional de Saneamento Básico	179
2. O Plano Nacional de Saneamento (PLANASA).....	183
3. O Programa de Modernização do Setor de Saneamento (PMSS) ...	196
4. A Lei n. 11.445/2007 na Nova Ordem Constitucional.....	206
5. O Plano Nacional de Saneamento Básico (PLANSAB).....	209
6. As Medidas Provisórias n. 844/2018 e n. 868/2018	216
 Capítulo IV	 223
O Novo Marco Legal do Saneamento Básico	223
1. A Origem da Lei n. 14.026/2020	223
2. Princípios Jurídicos do Direito Administrativo do Saneamento	239
3. Princípios em espécie.....	243
3.1. Princípio da Universalidade	243
3.2. Princípio da Solidariedade.....	256
3.3. Princípio da Equidade	261
3.4. Princípio da Integralidade	265
3.5. Princípio da Sustentabilidade	271
3.6. Princípio da Participação ou do Controle Social.....	276
4. O Imperativo da Universalização no Contexto Brasileiro.....	281
5. A Mudança de Paradigma da Gestão Associada para a Delegação de Serviços Públicos por Contratos de Concessão Precedidos de Licitação	290

6. Das Cláusulas Essenciais aos Contratos de Prestação de Serviços Públicos de Saneamento Básico – art. 10-A e art. 10-B da Lei n. 11.445/2007 (alterada pela Lei n. 14.026/2020)	295
7. O Procedimento de Comprovação da Capacidade Econômico-Financeira dos Contratos de Programa – Decreto Federal n. 10.710/2021	301
8. A Prestação Regionalizada como Diretriz do Novo Marco Regulatório	311
Capítulo V	319
Participação Privada e Saneamento Básico no Brasil	319
1. Perspectivas Atuais para o Saneamento Básico no Brasil	319
2. Modelos de Participação da Iniciativa Privada no Saneamento Brasileiro	334
2.1. Concessões	334
2.2. Parceria público-privada	342
2.3. Subdelegação	352
2.4. Contrato de Performance	356
3. Participação Privada e Melhoria Global dos Serviços	357
Capítulo VI	367
Titularidade e Competência nos Serviços de Saneamento	367
1. Titularidade dos Serviços de Saneamento	367
2. Competência Administrativa	375
3. Competência Normativa	377
4. A Prestação Regionalizada por meio da Região Metropolitana, da Aglomeração Urbana, da Microrregião, da Unidade Regional e do Bloco de Referência: Dilemas de Titularidade e de Obrigatoriedade de Adesão às Estruturas	388
5. Regras de Transição de Regime de Titularidade de Competência	406
Capítulo VII	415
Planejamento e Regulação dos Serviços de Saneamento	415
1. Planejamento dos Serviços de Saneamento	416
2. Direito Regulatório do Saneamento Básico no Brasil	430
2.1. Uma Teoria Geral da Regulação	430
2.2. Agências Reguladoras	442
2.3. Regulação no Setor de Saneamento Básico	450
2.4. A Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico (ANA)	463

3. Processo Decisório na Regulação dos Serviços de Saneamento ..474	
3.1. Virada Pragmática no Direito Administrativo	474
3.2. Análise de Impacto Regulatório (AIR).....	481

Capítulo VIII..... 497

O Novo Marco Regulatório e as Companhias Estaduais de Saneamento – Água e Esgoto.....497

1. O Regime de Transição na Prestação dos Serviços Públicos de Saneamento Básico: entre o Direito Positivo e a Interpretação das Regras em Face do Modelo Anterior ao Novo Marco Regulatório	497
2. Análise dos Impactos Lei n. 14.026/2020 nos Contratos de Programa entre Municípios e Companhias Estaduais: O Termo Aditivo de Conformidade do Contrato de Programa ao Novo Modelo de Prestação dos Serviços (Resolução 106/2021 ANA)	503
3. A Desnecessidade de Autorização Legislativa para os Termos Aditivos dos Contratos de Programa com Previsão na Lei n. 14.026/2020	565
4. O Impacto da Prestação Regionalizada sobre as Companhias Estaduais	577
5. Do Processo de Desestatização das Companhias Estaduais	593
5.1 Abertura de Capital das Companhias Estaduais com Reserva de Controle Público	593
5.2 Abertura de Capital das Companhias Estaduais Sem Reserva	598
5.3 Da Desestatização Prevista pelo artigo 14 da Lei n. 14.026/2020 e da Presunção Relativa de Viabilidade Econômico-Financeira da Companhia pelo artigo 22 do Decreto Federal n. 10.710/2021.....	601

Conclusão 611

Bibliografia..... 617



Introdução

Ao referirmo-nos a um *Direito Administrativo do Saneamento Básico Brasileiro* pressupõe que estejamos nos reportando a uma sistematização doutrinária de um corpo de princípios e regras positivados no âmbito do Direito Nacional. Esse, de fato, é um dos tantos objetivos deste livro, que irá explorar e discutir o microsistema jurídico brasileiro do direito de acesso à água potável e ao serviço de esgotamento sanitário. O presente momento demonstra-se extremamente oportuno para isso, tendo em vista que passa pouco mais de uma década da vigência do modelo inaugurado pela Lei n. 11.445/2007 e que alterações significativas ocorreram a partir da aprovação da Lei n. 14.026/2020 (o Novo Marco Legal do Saneamento), com o potencial de produzir uma transformação real do sistema construído no século XX (anos 60/70) e ainda vigente. A universalização dos serviços de água e esgotamento sanitário, a busca por maior eficiência operacional, a redução de perdas físicas e econômicas, a renovação dos ativos existentes, a manutenção de uma política tarifária inclusiva, o reúso da água e a redução dos episódios de intermitência, a melhoria dos processos de tratamento, a maior transparência e precisão nos dados que envolvem o sistema e a gestão das crises hídricas são apenas alguns dos desafios existentes para a prestação adequada dessa modalidade de serviço público.

Diante de uma nova lei, novos regulamentos (em especial, as normas de referência que serão produzidas pela Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico - ANA) e mudanças em outras fontes normativas com relação direta ou indireta com o serviço público de saneamento básico no Brasil, pareceu apropriado publicar estas primeiras reflexões a fim de contribuir com os debates que virão. Não se pode desconhecer que o resultado do trabalho produzido pelo Poder Executivo e pelo Poder Legislativo, sem as mediações do Poder Judiciário - e elas ocorrerão -, tem pontos de consenso e de conflito, que serão enfatizados na aplicação prática da lei e na potencial judicialização do tema, o que é tradição no Brasil.

Com toda certeza, desencadear-se-á a partir de agora uma transição de modelos — por isso, classificar a Lei n. 14.026/2020

e os impactos por ela produzidos de Novo Marco Legal —, o que pode significar uma diminuição do protagonismo das companhias estaduais ou das estruturas autônomas dos municípios (geralmente autarquias), em prol de uma ampliação consistente da participação privada no setor, seja pela abertura de capital das companhias estatais, pela privatização ou utilização de contratos administrativos de concessão comum, patrocinada ou administrativa para delegar a operação de forma plena ou parcial, sempre depois de licitação, nos termos do artigo 175, da Constituição Federal de 1988.

Em realidade, os contratos de programa — que atualmente formalizam o vínculo dos titulares dos serviços (os municípios) com as companhias estaduais nas hipóteses de gestão associada — e as estruturas municipais autônomas (autarquias) serão progressivamente substituídos por disputas em licitações que implicarão assinaturas de contratos administrativos de concessão, nos mais diferentes formatos abrangidos pelo sistema jurídico brasileiro.

Como pressuposto desse novo modelo, formou-se a convicção de que somente um processo licitatório permite o marco zero, o parâmetro inicial de eficiência que é medido a partir de uma proposta vencedora de entidade pública ou privada, periodicamente avaliada com a gestão dos contratos (a regulação contratual) pelo titular do serviço e pelas agências reguladoras, a nacional e as subnacionais (a regulação discricionária). Apenas esse monitoramento contínuo, com marcos de recomposição predeterminados, garantirá que as metas estabelecidas pela Lei n. 14.026/2020 (mas já conhecidas no Plano Nacional de Saneamento Básico - PLANSAB, 2013) e discriminadas no artigo 11-B da Lei n. 11.445/2007, para o ano de 2033, transformem-se em realidade:

Art. 11-B. Os contratos de prestação dos serviços públicos de saneamento básico deverão definir metas de universalização que garantam o atendimento de 99% (noventa e nove por cento) da população com água potável e de 90% (noventa por cento) da população com coleta e tratamento de esgotos até 31 de dezembro de 2033, assim como metas quantitativas de não intermitência do abastecimento, de redução de perdas e de melhoria dos processos de tratamento. (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020)

Dessa maneira, ante a aprovação do Novo Marco Legal do Saneamento, a Lei n. 14.026/2020, e suas necessárias transformações (e regulamentações), com inúmeros impactos na Lei n. 11.445/2007, admite-se um redimensionamento — e uma ressignificação — da titularidade dos municípios em face de projetos mais amplos, envolvendo regiões metropolitanas, aglomerações urbanas, microrregiões (o formato - ou método - predominante em muitos estados), gestão associada (consórcio público ou convênio de cooperação), unidades regionais ou blocos de referência. Em uma palavra: regionalização (em novo formato), outro paradigma destacado para essa substituição de modelos no sistema brasileiro de saneamento. Em verdade, em pequena síntese, a regionalização; as metas discriminadas em lei, inclusive metas quantitativas de não intermitência do abastecimento, de redução de perdas e de melhoria dos processos de tratamento; a licitação e a mudança na política de regulação são pontos de destaque desse experimento normativo que tenta equilibrar o respeito à dignidade da pessoa humana com o desenvolvimento econômico.

Mas atenção: não se discute a titularidade dos municípios no serviço de saneamento, por ser assunto de interesse local, mesmo que a Constituição Federal em nenhum momento diga isso tão claramente. Contudo, mesmo municípios que não dependam de estruturas compartilhadas podem ser, agora, integrados em projetos de regionalização que enfatizem a necessidade de escala para assegurar eficiência econômica às operações. Obviamente, a formação desses coletivos dependerá sempre de uma ponderação entre possibilidades (ou necessidades) técnicas e uma lógica de sustentabilidade sanitária, ambiental e econômica.

Na verdade, a formação desses coletivos nunca foi proibida, mas agora será ainda mais incentivada com a concentração de recursos federais para projetos sustentáveis dentro desse desenho, nos termos do Decreto Federal n. 10.588/2020.

Em outras palavras, municípios que utilizem da mesma fonte de captação de água, despejem o esgoto no mesmo lugar ou integrem regiões metropolitanas formalmente estabelecidas tornar-se-ão cada vez mais comprometidos com o conceito de federalismo cooperativo, relativizando os efeitos naturais de uma titularidade exclusiva sob determinada modalidade de serviço público. Aqui, ao contrário, a hipótese é compatível com um exemplo de titularidade compartilhada entre entes da federação, quando a experiência

prática da operação de um sistema demonstra ser o formato de governança mais racional.

Diante de tantos elementos novos incorporados ao marco legal do setor, cria-se inegavelmente um cenário de risco para as companhias estaduais preservarem a sua base atual de contratos, em face das múltiplas opções oferecidas para coletivos formados pela União Federal, pelos estados e pelos municípios — e, em relação aos últimos, mesmo quando não sejam limítrofes. No cenário atual, municípios convencidos de sua capacidade de assumir a responsabilidade plena pelas operações dos seus serviços podem identificar uma janela para o desenvolvimento autônomo de projetos, rompendo com o desenho ainda hegemônico do Plano Nacional de Saneamento (PLANASA). Contudo, é bom que se ressalte, o compromisso de alcançar as metas determinadas pela Novo Marco exigem, no curto prazo, uma carga muito elevada de investimentos, e nenhuma tomada de decisão do gestor será legítima sem estudos robustos que amparem essa busca por autonomia. Aqui, não se pode falar apenas de exercício legítimo de um poder discricionário, mas de uma discricionariedade técnica que, muitas vezes, comprime o espaço de decisão da autoridade. E, diga-se de passagem, o distrato da relação município-estado-companhias estaduais, independentemente dos termos estabelecidos nos contratos de programa vigentes, sempre envolverá uma discussão extremamente complexa no que se refere aos passivos indenizatórios incorporados ao conceito de *infraestrutura instalada*.

As regiões metropolitanas, as aglomerações urbanas, as microrregiões, a gestão associada, as unidades regionais e os blocos de referências, como dito anteriormente, são incentivados pela legislação vigente para estabelecer novas combinações, estruturar editais e licitar contratos de concessão, substituindo o modelo PLANASA por um desenho completamente diferente, por exemplo, construído em torno das bacias e voltado para a proteção dos corpos hídricos. Para cada estado, com certeza, existe um formato melhor para a organização do seu sistema, seja com grandes áreas territoriais abrangendo muitos municípios, ou pequenas concentrações, respeitando a geografia da região. Nesse momento, com diferentes soluções, esse debate está ocorrendo nas Casas Legislativas dos estados brasileiros, diante do calendário de datas estabelecido pelo novo marco legal do saneamento.

Na visão transformadora proposta pela Lei n. 14.026/2020, embora persista discussão em muitos dos seus aspectos — que serão posteriormente resolvidos com o exercício da função regulamentar pelo Poder Executivo —, a Lei n. 11.445/2007 (Marco Legal do Saneamento Básico no Brasil) não se mostrou suficiente para produzir uma nova realidade ao setor que superasse completamente o PLANASA (um modelo resiliente construído pelo Brasil nos anos 60/70). Os dados do SNIS 2017 e 2018 (Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento), os dados do IDH (Índice de Desenvolvimento Humano) de 2019, a persistência das mortes em razão de doenças de veiculação hídrica e os riscos permanentes de desabastecimento, todos reforçam o quadro de crise no setor.

O modelo PLANASA, idealizado a partir das companhias estaduais de saneamento — os verdadeiros condutores desse primeiro esboço de uma política nacional para o setor —, em certa medida, ainda é a cultura vigente, dificultada por depender de volumes expressivos de financiamento público para avançar nas metas históricas de universalização, fixadas no PLANSAB desde 2013. Contudo, em períodos de severa contração fiscal, por necessidade e/ou convicção política, torna-se inviável delegar exclusivamente às estruturas estatais o cumprimento das metas de horizontalização e verticalização qualificada nessa modalidade de serviço público. E, sob certo aspecto, esse é o ponto de apoio da concepção do modelo agora proposto, o que, muitas vezes, impede comparações com as experiências do passado ou do presente vividas por outros países, na medida em que seus ciclos históricos podem ser completamente diferentes. A realidade de Paris (e o seu processo de reestatização), de Buenos Aires (outro caso de reestatização) e do Brasil (na direção da desestatização parcial do sistema), em muitos aspectos, não permite um espelhamento que ofereça subsídios reais para a definição do melhor modelo de operação, ainda que, para todos os casos, sempre proteja-se o protagonismo do Estado na formatação dessa política pública.

Como dito anteriormente, a Lei n. 11.445/2007 não significou, ao seu tempo, um ponto de ruptura no modelo de prestação do serviço público de saneamento básico no Brasil, mas trouxe maior transparência para o sistema com a implantação de ferramentas de controle social, relevantes ao aperfeiçoamento de um *standard* de operação mais próximo das carências reais da população. Além

disso, a exigência de contratos entre titulares e operadores do serviço e de necessidade de regulação para o setor são igualmente conquistas da Lei n. 11.445/2007, permitindo uma formalização e um monitoramento maior do sistema. Assim, começa-se a compreender a importância de um trabalho baseado em metas de desempenho, na mesma linha defendida pelos organismos internacionais e pelo Plano Nacional de Saneamento Básico (2013 e 2017). Em parte, as metas já integravam a narrativa da Lei n. 11.445/2007 e dos Planos de Saneamento Básico de 2013 e 2017, destacando-se com maior ênfase e rigidez a partir da reestruturação do marco legal do setor.

Cumprе esclarecer que nosso estudo concentrar-se-á nos regimes jurídicos estruturadores dos serviços de abastecimento de água potável e de esgotamento sanitário, malgrado estejamos cientes de que a limpeza urbana, a gestão de resíduos sólidos, a drenagem e o manejo das águas da chuva e a limpeza e fiscalização das redes sejam considerados parte integrante desse ramo pela legislação vigente. Para o artigo 3º, inciso I, da Lei n. 11.445/2007, com as alterações promovidas recentemente pela Lei n. 14.026/2020, considera-se saneamento básico em sentido amplo:

Art. 3º Para fins do disposto nesta Lei, considera-se:
(Redação pela Lei nº 14.026, de 2020)

I — saneamento básico: conjunto de serviços públicos, infraestruturas e instalações operacionais de:
(Redação pela Lei nº 14.026, de 2020)

a) abastecimento de água potável: constituído pelas atividades e pela disponibilização e manutenção de infraestruturas e instalações operacionais necessárias ao abastecimento público de água potável, desde a captação até as ligações prediais e seus instrumentos de medição; (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020)

b) esgotamento sanitário: constituído pelas atividades e pela disponibilização e manutenção de infraestruturas e instalações operacionais necessárias à coleta, ao transporte, ao tratamento e à disposição final adequados dos esgotos sanitários, desde as ligações prediais até sua destinação final para produção de água de reúso ou seu lançamento de forma adequada no meio ambiente; (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020)

c) limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos: constituídos pelas atividades e pela disponibilização e manutenção de infraestruturas e instalações operacionais de coleta, varrição manual e mecanizada, asseio e conservação urbana, transporte, transbordo, tratamento e destinação final ambientalmente adequada dos resíduos sólidos domiciliares e dos resíduos de limpeza urbana; e (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020)

d) drenagem e manejo das águas pluviais urbanas: constituídos pelas atividades, pela infraestrutura e pelas instalações operacionais de drenagem de águas pluviais, transporte, detenção ou retenção para o amortecimento de vazões de cheias, tratamento e disposição final das águas pluviais drenadas, contempladas a limpeza e a fiscalização preventiva das redes; (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020)

Todavia, isso parece claro, é tão diverso e peculiar o funcionamento desses outros sistemas que a intenção desta pesquisa foi segregar os assuntos, possibilitando abordagens específicas em trabalhos futuros. Torna-se difícil abranger, no mesmo estudo, o serviço de abastecimento de água potável, o esgotamento sanitário, a produção de água de reúso, a limpeza urbana, o manejo de resíduos sólidos, a logística reversa, a drenagem e o manejo de água pluviais urbanas, pois esses sistemas, extremamente complexos, movimentam-se dentro de dinâmicas muito próprias. Apenas para exemplificar, discute-se ainda hoje no Brasil a possibilidade de delegar à iniciativa privada o abastecimento de água potável e o serviço de esgotamento sanitário. Sempre existiram muitas barreiras para a efetivação dessa ideia; enquanto o serviço de limpeza urbana e o manejo de resíduos sólidos, faz muito tempo, são tarefas transferidas à iniciativa privada, ainda que de maneira desordenada, seja pelo município individualmente ou por meio dos consórcios públicos.² Então, para buscar

2 GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. A Evolução Jurídica do Serviço Público de Saneamento Básico. In: OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; DAL POZZO, Augusto Neves. (coords.). **Estudos sobre o Marco Regulatório do Saneamento no Brasil.** →

também um maior aprofundamento nos pontos abordados, procedeu-se esse corte epistemológico, mesmo sabendo-se que muitas inovações da lei nova repercutem também nos demais assuntos que completam o significado da expressão *saneamento básico* no Brasil desde a Lei n. 11.445/2007.

Por razões que não se pode desconhecer, é preciso cautela quando o abastecimento de água potável e o serviço de esgotamento sanitário transitam do arquétipo público para o privado; será sempre necessário equilibrar o interesse público — e a proteção das populações mais vulneráveis em áreas normalmente degradadas — com a preservação da eficiência econômica da operação, em um setor que é um modelo de monopólio natural³.

No futuro, imagina-se, será possível separar um maior número de tarefas na prestação dessa modalidade de serviço público, em razão de tecnologias incorporadas ao setor, algo que já vem ocorrendo. Por exemplo, os sistemas descentralizados para tratamento de esgoto, por não dependerem de grandes estruturas, podem colaborar para a universalização do serviço em regiões remotas. O denominado “saneamento ecológico” (biodigestores, jardins filtradores e banheiros secos) é compatível com áreas urbanas de difícil acesso e deficit estrutural acentuado, sendo capaz de suprir uma rede de esgoto incompleta. Não é uma perspectiva distante, visto que tais experiências já são vivenciadas em algumas localidades, inclusive no Brasil, nas áreas de periferia, beneficiando favelas urbanas e palafitas, tradicionalmente regiões de difícil acesso – sem dúvida, um espaço bastante apropriado para os *contratos de performance*. Hoje, todavia, o que ainda prioriza-se é a disputa por um

→ Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 22-23: “(...) o grande marco das políticas públicas nacionais na década de 1970 foi o Plano Nacional de Saneamento (PLANASA), cujo objetivo era incentivar a criação de Companhias Estaduais de Saneamento (CESBS) e linhas de financiamento para investimentos. As companhias estaduais, pouco expressivas até então, passaram a ganhar volume e a contrair para si o dever que cabia aos municípios, titulares dos serviços. (...) Assim, o setor de saneamento básico passou a ser conduzido por uma estratégia nacional que afastou os municípios da gestão dos serviços, direcionando para os estados o papel de operadores do sistema, cujo principal desafio foi universalizar os serviços sem abrir mão da sustentabilidade econômica”.

3 O exemplo do PROSANEAR, de 1985, um programa de saneamento direcionado para as populações de baixa renda.

determinado mercado – os grandes contratos -, o que não impede o desenvolvimento de um campo aberto para disputas entre privados que oferecem subprodutos dessa modalidade de prestação de serviço público, especialmente quando agregam novas tecnologias para o setor.

Na conjuntura de uma atividade caracterizada como monopólio natural, é preciso (e possível) garantir competitividade no momento da contratação e no posterior desempenho do serviço, mesmo sendo elevados os custos de entrada e de saída nesse mercado. E, por tudo isso, somente processos licitatórios bem estruturados e contratos móveis, poderão harmonizar interesses públicos e privados no contexto da operação de uma política pública que precise corporificar universalização, equidade, sustentabilidade em sentido amplo e eficiência na direção das metas de desempenho fixadas em lei. Na verdade, a combinação entre regulação contratual e regulação normativa (ou discricionária) oferece mecanismos para o poder público permanecer com o protagonismo da política pública, mesmo depois da assinatura dos contratos, de concessão ou dos aditivos exigidos para os contratos de programa.

Para facilitar a compreensão da realidade e cumprir a missão de projetar o futuro, os capítulos não ficarão restritos ao conjunto de princípios e regras discriminados pelo ordenamento jurídico nacional. Os modelos de operação do serviço público de saneamento básico implantados no Brasil descendem, em grande medida, das experiências discutidas nos fóruns internacionais. Nesses mesmos fóruns, diga-se de passagem, o país, tradicionalmente, sempre teve relevante participação. Não por acaso, o Fórum Mundial da Água, em 2018, ocorreu no Brasil.

Nas últimas décadas, a Organização das Nações Unidas (ONU), sua Assembleia Geral e seus programas (o caso do Programa das Nações Unidas - PNUD e dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável - ODS), o Conselho de Assuntos Econômicos e Sociais (ECOSOC) e um conjunto de agências interessadas — Banco Mundial e Fundo Monetário Internacional (FMI) — elaboraram normas que sinalizam a criação de um regime internacional da água. Essa demanda, no mundo pós-pandemia, parece cada vez mais relevante e urgente: deve-se construir uma centralidade normativa, um patamar mínimo de desempenho para o setor, pois o bem-estar da população mundial, com certeza, passa a

ser uma necessidade, especialmente quando estamos falando de saúde pública.

Das exigências de responsabilidade social, passando pelo discurso da sustentabilidade, até o surgimento do padrão *Environmental, Social and Governance* (ESG), um conjunto de critérios que os investidores utilizam como referência para avaliar o comportamento das empresas e aprovar investimentos ou empréstimos, tudo conspira para um desenvolvimento acelerado do setor nos próximos anos.

A transversalidade do tema saneamento básico e, mais precisamente, as metas de universalização do acesso à água potável e ao serviço de esgotamento sanitário indicam um hiperfoco do Estado, da sociedade e do mercado no sentido de expandir e qualificar essa política pública, a despeito das motivações diversas e das estratégias não consensuais para enfrentar esse problema.

É importante ressaltar, o livro começou a ser escrito antes da pandemia (em 2012, a Tese de Doutorado em Direito/UFRGS), acompanhando a disseminação do vírus pelo mundo e sua letalidade (em 2020/2021) e as constantes crises hídricas (2014-2016 em São Paulo e 2021 no Brasil). Quando uma regra básica de prevenção e defesa da vida exige o acesso universal à água potável, realidade não observável no Brasil, torna-se obrigatório falar sobre isso. Morar em uma cidade ou um bairro que oferece de maneira satisfatória esses serviços não nos garante o lugar de fala, uma vez que não somos vítimas diretas dessa violência, mas também não impede uma abordagem consequente sobre o assunto. O direito de acesso à água potável e ao serviço de esgotamento sanitário surge como uma das prioridades do pós-pandemia. Espera-se dos governos respostas equitativas e sustentáveis à denominada *pandemia da desigualdade*, diante de um cenário completamente disruptivo e de devastação global, quando também são observados os impactos da crise climática.

Documentos internacionais que garantem o direito ao serviço de saneamento, efetivamente, não faltam. Se levarmos em conta que tanto na Declaração Universal de Direitos Humanos, de 1948, quanto na Declaração de Estocolmo, de 1972, da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, afirmou-se o direito universal a uma vida digna, é inarredável o que inclui o acesso à água potável e ao serviço de esgotamento sanitário, bem como o direito à saúde em sentido amplo. A Carta Europeia da Água, de 1968, já havia

declarado que o direito ao saneamento é indissociável da garantia do direito à vida, à liberdade, à dignidade e a um patamar capaz de assegurar a si e à sua família saúde, bem-estar, alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e serviços sociais indispensáveis.⁴ Mais enfáticas ainda são as convenções que abordam a discriminação contra a mulher (no art. 14)⁵ e os direitos das crianças (no art. 24)⁶, e, recentemente, as resoluções da Assembleia Geral da ONU de julho de 2010⁷ e de dezembro de 2015⁸. A grande questão que se coloca, pois, são os mecanismos de implementação desses direitos, ou seja, a transição para o mundo real.

As declarações, os pactos, os tratados e as resoluções da ONU, por si só, não são fontes normativas suficientes para concretizar normas vinculantes no âmbito do Direito Interno — e isto, um dia, precisará ser repensado. As últimas décadas têm demonstrado a impotência dos instrumentos internacionais diante das dinâmicas globais que os sobrepujam. Em específico, não asseguraram de

-
- 4 ONU, **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, 1948, Artigos II, XXII e, de forma mais acentuada, o XXV.
 - 5 ONU, **Convenção sobre todas as formas de discriminação contra as mulheres**, 1979. Conforme o Artigo 14, ao tratar dos problemas enfrentados pela mulher que vive em áreas rurais, está bastante claro que um dos seus direitos envolve: “[...] h) gozar de condições de vida adequadas, particularmente nas esferas da habitação, dos serviços sanitários, da eletricidade e do abastecimento de água, do transporte e das comunicações”. Aqui, sob certo aspecto, pressupõe-se, erroneamente, que isso não está mais acontecendo, enquanto experiência insuficiente e negativa, com a mulher que vive nas aglomerações urbanas.
 - 6 ONU, **Convenção sobre os direitos das crianças**, 1989. No artigo 24, afirma-se que: “[...] 1. Os Estados-partes reconhecem o direito da criança de gozar do melhor padrão possível de saúde e dos serviços destinados ao tratamento das doenças e à recuperação da saúde. Os Estados-partes envidarão esforços no sentido de assegurar que nenhuma criança se veja privada de seu direito de usufruir desses serviços sanitários. 2. Os Estados-partes garantirão a plena aplicação desse direito e, em especial, adotarão as medidas apropriadas com vista a: [...] c) combater as doenças e a desnutrição, dentro do contexto dos cuidados básicos de saúde mediante, *inter alia*, a aplicação de tecnologia disponível e o fornecimento de alimentos nutritivos e de água potável, tendo em vista os perigos e riscos da poluição ambiental. [...] 4. Os Estados-partes se comprometem a promover e a incentivar a cooperação internacional com vistas a lograr progressivamente a plena efetivação do direito reconhecido no presente artigo. Nesse sentido, será dada atenção especial às necessidades dos países em desenvolvimento”.
 - 7 ONU, **Resolução da Assembleia Geral**, A/RES/64/292, 28 jul. 2010, com o título “The human right to water and sanitation” (versão original em inglês).
 - 8 ONU, **Resolução da Assembleia Geral**, A/RES/70/169, 17 dez. 2015, com o título “The human rights to safe drinking water and sanitation” (versão original em inglês).

modo efetivo o reconhecimento positivo do direito humano à água e ao serviço de esgotamento sanitário. A concretização do terceiro grande pacto global de direitos humanos, agora dedicado ao direito ambiental — o direito ao futuro, o direito à felicidade —,⁹ depende sobremaneira de fontes extranormativas de pressão e convencimento dos agentes internacionais.

No caso brasileiro, o que já se disse, o Novo Marco Legal do Saneamento, Lei n. 14.026/2020, estabeleceu relevantes alterações em diferentes fontes legais, dentro de uma linha de continuidade em relação às medidas provisórias editadas nos últimos anos. Ambas, nos seus momentos, não foram convertidas em lei, mas apontaram a base teórica das formulações que agora estão integradas — total ou parcialmente — ao ordenamento jurídico brasileiro. Então, neste livro, não se vai tratar de um acidente, de um desvio histórico, mas de uma construção, que dependeu da conjugação de interesses de setores distintos, nacionais e internacionais, os quais, hoje, são claramente hegemônicos. Para os mais carenciados, o que se espera é a solução do deficit estrutural que o país vive nessa modalidade de política pública, independentemente do responsável pela operação.

O binômio necessidade-possibilidade aplicado para esse nicho, em uma perspectiva otimista, indica que a nova legislação pode estimular investimentos privados no curto prazo para o setor e, possivelmente, aprimorar o padrão de governança das empresas estatais que controlam o serviço público de saneamento básico no Brasil, permitindo uma convivência baseada na tolerância, que pode depois transformar-se em cooperação ativa.

A nacionalização da regulação, outra mudança proposta pelo novo marco legal, no que envolve qualidade e eficiência dos serviços, tarifas, padronização de contratos e objetivos determinados, também é um elemento que oferecerá maior estabilidade

9 Na 72ª Assembleia Geral da ONU, 17 set. 2017, o presidente francês Emmanuel Macron apresentou o projeto de Pacto Mundial para o Meio Ambiente. Além dessa versão proposta por um político, existem outras mais acadêmicas, e, por assim dizer, mais ambiciosas, a exemplo da apresentada pelo Centre International de Droit l'Environnement (CIDCE), ONG que possui caráter consultivo junto ao ECOSOC. Vide a quarta versão documento, publicada em 18 abr. 2018. Disponível em: <https://cidce.org/fr/droits-de-lhomme-a-lenvironnement-human-right-to-the-environment/>. Acesso em: 21 set. 2020.

para o sistema, atraindo automaticamente novos investidores. A existência de contratos estruturados — com metas, prazos, indicadores e métricas — e uma matriz de risco eficiente são sempre sinais positivos para o mercado. Contratos de programa (depois da assinatura dos aditivos) e contratos de concessão organizados e monitorados a partir da ação normativa de um regulador nacional devidamente internalizada pelos subnacionais – por ato de vontade incentivada – serão alguns dos elementos organizadores do sistema.

Mais do que nunca, o modelo PLANASA, é confrontado por um conjunto relevante e expressivo de mudanças no campo legal e infralegal, que imporão uma outra dinâmica, de incentivo à regionalização, de uma nova lógica de regulação centralizada (de orientação), com estímulo para concorrências e desestatizações, acompanhado de metas ambiciosas de universalização. Por isso, do Novo Marco Regulatório, destaca-se novamente, podem-se considerar como pontos principais: *i)* o incentivo à regionalização; *ii)* o novo desenho da regulação (incentivada ou de orientação); *iii)* o estímulo à concorrência e à desestatização no setor; e *iv)* a adoção de metas para a universalização.

O melhor sistema de prestação do serviço público de saneamento básico é aquele compatível com a realidade do lugar. Não se deve estabelecer uma hierarquia natural entre eficiência privada e ineficiência pública. Com circunstâncias muito próprias para cada caso, as reestatizações ocorridas em Paris, Atlanta, e Buenos Aires — o que se pretende analisar mais tarde — evidenciam isso. Mas não comprovam, necessariamente, um fracasso da experiência privada nesses países, e sim uma possível escolha legítima do poder político de retomar o controle das suas operações diante das circunstâncias predominantes.

A SABESP/SP, a SANEPAR/PA e a COPASA/MG, na comparação direta com as demais companhias em operação nos estados brasileiros, mostram-se mais avançadas, vivendo experiências aprimoradas de governança. A CORSAN/RS, a SANESUL/MS, a CASAL/AL e a CESAN/ES também estão evoluindo os seus processos internos e externos, organizando parcerias com a iniciativa privada. A CEDAE/RJ e a AGESPISA/PI, da mesma maneira, vivem de forma objetiva essa transição. Todas buscam um padrão de governança e um outro modelo de funcionamento que garanta a sua sobrevivência

em um ambiente claramente hostil, também influenciadas pela Lei n. 13.303/2016.¹⁰

Com a Lei n. 11.445/2007, ficou mais clara a necessidade de regulação – e de formalização - de contratos de programa ou contratos de concessão — seja o tipo comum, patrocinada ou administrativa — no setor de saneamento básico. Assim, isso fortaleceu-se ao longo do tempo, os estados, as regiões metropolitanas e os municípios criaram as suas agências reguladoras – e existem algumas dezenas de entidades no país (estima-se em mais de 70) -, mas a falta de capacidade técnica, organização administrativa e independência propiciaram diferentes formas de captura – política, técnica e/ou econômica. A rigor, somente agora uma agência reguladora nacional assumirá amplamente o papel de centralizar essas normativas, divulgando de maneira não coercitiva as melhores experiências do setor. Para logo, surgirão, as primeiras minutas-padrão de contratos, os procedimentos de fiscalização e um catálogo de boas práticas, consolidando *standards* para o setor — o que significa mais transparência, estabilidade e homogeneização, multiplicando a atratividade para os investidores e operadores privados vocacionados para essa modalidade de serviço público.

De forma ampla, a entrada de novas tecnologias, a busca constante por eficiência energética, seja controlando perdas, ampliando o reúso ou incorporando ao seu *pipeline* de projetos o tratamento de resíduos sólidos, também na linha ESG, dependerá de contratos de programa atualizados e flexíveis, que não estejam em contradição direta com a capacidade econômico-financeira das companhias e da própria dinâmica de funcionamento do setor. Em realidade, os contratos de programa, especialmente depois dos aditamentos, serão fiscalizados de outra maneira pelo conjunto de agências, lideradas pela ANA e por suas diretrizes, em um modelo de regulação discricionária voltado para pressionar as companhias estaduais rumo a uma

10 Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo (SABESP), Agência de Saneamento Paragominas (SANEPAR), Companhia de Saneamento de Minas Gerais (COPASA), Companhia Riograndense de Saneamento (CORSAN), Empresa de Saneamento de Mato Grosso do Sul S.A. (SANESUL), Companhia de Saneamento de Alagoas (CASAL), Companhia Espírito Santense de Saneamento (CESAN), Companhia Estadual de Águas e Esgotos (CEDAE) e Águas e Esgotos do Piauí S.A. (AGESPISA).

governança transformadora, que apresente maior transparência e a comprovação do ponto de equilíbrio das tarifas cobradas dos usuários dessa modalidade de serviço público.

Hoje, no Brasil e no mundo, identificam-se empresas privadas e estatais formatando planos de sustentabilidade, especialmente quando a intenção é ampliar o acesso aos fundos de investimento, nacionais e internacionais. Nesse aspecto, a atuação na área de saneamento básico pode significar maior facilidade para a obtenção desses recursos, até para as companhias estatais. Todavia, persiste o problema de comprovar a capacidade econômico-financeira para contrair tais empréstimos, o que no contexto dos operadores privados é sempre mais fácil. Existe um estoque importante de recursos para acelerar as obras de infraestrutura que são urgentes ao setor, em particular agora, com as metas de curto prazo estabelecidas pela legislação setorial.

No mercado internacional de créditos multiplicam-se investidores interessados em obter performance nos temas relacionados aos Objetivos de Desenvolvimento do Milênio (ODM); essa nova visão de controle das externalidades, como um compromisso dividido entre o poder público e a iniciativa privada, deve permanecer na pauta pelos próximos anos. Existe uma tendência de retomada econômica no pós-pandemia, com uma agenda inclusiva e sustentável — capaz de incentivar o mercado de carbono, o licenciamento ambiental e a rastreabilidade dos produtos. Atualmente, o risco de desmatamento na cadeia de suprimentos e nas condições de saúde e segurança dos colaboradores das empresas poderá determinar perda substancial de mercados para os negócios que não controlarem os seus passivos ambientais e sociais.

Na verdade, é importante reiterar, os fundos de investimento ESG avaliam, inclusive, a consistência dos programas de *compliance* implantados nas empresas, pois o efetivo funcionamento das estratégias de prevenção, detecção e correção indicam o nível de governança atingido pela entidade. O foco em riscos no tocante à sustentabilidade e aos critérios ESG cresce exponencialmente; o que era marginal nas decisões de investimento, tornou-se ponto central.

Há um pacto global de iniciativa das Nações Unidas para engajar empresas na agenda da sustentabilidade. Utilizava-se a expressão “responsabilidade social”, depois passou-se a falar de “sustentabilidade” e, agora, ESG, mas o fio condutor permanece o mesmo:

a lógica de que uma correta alocação de capital pode melhorar a vida da coletividade. Se não é possível defender o crescimento zero (Conferência de Estocolmo, Relatório do Clube de Roma, 1972), aposta-se no ecodesenvolvimento (Conferência de Estocolmo, Relatório Strong, 1972), no desenvolvimento sustentável (Relatório Brundtland, 1987) e na interligação entre desenvolvimento socioeconômico e meio ambiente (Rio-92, 1992), indicando a existência de uma linha histórica que ampara a defesa de responsabilidade social e ambiental e de uma governança voltada a preservar interesses coletivos. Nesse contexto, o dado que surpreende é o nível de aderência do mundo privado à narrativa da bioeconomia, da economia verde.

A análise dos desafios de infraestrutura na América Latina e no Caribe, proposta pelo Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID) — relatório *Development in the Americas (DIA)* —, para 2020, demonstra ser prioritário canalizar investimentos para obras de infraestrutura concernentes à água e ao serviço de esgotamento sanitário, acelerando o crescimento e o desenvolvimento do país e das regiões mais degradadas. Assim, pretende-se alcançar no saneamento básico o patamar de universalização atingido nas telecomunicações, na energia elétrica e no gás. As populações de risco, em situação de moradia vulnerável, são a prova de uma desigualdade que depende de uma política urbana apta a melhorar as condições gerais de vida desses indivíduos a partir do acesso a bens coletivos. Nenhuma política econômica será eficaz desacompanhada de redes de proteção social. Por isso, a política econômica e urbana precisam ter o mesmo foco de atenção.

Diante de uma conjuntura tão abrangente, este livro está dividido em duas grandes partes. Na primeira, analisaremos o processo de afirmação histórica do direito humano à água e ao serviço de esgotamento sanitário (o que, para o Brasil, integra o conceito de saneamento básico)¹¹ no âmbito internacional e dos modelos de operação dos sistemas de saneamento. Introduziremos aí o tensionamento entre a operação pública (hegemônica no mundo) e a privada (em especial, os exemplos da Inglaterra e da França). Os casos de desestatização e de reestatização demonstrarão que não existe

11 Lei n. 11.445/2007, art. 3º, I, a, b, c, d.



um modelo perfeito, visto que há inúmeras circunstâncias a serem avaliadas, servindo de pressupostos para a conformação de uma política pública em sintonia com as necessidades das populações, mormente as mais vulneráveis.

Na segunda parte, nos concentraremos no Brasil, apresentando um panorama histórico do nosso sistema de saneamento básico e esboçando uma organização dos princípios de um Direito Administrativo para ele. Os capítulos finais destinar-se-ão à análise do regime jurídico vigente no Brasil e suas recentes transformações — a Lei n. 14.026/2020 e seus regulamentos —, sempre reportando-as, quando pertinente, aos debates internacionais estudados nos pontos anteriores. Além disso, dedica-se um capítulo para o impacto do Novo Marco Regulatório do Saneamento Básico sobre o modelo até então vigente de operação dos serviços, qual seja, a da gestão associada interfederativa entre Estados-membro, por meio de suas companhias estaduais, e os municípios. Evidentemente, a Lei n. 14.026/2020 inaugura uma nova modelagem de prestação dos serviços, que terá que conviver, ao menos temporariamente, com a operação até então vigente.





PARTE I

**SANEAMENTO
BÁSICO
NA ARENA
GLOBAL**



Capítulo I

Políticas Internacionais de Saneamento Básico

1. Direito Internacional e Direitos Humanos

1.1. Breve Introdução ao Direito Internacional Público

É ainda uma realidade distante um Direito Internacional que, à imagem dos ordenamentos jurídicos nacionais, tenha vinculatividade e autoridade.¹² Tal desejo pode ser bastante apropriado quando cogita-se tornar determinados acordos uma manifestação do direito positivo, mas extremamente frágil caso seja necessário impor-se nas circunstâncias em que predominam as assimetrias de poder entre países. O Direito Internacional é eficiente para regular os processos de conflito, porém, paradoxalmente, apenas depois de exauridos; por outro lado, mostra-se apto a viabilizar a estabilização dos acordos e constranger, a curto prazo, novas rupturas — mas nem tanto assim.¹³ Na verdade, ele é resultado de uma vontade, uma intenção declarada e o retrato de um momento, o que fica comprovado em tempos de crise. Se determinado país não concorda com as orientações da Organização Mundial da Saúde (OMS), ou com os termos finais do Acordo de Paris, para apresentar dois exemplos graves, cria um problema de difícil solução, principalmente quando ele é um *player* comercial relevante no cenário internacional, pois essa ação constrange movimentos de retaliação pelo conjunto dos demais Estados.

12 Essa questão teve ressonância não apenas entre os estudiosos do Direito Internacional, mas do próprio ramo da Filosofia do Direito. Para uma discussão clássica, confira HART, H. L. A. **The Concept of Law**. Oxford: Clarendon Press, 1961, p. 209-231.

13 CASELLA, Paulo Borba; SILVA, G. E. do Nascimento; ACCIOLY, Hildebrando. **Manual de Direito Internacional Público**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 107.

Pode-se dizer que o Direito Internacional, enquanto instrumento de formalização de acordos entre Estados, já estava consolidado no século XIX e nos séculos XX e XXI ampliou gradativamente seu objeto, com direta implicação na teoria das fontes do Direito Público e do Direito Privado. Os debates sobre direitos humanos, aproveitando a caminhada do Direito Internacional, passaram também a integrar suas estruturas. Ainda que se fale em direitos subjetivos desde o início da modernidade, as primeiras declarações de direitos apareceram no século XVIII, nas experiências americana e francesa. Assenta-se ali a produção da ideia de um indivíduo racional e emancipado,¹⁴ explicitando duas figuras-chaves: o contrato social e o catálogo de direitos. Esses processos de enumeração, de forma contraditória, tornam os direitos mais concretos e menos universais — nenhum direito é natural; tudo é direito posto.¹⁵

Depois da Primeira Guerra Mundial, no Tratado de Versalhes, em 1919, fortalece-se o sentido da cooperação, ou do necessário esforço de integração entre Povos e Nações, o que implica construir espaços de relação com o outro, a partir de um propósito claro: proteção mútua em um contexto de pós-guerra, em que os atores estão convencidos da relevância de um empenho permanente de pacificação.¹⁶ Assemelha-se ao dilema dos tempos atuais – a crise climática e a crise sanitária (além da crise hídrica no Brasil) -: vivemos

-
- 14 LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 2009, p. 123.
- 15 BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 29. “[...] no momento em que essas teorias são acolhidas pela primeira vez por um legislador, o que ocorre com as Declarações de Direitos dos Estados Norte-Americanos e da Revolução Francesa (um pouco depois), e postas na base de uma nova concepção de Estado — que não é mais absoluto e sim limitado, que não é mais um fim em si mesmo e sim meio para alcançar fins que são postos antes e fora de sua própria existência —, a afirmação dos direitos do homem não é mais expressão de uma nobre exigência, mas o ponto de partida para a instituição de um autêntico sistema de direitos no sentido estrito da palavra, isto é, direitos positivos ou efetivos. [...] Nessa passagem, a afirmação dos direitos do homem ganha em concreticidade, mas perde em universalidade. Os direitos são doravante protegidos (ou seja, são autênticos direitos positivos), mas valem somente no âmbito do Estado que os reconhece. Embora se mantenha, nas fórmulas solenes, a distinção entre direitos do homem e direitos do cidadão, não são mais direitos do homem e sim apenas do cidadão, ou, pelo menos, são direitos do homem somente enquanto são direitos do cidadão deste ou daquele Estado particular.”
- 16 COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 67.

em rede, imbricados e dependentes, por isso, é indispensável encontrar-se um padrão mínimo de convivência, empatia e solidariedade.

Mas a fragilidade desses esforços provou-se, de modo trágico, com a deflagração da Segunda Guerra Mundial. Concomitante ao seu término, no ano de 1945, surge a Organização das Nações Unidas (ONU), uma nova grande tentativa de estabilização institucional em nível internacional, demandando o aperfeiçoamento das estruturas político-normativas existentes, ainda incompatíveis à intenção de viabilizar-se, com boa margem de segurança, novos consensos.

Na origem dessa construção, verifica-se o propósito de modificar novamente a relação entre os Estados, os organismos internacionais, as comunidades e os indivíduos¹⁷ — direcionando o protagonismo maior para o último. De qualquer forma, para a assimilação desse espírito de concertação internacional — que precisa ser continuamente renovado —, é necessário que os Estados reconheçam a existência de um espaço para a reconstrução de acordos possíveis na arena pública internacional, capazes de eliminar tensões geradoras de conflitos.

É também nesse contexto que os chamados países em desenvolvimento, remanescentes do passado colonial, tornam-se sujeitos do Direito Internacional. Ao mesmo tempo que organismos internacionais buscam a solidificação de suas normas, criadas a partir de estruturas complexas, evidencia-se que, para alcançar seus objetivos, é fundamental o envolvimento de um número cada vez maior de atores e de interesses.

Por essa razão, insiste-se, a cooperação internacional, para uma superação definitiva dos eventos de guerra total, transforma-se no ponto fundamental dessa transição.¹⁸ Talvez a Conferência das

17 CASELLA, Paulo Borba; SILVA, G. E. do Nascimento; ACCIOLY, Hildebrando. **Manual de Direito Internacional Público**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 104. O que se percebe, sendo também destacado pelo autor, é que a “[...] adaptação qualitativa do direito internacional pós-moderno põe-se no progressivo reconhecimento da condição do ser humano como sujeito e objeto de proteção pelo ordenamento jurídico internacional”.

18 APOLINÁRIO, Sílvia Menicucci de Oliveira Selmi. **Barreiras não tarifárias no comércio internacional e direito ao desenvolvimento**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 482. Por certo, “[...] os direitos de terceira geração enfatizam a necessidade de decisões e ações conjuntas na esfera internacional, e não apenas no âmbito das fronteiras nacionais. A palavra-chave nesses direitos é solidariedade. →

Nações Unidas sobre Direitos Humanos, em Viena, no ano de 1993, na mesma linha histórica da primeira Conferência Internacional de Direitos Humanos, em 1968, na cidade de Teerã, tenha produzido essa síntese. Aquele momento retratou um ambiente favorável a um consenso, com a reafirmação do direito ao desenvolvimento como experiência de fraternidade e solidariedade, o que está na base de sustentação do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), desde a sua origem, na década de 1960, até os dias de hoje.

Interessante perceber que a passagem do tempo e uma sequência inesperada de acontecimentos trouxeram de volta, com muita força, em 2020, o discurso de cooperação internacional ativa. É um elemento fundamental para encontrarmos solução para o mundo no pós-pandemia. Torna-se urgente a busca de um compromisso voltado à importância de construir políticas públicas aderentes à ideia de sustentabilidade social, ambiental e econômica na sua execução e nos seus resultados. Para exemplificar, a descarbonização dos processos econômicos e sociais, uma discussão de 1992, com a Convenção do Clima, deve verticalizar-se ao debate a respeito da matriz energética global, posto que as ações climáticas e o desenvolvimento econômico precisam ocorrer de maneira concomitante, dentro da lógica da responsabilidade social.

O aquecimento global e a segurança hídrica são temas enfrentados pela política verde, na Dinamarca, na Alemanha e na França. E, inegavelmente, o Brasil tem a obrigação e as condições necessárias para ser um *player* relevante nesse debate. Existe hoje uma tendência global por maior rigor na regulação ambiental — como o Pacto Verde da Comissão Europeia —, afetando as políticas dos fundos de investimento internacionais.

Combater a desigualdade, diante de riscos cada vez maiores de novas crises globais, quando todas as populações do mundo vivem em estado relacional, nos mesmos limites territoriais, deixa de ser uma escolha e vira o único caminho possível.

→ Todos os direitos humanos estão relacionados a este valor, todavia, são os direitos de terceira geração que trazem esse traço de forma mais marcante. [...] os direitos de solidariedade são um pré-requisito para o exercício de todos os direitos humanos e reforçam a indivisibilidade e a interdependência dos direitos humanos”.



1.2. Afirmação dos Direitos Humanos na Organização das Nações Unidas

Os direitos humanos enquanto espécie de Direito Internacional positivado surgiram juntamente à criação da própria Organização das Nações Unidas (ONU), em 1945, em resposta aos crimes praticados em massa contra seres humanos, tendo na Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948,¹⁹ o seu marco documental. Uma pluralidade expressiva de normas de caráter geral, teoricamente alcançando todas as pessoas, compôs a construção de um sistema internacional de proteção desses direitos.²⁰ Dessa forma, as normas de combate ao racismo e à discriminação contra as mulheres, elevaram o ser humano à categoria de sujeito do Direito Internacional.

Assim formou-se um novo ramo do Direito Internacional: o dos direitos humanos, dotado de princípios próprios, de caráter específico e de autonomia. A Declaração sobre a Concessão de Independência aos Países e Povos Coloniais,²¹ de 1960, assegura a emancipação de todas as populações em relação ao domínio estrangeiro. Entende-se, portanto, que além da “não discriminação individual”, afirma-se a existência, e, por isso, a obrigatoriedade de preservar-se uma “autonomia coletiva” — o denominado “direito à autodeterminação dos povos”²² —, um verdadeiro reforço à soberania, e que não perdeu sua contemporaneidade.

O direito à autodeterminação dos povos — exemplo de *jus cogens* no plano internacional²³ — foi construído na prática da

19 ONU, Assembleia Geral. Resolução A/RES/3/217 A, 10 dez. 1948, Paris. Disponível em: <http://www.un-documents.net/a3r217a.htm>. Acesso em: 21 set. 2020.

20 MARTÍN, Líber *et al.* **El derecho humano al agua**: particularidades de su reconocimiento, evolución y ejercicio. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2011, p. 30-31. A Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, de 1948, e os Pactos Internacionais de Direitos Cívicos e Políticos, e de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966, foram importantes nesse processo, assim como a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos.

21 ONU, Assembleia Geral. Resolução A/RES/15/1514, 14 dez. 1960, Nova York. Disponível em: <http://www.un-documents.net/a15r1514.htm>. Acesso em: 15 jan. 2012.

22 BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 35.

23 LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 2009, p. 131. →

Organização das Nações Unidas, exteriorizado na Carta de 1960 e esmiuçado no Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966, e no instrumento relativo aos Direitos Civis e Políticos, do mesmo ano. Como consequência imediata do processo de descolonização, torna-se indiscutível que os próprios Estados devem promover e proteger o direito à autodeterminação dos povos, o que inclui o direito coletivo de “desfrutar e dispor plenamente de suas riquezas e recursos naturais”.²⁴

Mais do que isso, nasce um compromisso para a comunidade internacional, qual seja, colaborar no processo de afirmação dos direitos fundamentais no Direito Interno e, por coerência, desencadear o processo de assimilação desses mesmos direitos no ambiente externo, o que implica cooperação, fraternidade, solidariedade e empatia.

Na comparação com as declarações de direitos do cidadão, a americana e a francesa, para Norberto Bobbio:²⁵

[...] com a Declaração de 1948, tem início uma terceira e última fase, na qual a afirmação dos direitos é, ao mesmo tempo, universal e positiva: universal no sentido de que os destinatários dos princípios nela contidos não são mais apenas os cidadãos deste ou daquele Estado, mas todos os homens; positiva no sentido de que põe em movimento um processo em cujo final os direitos do homem deverão ser não mais apenas proclamados ou apenas idealmente reconhecidos, porém efetivamente protegidos até mesmo contra o próprio Estado que os tenha violado. No final desse processo, os direitos do cidadão terão se transformado, realmente, positivamente, em direitos

→ Para o autor, “[...] cabe marcar uma distinção importante entre o princípio das nacionalidades consagrado no Pacto da Sociedade das Nações — que foi aplicado preferencialmente na Europa e que não levou à rejeição do colonialismo na África, na Ásia e na América Latina — e o princípio da autodeterminação dos povos no sistema da ONU, que levou a uma norma peremptória de Direito Internacional Público de escopo universal”.

24 BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 36.

25 *Ibidem*, p. 29-30.

do homem. Ou, pelo menos, serão os direitos do cidadão daquela cidade que não tem fronteiras, porque compreende toda a humanidade; ou em outras palavras, serão os direitos do homem enquanto direitos do cidadão do mundo.

Sabidamente, os direitos humanos estão na origem e no centro da construção e da transformação do Direito Internacional público moderno.²⁶ Dos “direitos naturais universais”, passando pela condição de “direitos positivos particulares” das declarações americana e francesa, surgem os “direitos positivos universais”, os “direitos dos cidadãos do mundo”, como um ideal a ser alcançado.²⁷ O Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos possui uma característica especial que o diferencia dos demais sistemas de Direito Internacional. A fixação de obrigações absolutas e universais²⁸ dos Estados em referência ao objeto e à finalidade das convenções, e não somente de direitos e obrigações entre as partes signatárias, alça esse sistema a um ramo do direito.

Os direitos de primeira e segunda geração — respectivamente, a liberdade e a igualdade —, e, mais tarde, os de terceira geração (ou dimensão) — a fraternidade —, de forma progressiva, cumulativa e concomitante, surgem para representar diferentes concepções na relação estabelecida entre o Estado e o indivíduo. No plano internacional, essa diferença de tipos de Estados, do liberal na comparação com o social, dá sentido à conformação de dois pactos distintos, um

-
- 26 PIOVESAN, Flávia. Introdução ao Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos: a Convenção Americana de Direitos Humanos. In: GOMES, Luiz Flávio; PIOVESAN, Flávia. (coord.). **O Sistema Interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 20.
- 27 BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 30.
- 28 KORKELIA, Konstantin. New Challenges to the Regime of Reservations under the International Covenant on Civil and Political Rights. **European Journal of International Law**. v. 13, n. 2. Oxford: Oxford University Press, 2002, p. 439. E, “diferentemente da grande maioria dos tratados multilaterais, os tratados de direitos humanos não criam relações recíprocas entre os estados partes, mas criam um regime de objetivo dos direitos humanos”. Tradução nossa.

para os direitos civis e políticos, outro para os direitos econômicos e sociais.²⁹

O desafio contemporâneo é encontrar o espaço de sobrevivência — ou de resiliência — dos direitos humanos diante de um Estado minimalista que se impõe como modelo a ser seguido. Do Estado social para o Estado necessário, ou para o Estado possível, que nem sequer garante a formulação de políticas públicas identificadas com o conceito de “mínimo existencial”. Ao mesmo tempo, a incerteza do mundo pós-pandemia, do “novo anormal”, também pode surpreender, trazendo um conceito de “capitalismo de Estado transicional”, legitimado pela urgência de consolidação de uma economia verde, ou bioeconomia, que retroalimenta o discurso dos direitos humanos e de um direito universal de sobrevivência.

Os direitos humanos, em sua progressiva internacionalização, permanecem dependentes de um fortalecimento do seu grau de *enforcement*. Devido a isso, servem como argumento de superação de determinadas práticas, respaldadas pelas culturas e pela história de certos povos, mas incompatíveis com um conjunto de premissas ou convicções nascidas da racionalidade moderna — os direitos fundamentais indicam um novo contrato social e propõem um patamar superior de civilidade. Mais do que simples orientação geral, uma determinação do Direito Internacional, mas sempre limitada em sua capacidade de impor-se ao espaço discricionário da soberania e da barreira da autodeterminação como base para a convivência entre os Estados, conforme abordou-se anteriormente.

29 LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 2009, p. 129. Na verdade, “[...] os direitos civis e políticos comportam o processo de reclamação ou petição individuais a um organismo internacional, que pode resultar de uma garantia-coletiva criada pelos Estados-Parte de uma convenção sobre direitos humanos. Já os direitos econômico-sociais e culturais, pelas suas características de *objetivos* a serem realizados progressivamente por uma coletividade, através da ação estatal, são menos suscetíveis de aplicação imediata. Por isso, o acompanhamento de sua tutela, no plano internacional, não cuida normalmente da reparação ou do problema da violação individuais, como é o caso dos direitos civis e políticos, mas geralmente se faz através de relatórios sobre situações prevalentes que afetam grupos ou coletividades humanas e que são discutidos e examinados por um organismo internacional”. ONU, Declaração da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, A/CONF.48/14/Rev.1, Estocolmo, jun. 1972. Disponível em: <http://www.un-documents.net/unchedec.htm>. Acesso em: 21 set. 2020.



1.3. O Banco Mundial e sua Influência

Em uma linha histórica que evolui em paralelo, no ano de 1944, realizou-se a Conferência de Bretton Woods (Conferência Monetária e Financeira Internacional),³⁰ tendo como foco principal a reconstrução da Europa no momento seguinte ao encerramento da Segunda Guerra Mundial. Para permitir a conquista desse primeiro objetivo, foram criadas duas instituições financeiras: o Banco Internacional de Reconstrução e Desenvolvimento (BIRD, 1945),³¹ ou Banco Mundial, e o Fundo Monetário Internacional (FMI).³²⁻³³

Mais tarde, ao redor do BIRD³⁴ surgiram outras entidades, com natureza semelhante, compondo o grupo Banco Mundial,

- 30 MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Natureza Jurídica dos Acordos Stand-by com o FMI**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 62; THIRLWALL, Antony. **Keynes and international monetary relations: the second Keynes Seminar** held at the University of Kent at Canterbury, 1974, London: Macmillan, 1976, p. 126; PEREIRA, João Márcio Mendes. **O Banco Mundial como ator político, intelectual e financeiro**. Rio de Janeiro: 2010, p. 98; VREELAND, James Raymond. **The International and Domestic Politics of IMF Programs**, Department of Political Science of Yale University, 2004, p. 2-4.
- 31 Como atuação prioritária em relação aos países de economias pequenas e médias, tanto pode intermediar o repasse de recursos captados no mercado internacional, quanto, em menor dimensão, pode viabilizar os repasses a partir de recursos próprios.
- 32 MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Natureza Jurídica dos Acordos Stand-by com o FMI**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 60-61. O FMI é uma organização vinculada às Nações Unidas; seus estatutos entraram em vigor em 27 de dezembro de 1945. Possui o escopo de zelar pela estabilidade do sistema monetário internacional, por meio da promoção da cooperação e da consulta em assuntos monetários entre os seus mais de cento e oitenta países membros. O objetivo de sua criação foi evitar que desequilíbrios nos balanços de pagamentos e nos sistemas cambiais dos países membros prejudicassem a expansão do comércio e dos fluxos de capitais internacionais.
- 33 CHOSSUDOVSKY, Michael. **World Bank International Organization**. Encyclopedia Britannica. Disponível em: <<https://www.britannica.com/topic/World-Bank>>. Acesso em 21 de junho de 2021.
- 34 MELLO, Celso D. Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. 14. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 690. O autor assegura que a “[...] política do BIRD é de só dar empréstimos aos Estados que mantêm em ordem o pagamento de suas dívidas públicas externas, bem como àqueles que pagam indenização em caso de nacionalização. [...] O BIRD recusa empréstimos para a criação ou desenvolvimento de empresas do Estado, e só os concede em casos especiais, quando o capital privado está ausente e o banco se assegurou de que a participação do governo não trará prejuízos à iniciativa privada”.



como a Associação Internacional de Desenvolvimento (AID, 1961),³⁵ a Corporação Financeira Internacional (CFI, 1956),³⁶ a Agência Multilateral de Garantia de Investimento (MIGA, 1988)³⁷ e o Centro Internacional de Resolução de Controvérsias sobre Investimentos (CIRDI, 1966).³⁸ O que vincula essas entidades sob uma mesma denominação é o sentido comum das atuações a que, em tese, sujeitam-se: combater a pobreza e melhorar a qualidade de vida das populações concentradas nos países em desenvolvimento — embora a possibilidade de oferecer as fórmulas para alcançar esses resultados tenha alguma oposição no contexto internacional, acentuada atualmente, especialmente pelos recentes movimentos de oposição aos foros multilaterais.

De qualquer maneira, no cenário político das décadas de 1970 e 1980, foi-se firmando um acordo entre atores econômicos acerca da necessidade de enxugamento das estruturas administrativas dos Estados, com aposta na expansão do setor privado para além das fronteiras dos seus próprios países.³⁹ Afirmava-se que esse setor

-
- 35 A Associação Internacional de Desenvolvimento (AID), nascida em 1960, tem sua dinâmica administrativa espelhada no modelo do BIRD. Desde o início, demonstrou um enfoque diferente de atuação, com empréstimos de longo prazo, juros menores e uma relação direta aos países mais pobres. Ainda assim, trata-se efetivamente de um empréstimo com juros diferenciados condicionado à concordância do beneficiário de vincular-se a um programa de ajustes às diretrizes de políticas públicas e legislativas do BIRD. As doações voluntárias dos países membros, o retorno de sua política de juros, além de repasses realizados pelo próprio BIRD, como síntese adequada compõem as origens de sua base financeira (e orçamentária). O objetivo principal é disponibilizar recursos aos países mais pobres — de baixa renda *per capita*, e, por algum motivo, inabilitados a usufruir da carteira de investimento do BIRD.
- 36 Pretende disponibilizar recursos para as empresas privadas, induzindo o desenvolvimento econômico do país-sede das empresas a partir do fortalecimento do setor produtivo. Ao mesmo tempo, pode servir como elemento de aproximação entre o setor público e os agentes privados, como forma de propor novas dinâmicas no contexto da ordem econômica nacional.
- 37 Tem como foco prioritário de atuação intermediar a obtenção de financiamento externo para os países em desenvolvimento, condicionado ao oferecimento de um conjunto de garantias, inclusive em relação às variáveis que integram o cenário político local.
- 38 Suas estruturas estão concentradas em conciliar (ou arbitrar) conflitos existentes entre investidores estrangeiros e o país beneficiado que demonstrou condições de captar o recurso, em especial pelas garantias anteriormente oferecidas.
- 39 ESTORNINHO, Maria João. **A Fuga para o Direito Privado**: contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública. Coimbra: Livraria Almedina, 2009, p. 37.

seria a forma disponível mais eficiente de organização dos processos de produção, reprodução e distribuição sociais.

O documento intitulado Consenso de Washington, que inaugura nos anos 1990 a visão de política econômica defendida pelo Fundo Monetário Internacional (FMI),⁴⁰ em sintonia com o Banco Mundial e a maioria das agências internacionais de fomento, tentou estabelecer um quadro homogêneo para a inserção dos Estados num sistema que se colocou como a única alternativa naquele momento. A trajetória do serviço público de saneamento básico na Argentina, apenas para exemplificar, da desestatização à reestatização, tem relação direta com essas instituições e os pontos de conflito dos seus modelos.

Agora, no mundo pós-pandemia, abre-se aparentemente a rediscussão dos compromissos do Estado e da sociedade com o bem-estar geral de todas as populações. O direito à saúde, ao meio ambiente sadio e, como decorrência, o direito ao saneamento estão no centro dos debates mais atuais, inclusive quanto ao papel do Estado.

A hegemonia estabelecida no Banco Mundial, desde Bretton Woods, é dividida entre os Estados Unidos e a Europa.⁴¹ Para as

40 MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Natureza Jurídica dos Acordos Stand-by com o FMI**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. A nova ordem mundial na qual inserem-se atores como o Banco Mundial e o FMI provocaram um aumento na demanda pela intervenção dessas instituições, a fim de financiar políticas públicas oriundas de novos paradigmas de desenvolvimento. Esses auxílios dados aos países membros são fornecidos por intermédio de uma carta de intenções, formulada pelo Estado investidor, endereçada ao fundo. Esse documento possui uma tramitação administrativa no próprio Fundo, da qual, por intermédio de deliberações internas, é proferida, ao final, uma decisão que consistirá no consentimento ou não da liberação do auxílio pleiteado. Nesse ensejo, importante esclarecer que o auxílio dado ao país membro baseia-se num acordo *stand-by*.

41 PEREIRA, João Márcio Mendes. **O Banco Mundial como ator político, intelectual e financeiro**. Rio de Janeiro: 2010, p. 90-92. É realidade que se pode observar, por exemplo, no seguinte fato, em tese: “caberia ao Conselho eleger um dos governadores como presidente do Banco Mundial para um mandato de 5 (cinco) anos, renovável uma vez. Na prática, o governo dos EUA — normalmente o Departamento do Tesouro — indica o nome que ocupará o cargo. Isso é parte de um acordo informal que vigora desde Bretton Woods, pelo qual o cargo de diretor-gerente do FMI deve ser ocupado por um cidadão europeu, enquanto a presidência do Banco deve ser exercida por um cidadão norte-americano. [...] Contudo, o monopólio sobre o direito de veto, o poder de voto muito superior ao dos demais membros e a prerrogativa para indicar o presidente da organização não são mais do que expressões formais da influência estrutural e modeladora →

questões que envolvem as políticas de acesso à água potável e ao serviço de esgotamento sanitário, explicitou-se, desde o início, a condição de predominância da tese da desestatização das estruturas públicas, ou, pelo menos, da gestão dos sistemas existentes nos países comprovadamente atrasados em relação aos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) — uma construção alicerçada pela Organização das Nações Unidas e pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD).

Existe, sem dúvida, dentro da entidade, um direcionamento da discussão para a tomada de determinadas políticas, assumidas como prioritárias pela instituição. Porém, não se pode precisar ainda o rumo dos debates depois da experiência real de uma pandemia, com efeitos globais tão devastadores. Percebe-se, em alguns aspectos, uma mudança de prioridades para *players* internacionais e nacionais, controladores dos fundos de investimento ou das companhias, que afirmam agora compromissos com o desenvolvimento sustentável, hierarquizando ações consideradas essenciais.

O Banco Mundial é conduzido por um conselho de governadores e uma diretoria executiva, atribuindo-se ao primeiro a orientação geral das ações da entidade, posteriormente implementadas pela segunda. O desenho administrativo da entidade é dividido em camadas — ou estamentos⁴², com baixa mobilidade vertical, e o nível de participação dos diferentes países é condicionado ao tamanho de sua economia doméstica e influência política internacional.⁴³⁻⁴⁴ A tendência, no entanto, é o fortalecimento de outras entidades, surgidas de iniciativas de países periféricos, com um compromisso mais claro

→ dos Estados Unidos sobre todos os aspectos do Banco: desde a sua orientação política geral, passando pela sua estrutura organizacional e sua forma de concessão de empréstimos, até a informação intelectual do seu pessoal. A autonomia da Instituição frente ao seu principal acionista sempre foi — e continua sendo — limitadíssima”.

42 FAORO, Raymundo. **Os Donos do Poder**: a formação do patronato brasileiro. 10. ed. São Paulo: Globo, 1996, p. 45-89.

43 PEREIRA, João Márcio Mendes. **O Banco Mundial como ator político, intelectual e financeiro**. Rio de Janeiro: 2010, p. 76.

44 CHOSSUDOVSKY, Michael. **World Bank International Organization**. Encyclopedia Britannica. Disponível em: <<https://www.britannica.com/topic/World-Bank>>. Acesso em 21 de junho de 2021.

de estimular políticas de desenvolvimento sustentável sem necessariamente vincular-se ao modelo de Estado Possível.

No caso do Fundo Monetário Internacional (FMI), normalmente focado na preservação da estabilidade monetária, sabe-se que ele orienta os diferentes países na formatação de uma política econômica ortodoxa, capaz de oferecer segurança para o processo de fluxo de capital e ações ligadas ao comércio internacional. Da mesma forma, os países chamados desenvolvidos têm uma hegemonia numérica, simbólica e prática na Organização Mundial do Comércio (OMC).

De modo geral, portanto, as condicionalidades do Banco Mundial e do Fundo Monetário Internacional (FMI), respaldadas pelo Direito Internacional dos investimentos, submetem o Estado captador aos seus modelos.⁴⁵ São exigidos, como contrapartida dos empréstimos, diversos movimentos de abertura e facilitação da atuação de corporações privadas em setores variados. Pode-se, assim, afirmar que o Banco Mundial e suas subdivisões têm uma política que prioriza a desestatização da atividade econômica (seja ou não essa um serviço público). O serviço público de saneamento básico, que envolve, como objeto desse estudo, o acesso à água potável e o serviço de esgotamento sanitário, estaria nesse conjunto de pautas prioritárias à desestatização. Para qualquer escolha nesse setor, existem pontos positivos e negativos, sendo o mais importante para o decisor, na conformação de uma política pública, ter um conhecimento pleno da sua realidade para errar menos.

45 CORREA, Márcio Lopes. **Prática Comentada da Cooperação Internacional**: entre a hegemonia e a busca de autonomia. Brasília: Edição do autor, 2010, p. 78-80. Por vezes, essas condicionalidades almejam “[...] impor ao país beneficiário, como pré-requisito para acessar a cooperação internacional, o compromisso de alterar o seu marco legal interno, com o objetivo de regular determinados aspectos de sua vida econômica, política ou social, a partir da internalização de conceitos, políticas ou paradigmas definidos pelo cooperante externo bilateral ou multilateral”. Ademais, em alguns casos, essas mudanças legais visam a criar “[...] direitos ou modernizar o marco regulatório de países em desenvolvimento. [...] Apesar dos argumentos técnicos que encapsulam as condicionalidades, parte dos seus efeitos práticos é nociva ao pleno exercício da soberania e da apropriação do processo de cooperação internacional pelos países em desenvolvimento. Podem ser, ainda, responsáveis até mesmo pela deterioração das condições locais anteriores ao processo de cooperação, caso venham a resultar em conflitos sociais e desarticulação dos meios de produção do país concernente”.



1.4. O Direito Internacional dos Investimentos

Paralelamente, desenvolveu-se um Direito Internacional dos investimentos, destinado a lidar com os potenciais conflitos entre as ordens jurídicas nacionais no âmbito do comércio internacional.

Os Estados exportadores de capital, os Estados importadores e os investidores — empresas de ampla circulação no mercado mundial — viabilizaram um sistema de solução de controvérsias para os seus processos a partir da Convenção de Washington, na década de 1960. Atualmente, há inúmeras iniciativas de lateralizar os pactos de segurança para a circulação desses investimentos, mas os principais instrumentos, com certeza, ainda são os Tratados Bilaterais,⁴⁶ que têm demonstrado força suficiente para produzir uma margem de segurança para a circulação internacional de recursos.

O Centro Internacional para Resolução de Controvérsias sobre Investimentos (CIRDI) é uma organização criada pela Convenção de Washington, em 1965,⁴⁷ e dotada, desde a sua origem, de personalidade jurídica internacional.⁴⁸ Responsabiliza-se a disponibilizar instrumentos para a conciliação e arbitragem de controvérsias que decorram do vínculo entre Estados e nacionais de outros Estados a partir de um determinado fluxo de investimentos absorvidos mediante certas condições — a aceitação das partes permite a incidência de sua jurisdição.

Até então, esse papel de arbitragem vinha sendo desempenhado, em casos esparsos, pelo Banco Mundial.⁴⁹ O propósito da

46 COSTA, José Augusto Fontoura. **Direito Internacional do Investimento Estrangeiro**. Curitiba: Juruá. 2010, p. 162.

47 RAMINA, Larissa. **Direito Internacional dos Investimentos, solução de controvérsias entre Estados e Empresas Transnacionais**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 70.

48 Ibidem, p. 19-31. A Convenção de Washington remonta à décima sétima Assembleia Anual da junta de governadores do Banco Mundial e foi realizada em setembro de 1962. Nessa ocasião, a junta solicitou aos administradores do Banco, por meio da resolução n. 174/1962, para examinar a utilidade e a possibilidade de estabelecer um mecanismo facilitador da solução de controvérsias relativas a investimentos entre Estados e investimentos estrangeiros pela via da conciliação ou da arbitragem, que viria a ser o CIRDI.

49 DELAUME, Georges R. La Convention pour Le reglement des différends aux relatifs aux investissements entre Etats ET ressortissants d'autres Etats. **Journal Du Droit International**, n. 1, p. 26-49, 1996. Em diversas ocasiões, Estados e investidores estrangeiros dirigiam-se ao Banco Mundial para obter sua assistência na solução →

criação do CIRDI foi justamente a liberação⁵⁰ do presidente do Banco Mundial, de modo a dar conta de demandas cada vez mais numerosas e prementes.

Tal modelo de arbitragem internacional diminui a importância da jurisdição nacional e do Direito Interno dos importadores, internacionalizando a jurisdição e o conjunto de princípios e regras que nortearão o litígio resultante dessa relação contratual.⁵¹

A solução que alguns Estados encontram para evitar esse quadro é o esforço pelo oferecimento de níveis razoáveis de segurança para a entrada e a permanência do capital externo, além de antecipar as regras de saída. Para muitos, a adesão, a exemplo da Argentina e do Uruguai, permitiu a captação dos indispensáveis recursos para investimentos no desenvolvimento social do país, embora inúmeras condições tenham sido impostas nesses momentos, não apenas em termos de ajustes estruturais na administração da nação, mas até pela diminuição do espaço tradicional de soberania. A medida inclui uma restrição de competência do Poder Judiciário Nacional para um importante conjunto de assuntos — a relação do Estado captador com os investidores, no caso de descumprimento dos pactos que viabilizaram essas operações.

É possível, diante de um mundo pós-pandemia, que os padrões modifiquem-se, equilibrando as relações entre investidores e Estados captadores. Não obrigatoriamente os fundos verdes priorizarão alavancar projetos de infraestrutura no setor de saneamento para determinar a desestatização dos sistemas, todavia, não se pode negar, essa sempre será a sua primeira vocação — o que, em tese, abarcaria empresas estatais e empresas privadas, nacionais e multinacionais. No caso brasileiro, imaginar que o país ou as companhias

→ de controvérsias relacionadas a investimentos. Em certos casos, o papel do Banco limitou-se a recomendar nomes de especialistas qualificados para conhecer o problema. Em outros, o Banco ou seu presidente aceitou pessoalmente desempenhar o papel de mediador ou árbitro. Foi o que ocorreu, por exemplo, após a nacionalização do Canal de Suez e o confisco de bens britânicos pelo Egito em 1956, e na ocasião da controvérsia entre Ville de Tokyo e os portadores de obrigações de empréstimo 5% em 1912.

50 COSTA, Larissa. **Arbitragem Internacional e Investimentos Estrangeiros**. São Paulo: Lawbook, 2007, p. 93.

51 *Ibidem*, p. 261.

estaduais de saneamento concorrerão por esses valores para manter o modelo PLANASA não parece ser o mais provável. O Novo Marco Legal do Saneamento, a partir da Lei n. 14.026/2020, sem dúvida, nasce para oferecer melhores condições a uma abertura imediata do mercado na perspectiva de captação de investimentos privados. Esse raciocínio permeou a montagem de um novo sistema, fruto da soma dos campos legais e infralegais, ainda em processo de construção, assimilação e estabilidade.

1.5. A Centralidade do Desenvolvimento Sustentável no Século XXI

Um exemplo de “conceito viajante”, a compreensão da palavra “desenvolvimento” no âmbito da economia, como critério à avaliação de um Estado, surge historicamente para representar o alcance de padrões semelhantes aos obtidos pelos países ditos desenvolvidos, principalmente em termos de patamar de industrialização — o desenvolvimento (ou crescimento) econômico.⁵²

Estabelece-se, nesse instante, a exportação de modelos e o apoio financeiro das nações desenvolvidas para aquelas em processo de desenvolvimento, metodologia utilizada para diminuir as distâncias e viabilizar o surgimento de novos mercados. Contudo, o subdesenvolvimento, seja econômico ou social, não é apenas um estágio obrigatório na direção do desenvolvimento, mas simplesmente a realidade de determinado contexto, e não se supera pela simples passagem do tempo.⁵³ Na verdade, não é uma fase, mas a

52 BERCOVICI, Gilberto. **Constituição Econômica e Desenvolvimento** — uma leitura a partir da Constituição de 1988. Brasil: Malheiros Editores, 2005, p. 50.

53 *Ibidem*, p. 52-54. “[...] O desenvolvimento é um fenômeno com dimensão histórica: cada economia enfrenta problemas que lhe são específicos. Não existem fases do desenvolvimento pelas quais, necessariamente, passam todas as sociedades, seguindo os moldes da industrialização europeia. [...] Quando não ocorre nenhuma transformação, seja social, seja no sistema produtivo, não se está diante de um processo de desenvolvimento, mas da simples modernização. Com a modernização mantém-se o subdesenvolvimento, agravando-se a concentração de renda. Ocorre assimilação do progresso técnico das sociedades desenvolvidas, mas limitada ao estilo de vida e aos padrões de consumo de uma minoria privilegiada. Embora possa haver taxas elevadas de crescimento econômico e aumentos de produtividade, a modernização não contribui para melhorar as condições de vida da população. O crescimento sem desenvolvimento, como já foi dito, é aquele →

face revelada de uma tradição. Não somente no discurso, a estratégia de perenização dos Estados desenvolvidos passou a ser o enfrentamento das necessidades básicas de sua população, aproximando desenvolvimento econômico e social, em ritmo próprio.⁵⁴

O desenvolvimento econômico depende do desenvolvimento humano,⁵⁵ do respeito aos direitos identificados com o conceito de mínimo existencial.⁵⁶ A Conferência de Copenhague, em 1995, enfatizou a importância de o Estado garantir a proteção dos direitos humanos de caráter social, indispensáveis à identificação de uma vontade de desenvolvimento.

Dentro do processo de afirmação dos direitos individuais e coletivos, em 1986, a Assembleia Geral da ONU elaborou e chancelou a Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento, reconhecendo em seu artigo 1º “[...] um direito inalienável de todos os seres humanos e de todos os povos” à “participação no desenvolvimento econômico, social, cultural e político e o gozo desse desenvolvimento”.

Costuma-se referir que não se trata de um novo direito introduzido nos catálogos tradicionais de direitos humanos; antes, seria a simples decorrência de uma universalização efetiva daqueles

→ que ocorre com a modernização, sem qualquer transformação nas estruturas econômicas e sociais.”

- 54 A crise do petróleo na década de 1970, as dificuldades de financiamento encontradas nos anos 1980, o fim da Guerra Fria, o Consenso de Washington (1989) e as Convenções no Rio de Janeiro (1992), em Viena (1993), no Cairo (1994) e em Copenhague (1995) vão determinar, enquanto elemento de tensão, uma desidratação do Estado social, na mesma medida em que se diagnostica a necessidade de desenvolvimento humano e do surgimento de novas políticas públicas.
- 55 APOLINÁRIO, Sílvia Menicucci de Oliveira Selmi. **Barreiras não tarifárias no comércio internacional e direito ao desenvolvimento**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 493. Dessa maneira, “[...] a partir de um conceito construído historicamente pela adição de novos elementos, o desenvolvimento como objeto de um direito humano corresponde ao sentido alcançado por meio de um processo cumulativo que compreende o seguinte: crescimento econômico (crescimento), redistribuição de recursos (igualdade), atuação do Estado (intervenção), democratização do processo (participação) e consideração da nova ordem internacional (reforma e cooperação). Esses elementos devem necessariamente estar presentes em medidas políticas, instrumentos jurídicos e princípios subjacentes delineadores dos meios e fins do desenvolvimento”.
- 56 Ibidem, p. 491. Logo, a “[...] constatação de que o desenvolvimento econômico deve caminhar de mãos dadas ao desenvolvimento social contribuiu para uma relativização da divisão Norte/Sul em face da natureza global dos problemas e do papel de atores não estatais na esfera internacional e significou uma síntese entre duas tendências contraditórias: exigência liberal e reivindicações sociais”.

catálogos no tempo e no espaço. Algo que não estava, contudo, nesses documentos, como a Declaração Universal de 1948. Apenas mais recentemente, tal qual na Declaração de Direitos Humanos de Viena, de 1993, ficará explicitada a necessidade de que a noção de desenvolvimento diga mais a respeito de sua dimensão humana e social do que da econômica, algo consagrado na Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento, ainda em 1986.⁵⁷

Essa visão tende a reforçar-se no contexto de um mundo pós-pandemia, quando as desigualdades existentes entre os países facilitam a disseminação do vírus, colocando em risco todas as populações do mundo. Se lavar as mãos com frequência é uma regra fundamental de prevenção de várias doenças, tem-se um problema relevante, não apenas no Brasil, mas em vários países do mundo.

O que se consolidou como direito ao desenvolvimento é também o direito-dever do Estado de enfrentar a pobreza, em vez de admitir como uma dimensão cotidiana e constitutiva da experiência de uma parcela extensa da população mundial. Mais precisamente, exige-se que o combate à pobreza, enquanto privação do exercício das capacidades básicas de cada indivíduo, e não apenas como problema de déficit de renda, esteja no centro da ação social de governo.⁵⁸ A universalização dos serviços de saneamento é uma ferramenta distributiva poderosa nesse sentido, integrada com as redes de proteção social, que se mostraram tão necessárias durante a pandemia a fim de manter um mínimo de coesão social.

No Direito Internacional, a Convenção das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, assinada na Conferência de Estocolmo de 1972, é o embrião normativo da ideia de desenvolvimento sustentável, nos seus princípios cinco e oito.⁵⁹ Essa premissa de direito

57 PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 138.

58 SEN, Amartya Kumar. **Desenvolvimento como Liberdade**. Tradução: Laura Teixeira Motta. Revisão técnica: Ricardo Doniselli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 35.

59 “Princípio 5: Os recursos não renováveis da terra devem empregar-se de forma que se evite o perigo de seu futuro esgotamento e se assegure que toda a humanidade compartilhe dos benefícios de sua utilização. [...] Princípio 8: O desenvolvimento econômico e social é indispensável para assegurar ao homem um ambiente de vida e trabalho favorável e para criar na terra as condições necessárias de melhoria da qualidade de vida.” Declaração da Conferência das Nações Unidas sobre o →

ambiental foi inscrita em quase todos os documentos internacionais sobre meio ambiente que a sucederam. Mas, é apenas no Relatório Brundtland que o conceito de desenvolvimento sustentável é explicitamente abordado,⁶⁰ caracterizando-se como o “desenvolvimento capaz de garantir as necessidades do presente sem comprometer as capacidades das gerações futuras de atenderem suas necessidades”.

Os países chamados desenvolvidos aceitam repensar os processos produtivos e incorporar novas tecnologias, evitando a exportação dos seus parques industriais, comprometidos com uma modelagem inadequada de produção.⁶¹ Aos poucos, a noção normativa de desenvolvimento⁶² vai distanciando-se de critérios de ordem financeira, para incorporar ao seu universo variáveis que vinculem o crescimento de um Estado à sua capacidade de realizar empiricamente o catálogo dos direitos fundamentais.⁶³

O fortalecimento do Direito Internacional pressupõe a cooperação de todos os atores públicos e privados, mas os parâmetros de comportamento e o grau de aceitação das orientações estabelecidas para a comunidade internacional podem merecer compreensões diferenciadas, compatíveis com a realidade dos Estados.

→ Meio Ambiente Humano, jun. de 1972. Disponível em: https://apambiente.pt/_zdata/Políticas/DesenvolvimentoSustentavel/1972_Declaracao_Estocolmo.pdf. Acesso em: 22 set. 2020.

60 MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito dos Cursos de Água Internacionais** (elaboração da Convenção sobre o Direito Relativo à utilização dos Cursos de Água Internacionais para fins Diversos dos de Navegação — Nações Unidas, 1997). São Paulo: Malheiros, 2009, p. 125.

61 Na Conferência de Estocolmo, em 1972, não ficou dúvida quando ponderou-se, no princípio dezesseis, que nas “[...] regiões onde exista o risco de que a taxa de crescimento demográfico ou as concentrações excessivas de população prejudiquem o meio ambiente ou o desenvolvimento, ou onde a baixa densidade de população possa impedir o melhoramento do meio ambiente humano e limitar o desenvolvimento, deveriam ser aplicadas políticas demográficas que respeitassem os direitos humanos fundamentais e contassem com a aprovação dos governos interessados”. No mesmo sentido, o princípio vinte aponta: “[...] as tecnologias ambientais devem ser postas à disposição dos países em desenvolvimento de forma a favorecer sua ampla difusão, sem que constituam uma carga econômica para esses países”.

62 CRETELLA NETO, José. **Teoria Geral das Organizações Internacionais**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 435.

63 *Ibidem*, p. 433.

O estágio de desenvolvimento de cada Estado, algumas vezes, determinará uma relativização de normas de caráter restritivo em relação ao aproveitamento dos recursos naturais, salvo se existir outro caminho, com possibilidades equivalentes de propiciar uma condição aceitável para a equação desenvolvimento-tempo.⁶⁴

Hoje, defende-se o respeito aos padrões de sustentabilidade social, ambiental e econômica. Seguindo essa mesma linha, quando a discussão envolve o combate às mudanças climáticas, surge a responsabilidade ESG (*Environmental, Social and Governance* ou ambiental, social e de governança)⁶⁵. Na verdade, cobra-se dos governos uma agenda para o desenvolvimento sustentável em harmonia com o Relatório Global de Riscos do Fórum Econômico Mundial — e, no caso, tanto riscos ambientais quanto a preocupação com doenças infecciosas, destacados ness e trabalho, têm ligação direta com a necessidade de universalização do serviço público de saneamento básico no Brasil. Em síntese, exigem-se dos Estados propostas econômicas para combater as mudanças climáticas e a desigualdade social. Falar de energia renovável e maior eficiência na utilização dos recursos naturais transforma-se em uma medida de consenso, a qual indica um movimento de transição no caminho de uma economia verde.

O Relatório de Brundtland, de 1987, e a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, ocorrida no Rio de Janeiro, em 1992, já refletiam sobre essas questões. Ambos enfatizam que o padrão de desenvolvimento deve obedecer a um limite estabelecido não pelos dilemas do presente, mas em razão do direito ao futuro, que as próximas gerações também possuem.⁶⁶ Nas palavras de Amartya Sen, “[...] o valor do meio ambiente não pode

64 MARTÍN, Carmen Plaza. **Derecho Ambiental de La Unión Europea**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005, p. 92.

65 O Banco Mundial, por exemplo, dispõe de ferramentas para verificação de dados a respeito de indicadores ESG ao redor do Globo. Disponível em: <<https://datatopics.worldbank.org/esg/>>. Acesso em 21 de junho de 2021.

66 RIOS, Nelly Edid. Los Derechos Ambientales. In: TOSI, Jorge Luis. **El Medio Ambiente en el Derecho Comunitario**. Mendoza: Juridicas Cuyo, 2006, p. 276-281.

ser dissociado das vidas dos seres vivos”.⁶⁷ Não se espera apenas um comportamento passivo, de não intervenção, mas uma atividade que amplie a liberdade e estimule o desenvolvimento das capacidades mais latentes para cada um dos indivíduos.⁶⁸ Em grande medida, a pandemia destacou a vulnerabilidade do nosso modelo econômico, e a crise climática pode ser um problema ainda mais grave do que a covid-19, por isso, defende-se uma recuperação verde, tornando os mercados do mundo mais resilientes em situações de catástrofe.

O preenchimento do significado de desenvolvimento sustentável, considerando a política de restrições ao modelo tradicional de progresso econômico que essa conceituação poderá representar, precisa também incorporar e assumir a responsabilidade de produzir externalidades positivas no campo da liberdade, da igualdade, do novo catálogo de capacidades e da fraternidade, dentro de uma perspectiva transgeracional.

Em síntese, o direito ao desenvolvimento ganha reconhecimento no Direito Internacional do meio ambiente. Integrados, compõem o conceito de desenvolvimento sustentável,⁶⁹ tendo três elementos essenciais: eficiência econômica, justiça social — o que significa respeito à diversidade — e harmonia com o meio ambiente.

1.6. O “Cisne Verde” e o Fórum Mundial de Davos de 2020

Os anos de 2020 e 2021 podem representar um momento-chave de conclusão de um processo longo de aceitação por parte do mercado financeiro e seus agentes de que as questões ambientais, em especial as mudanças climáticas, afetarão inarredavelmente sua própria atividade nos próximos anos. Há décadas, essas pautas

67 SEN, Amartya Kumar. **A Ideia de Justiça**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 283.

68 Ibidem, p. 266. “[...] a ideia de liberdade também diz respeito a sermos livres para determinar o que queremos, o que valorizamos e, em última instância, o que decidimos escolher. O conceito de capacidade está, portanto, ligado intimamente com o aspecto de oportunidade da liberdade, visto com relação a oportunidades abrangentes, e não apenas concentrando no que acontece na culminação.”

69 VARELLA, Marcelo D. **Direito Internacional Econômico Ambiental**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 6-21.

vêm sendo discutidas, pesquisadas e divulgadas por ambientalistas e cientistas.

Desde a assinatura do Acordo de Paris (2015/2016), no âmbito da Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre a Mudança do Clima, com o propósito de limitar a 1,5°C o aumento da temperatura global, as emissões de gases do efeito estufa — responsáveis pelo aquecimento do planeta — continuaram em vertiginoso crescimento.⁷⁰ Agentes da economia global, apenas recentemente, em vista dos eventos desastrosos das últimas décadas, passaram a conferir publicamente a essas questões a seriedade que merecem. Ademais, diversos investidores começaram a exigir governança ambientalmente responsável como critério de seleção de investimentos.

Um estudo especialmente importante, que sintetiza uma tomada de consciência, publicado em janeiro desse ano pelo Bank for International Settlements, é o trabalho de Patrick Bolton, Morgan Després, Luiz Awazu Pereira da Silva, Frédéric Samama e Romain Svartzman, intitulado “O cisne verde: bancos centrais e a estabilidade financeira na era das mudanças climáticas”. Ainda que seus destinatários diretos sejam os bancos centrais, o documento, mediante uma exposição concreta dos riscos provocados pelas mudanças climáticas à estabilidade dos sistemas financeiros, tem influenciado as ações de diversos agentes do mercado mundial. Reconhece que tais mudanças estão à beira de conduzir a “impactos irreversíveis e catastróficos”, possivelmente “a causa da própria crise financeira”. Logo, faz um chamado urgente para “ações ambiciosas dirigidas a uma transformação estrutural de nossas economias” e que coordenem governos, o setor privado, a sociedade civil e a comunidade internacional.⁷¹

O título do estudo alude ao conceito de “cisnes negros”, criado por Nicholas Taleb, que diz respeito a eventos inesperados cujos impactos abrangentes ou extremos só podem ser explicados após a observação dos fatos, como desastres naturais ou ataques

70 FIGUERES, Christiana; LE QUÉRÉ, Corine; MAHINDRA, Anand; BÄTE, Oliver; WHITEMAN, Gail; PETERS, Glen; GUAN, Dabo. Emissions are still rising: ramp up the cuts. In: **Nature**. Dez. 2018. 564 (7734), p. 27-30. 10.1038/d41586-018-07585-6.

71 BOLTON, Patrick; DESPRÉS, Morgan; PEREIRA DA SILVA, Luiz Awazu; SAMAMA, Frédéric; SVARTZMAN, Romain. **The green swan: Central banking and financial stability in the age of climate change**. Paris: Bank for International Settlements: 2020, p. 9.

terroristas. A comprovação dos constantes riscos desses eventos demanda que a incerteza seja incluída, na forma de padrões fractais, em modelos matemáticos que estudam cenários de risco. Os cisnes verdes diferem dos negros pois, embora indefinidos, apresentam alto grau de certeza de que graves riscos se materializarão em breve, capazes de configurar uma ameaça à existência humana. Dentre eles estão o aumento do nível dos mares, o aumento de picos de temperatura, as enchentes, a erosão de solo e a extinção massiva de espécies, o que levará ao crescimento da pobreza, da desigualdade e do fluxo migratório.

Segundo o estudo, os supervisores dos bancos centrais de todo o mundo podem tornarem-se agentes de disseminação da adoção consistente de padrões ambientais, sociais e de governança, estimulando a alocação de recursos em empresas e países comprovadamente comprometidos com eles.⁷² Mas isso não basta; o mercado financeiro deve começar a aceitar retornos menores a curto prazo em nome da redução dos riscos de longo prazo ligados à mudança climática. A manutenção da “neutralidade de mercado” tradicional oferece uma distorção em favor das indústrias que fazem uso intensivo de carbono.⁷³

Além disso, o texto aponta para os “efeitos distributivos” das mudanças climáticas: os riscos e os custos de adaptação recaem desproporcionalmente sobre países e populações pobres. O custo de mitigação dos danos e da migração de matrizes energéticas pode vir a ser proibitivo para esses grupos. Assim, sem um mapeamento claro de como os custos e benefícios da mitigação da mudança climática serão distribuídos, é quase certo — conforme observamos em muitos casos recentes — que crescerão as revoltas políticas violentas contra uma sociedade de baixo carbono. Portanto, a viabilidade sociopolítica de combater a mudança climática depende de lidar com suas consequências distributivas.⁷⁴

72 BOLTON, Patrick; DESPRÉS, Morgan; PEREIRA DA SILVA, Luiz Awazu; SAMAMA, Frédéric; SVARTZMAN, Romain. **The green swan**: Central banking and financial stability in the age of climate change. Paris: Bank for International Settlements: 2020,, p. 53.

73 *Ibidem*, p. 54.

74 *Ibidem*, p. 23.

O mercado financeiro tem considerado como parte das suas projeções e dos seus cálculos de riscos não apenas a agenda climática e da sustentabilidade, mas as questões associadas ao combate da desigualdade. Dentre as últimas, mostra-se prioritária e essencial a universalização do acesso à água e ao serviço de esgotamento sanitário.

O Fórum Econômico Mundial de 2020 provou a impossibilidade de ignorar a realidade da mudança climática, cujos efeitos vêm sendo notados concretamente. O tema foi, ao lado da desigualdade social, o mais debatido nas diversas reuniões bilaterais entre empresas e investidores, evidenciando-se que as decisões de alocação de capital serão cada vez mais guiadas pelos padrões ambientais, sociais e de governança (ESG). Em outras palavras, até mesmo o mercado financeiro tem destacado a urgência das medidas para a redução de impactos sobre o meio ambiente e a saúde humana a médio e longo prazo.

Logo, independentemente dos dilemas locais e das dificuldades enfrentadas nos últimos anos no Brasil, existe um debate e direcionamento mundial a favor da sustentabilidade, que já está afetando o investimento privado no país. É necessário, portanto, que os agentes políticos e econômicos internos sejam capazes de levar a sério os Objetivos para o Desenvolvimento Sustentável (Agenda 2030), apresentando um plano consistente para sua concretização. Além de um compromisso assumido no âmbito do Direito Internacional, trata-se agora de um pré-requisito para que o país venha a recuperar sua condição de agente relevante no cenário econômico.

A concretização da meta de universalização dos serviços de água e esgotamento sanitário encontra-se no centro dos objetivos próximos, não obstante o ângulo principal que se queira adotar seja aquele do crescimento econômico ou da concretização de direitos humanos. Por isso, deve-se compreender a previsão tão ambiciosa incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro pela Lei n. 14.026/2020, que no artigo 11-B da Lei n. 11.445/2007, para a concretização do direito de acesso à água potável e para o serviço de esgotamento sanitário, estabeleceu 2033 como ano de referência, e, para circunstâncias excepcionais, o ano de 2040.



2. O Direito Humano à Água Potável e ao Saneamento Básico

A defesa no cenário internacional de um direito humano à água potável e ao serviço de esgotamento sanitário não surge num plano abstrato, como componente de um catálogo básico de direitos humanos, mas em um momento histórico específico que aguçou a percepção de diversos agentes sobre essas questões. A relação umbilical da vida humana com a água sempre a colocou em um patamar de relevância, muito antes de se imaginar a formação de cidades, estados ou sistemas de Direito Internacional.

Assim, o período histórico a que nos reportamos não se refere a um despertar humano para a importância da água. Pelo contrário, é uma época dramática em que essa relação com ela se vê ameaçada numa perspectiva global. A tomada de consciência identificada na história que acompanharemos a seguir é a de que o presente modelo de expansão urbana e industrial não encontra viabilidade duradoura e priva cada vez mais pessoas desse elemento vital. O processo de defesa de um direito humano à água é, portanto, também uma tentativa de sua ressacralização diante de um quadro de crise hídrica e escassez, uma realidade novamente experimentada pelo Brasil ao longo de 2021.

Conforme dados divulgados no Relatório Mundial das Nações Unidas sobre Desenvolvimento dos Recursos Hídricos, de 2019, o uso de água aumenta 1% ao ano desde a década de 1980. Hoje, 30% das pessoas não têm acesso à água potável segura, metade delas na África Subsaariana, e 60% não têm acesso a serviços de saneamento.⁷⁵

Se esse é o nosso normal (o que deveria ser considerado anormal), como será projetado o chamado “novo normal” (ou “novo anormal”)?

O Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966, declarou um conjunto de direitos identificados com o conceito de mínimo existencial, capaz de garantir o direito a um nível adequado de vida — que envolve a alimentação, o vestuário

75 UNESCO. The United Nations world water development report 2019: leaving no one behind. Paris: UNESCO, 2019. Disponível em: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000367306>. Acesso em: 22 set. 2020.



e a moradia.⁷⁶ Interpretando esse pacto, o Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas, no ano de 2002, confirmou que a expressão “nível adequado de vida”⁷⁷ compreende o acesso à água potável e, como natural decorrência, ao serviço de saneamento.

É também o que ficou consagrado, em 2006, nas Diretrizes para a Realização do Direito à Água Potável e ao Saneamento, utilizada pela Subcomissão para a Promoção e Proteção dos Direitos Humanos das Nações Unidas — o direito à água potável e ao serviço de saneamento é um pré-requisito para a proteção do direito à vida. Ainda, está no Informe de 2007 do Alto Comissariado das Nações Unidas para Direitos Humanos e do Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais — o Protocolo de San Salvador.⁷⁸

No âmbito da Organização Mundial da Saúde (OMS), reforçou-se a ideia da água como necessidade humana, que deve ser fornecida de forma suficiente e contínua para uso pessoal e doméstico, e cuja quantidade precisa atender às seguintes diretrizes:

76 ONU. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966). Adotado em 16 dez. 1966, entrou em vigor em 23 mar. 1976 pela Resolução da AG n. 2200A. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm. Acesso em: 22 set. 2020.

77 ONU. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966). “Artigo 11. 1. Os Estados Partes no presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa a um nível de vida adequado para si e sua família, incluindo alimentação, vestimenta e moradia adequados, e a uma melhoria contínua das condições de existência. Os Estados Partes tomarão medidas apropriadas para assegurar a efetividade deste direito, reconhecendo a este efeito a importância essencial da cooperação internacional fundada no livre consentimento. 2. Os Estados Partes no presente Pacto, reconhecendo o direito fundamental de toda pessoa a estar protegida contra a fome, adotarão, individualmente e mediante a cooperação internacional, as medidas, incluídos os programas concretos, que se necessitam para: a) Melhorar os métodos de produção, conservação e distribuição de alimentos mediante a plena utilização dos conhecimentos técnicos e científicos, a divulgação de princípios sobre nutrição e o aperfeiçoamento ou a reforma dos regimes agrários de modo que se consiga a exploração e a utilização mais eficaz das riquezas naturais; b) Assegurar uma distribuição equitativa dos alimentos mundiais em relação às necessidades, tendo em conta os problemas que se colocam tanto aos países que importam produtos alimentícios como aos que os exportam.”

78 COHRE. A Efetivação do Direito à Água e ao Saneamento no Brasil: uma análise do marco jurídico e das políticas públicas com base em uma perspectiva de direitos humanos. Brasília, 2008, p. 19.



[...] a quantidade de 50 litros diários de água por pessoa como o necessário para garantir que haja baixo risco à saúde, e que se satisfaçam as necessidades mais básicas, inclusive banhar-se e lavar roupas. Somente quando estiver assegurado que todos tenham acesso a essa quantidade diária de água é que outros usos, como os comerciais ou industriais, podem ser autorizados.⁷⁹

No campo da dogmática dos direitos humanos, especialistas definem a água como um bem indispensável para uma vida digna, pois o acesso a ela e ao serviço de esgotamento sanitário são condições *sine qua non* para a realização de outros direitos fundamentais — o direito à vida, à moradia, à educação, à alimentação e à saúde. De fato, a água é um dos elementos que garante o mínimo para o ser humano viver dignamente,⁸⁰ suprimindo as necessidades de consumo pessoal e doméstico (higiene, limpeza e alimentação)⁸¹ e evitando a morte por desidratação e o risco de doenças. Os tratados de direitos humanos abordaram, inicialmente, o direito à água sob o ângulo da potabilidade, de maneira que, expressamente, as Convenções de Genebra e seus Protocolos Adicionais incluíram em seus artigos o direito à água potável.⁸²

79 Ibidem, p. 22.

80 MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito dos Cursos de Água Internacionais** (elaboração da Convenção sobre o Direito Relativo à utilização dos Cursos de Água Internacionais para fins Diversos dos de Navegação — Nações Unidas, 1997). São Paulo: Malheiros, 2009, p. 170-171.

81 Segundo a Avaliação de Saneamento e Água Potável de 2010 da ONU, “o acesso ao saneamento e à água potável traz grandes vantagens ao desenvolvimento de cada país através de melhorias nos resultados da saúde e na economia”, reduzindo o número de pessoas que morrem todos os anos, os gastos com saúde e com as faltas ao trabalho por doenças. In: ONU-ÁGUA. UN-Water Global Annual Assessment of Sanitation and Drinking Water/2010. Washington, 2010. Relatório. Disponível em: <https://www.unwater.org/publications/global-annual-assessment-sanitation-drinking-water-glaas-2010-report/>. Acesso em: 22 set. 2020.

82 Arts. 20, 26, 29 e 46 da III Convenção de Genebra de 1949; Arts. 85, 89 e 127 da IV Convenção de Genebra de 1949; Arts. 54 e 55 do Protocolo Adicional I; e Arts. 5 e 14 do II Protocolo Adicional de 1977. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Table/Convenção-de-Genebra-1949/>. Acesso em: 15 fev. 2012.

2.1. Água, Saneamento e Agenda Ambiental

As discussões em torno do direito ao meio ambiente e a sua afirmação enfática precederam aquelas que afirmaram explicitamente o direito à água e ao serviço de saneamento básico — aqui incluindo-se o sentido amplo dado ao tema pela Lei n. 11.445/2007, artigo 3º.⁸³ A primeira conferência específica sobre a água somente ocorreu em 1977, em Mar del Plata, na Argentina, porque os organismos internacionais depararam-se, à época, com um quadro de crise, resultado da soma do crescimento populacional, da poluição do meio ambiente e da escassez de recursos naturais, o que demandava o estabelecimento de programas de gerenciamento integrando recursos hídricos. Nela, foi assegurado que:

[...] todos os povos, qualquer seja seu grau de desenvolvimento e suas condições sociais e econômicas, têm o direito ao acesso à água potável em quantidade e qualidade iguais às suas necessidades básicas, e que está universalmente reconhecido que o acesso dos seres humanos a esse recurso é essencial tanto para a vida como para o seu desenvolvimento.⁸⁴

O Plano de Ações de Mar del Plata impulsionou a ONU a declarar o período de 1980-1990 como a Década Internacional da

83 PINTO, Bibiana Graeff Chagas. **La Gestion des Services Publics de Distribution et D'Assainissement de L'eau** — etude comparée en droit français et brésilien, These pour le Doctorat en Droit, Université Paris I, Pantheon Sorbonne. Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2008, p. 19. Os estudos desenvolvidos pela autora serviram para constatar que “[...] peu de textes internationaux consacrent un droit substantiel à l'eau”. Por outro lado, também considera que “[...] existe pourtant une évolution vers la consécration effective de ce droit. [...] Ce droit est en effet inhérent à d'autres droits fondamentaux, à l'instar du droit à l'alimentation, du droit à la santé et du droit à un logement décent”.

84 DEL CASTILLO, Lilian. **Los Foros Del Agua**: Del Mar del Plata a Estambul. CARI — Documentos de trabalho n. 86, ago./2009. Tradução nossa. Disponível em: https://www.internationalwaterlaw.org/bibliography/articles/general/Foros_del_Agua_libro.pdf. Acesso em: 20 set. 2020. “todos los pueblos, cualquiera sea su grado de desarrollo y sus condiciones sociales y económicas, tienen el derecho a tener acceso al agua potable en cantidad y calidad igual a sus necesidades básicas, y que está universalmente reconocido que el acceso de los seres humanos a ese recurso es esencial tanto para la vida como para su desarrollo.”

Água Potável e do Saneamento. Contudo, isso não produziu o reconhecimento do direito à água como um direito humano no plano da Organização das Nações Unidas. A água tornou-se tema central de debates, reuniões, conferências, congressos e fóruns, e serviu de mote para cartas, declarações, resoluções, projetos e, por conseguinte, à criação de grupos de estudo, parcerias, agências e associações. Disso resultou uma série de diretrizes programáticas que, mesmo não sendo coercitivas, podem ter significativos efeitos práticos, por orientarem os Estados na tarefa de efetivar a universalização do fornecimento de água potável aos seres humanos.

Em realidade, a compreensão do direito à água sob a proteção da ONU não encontrou ainda uma definição tão precisa quanto ao seu objeto. Por vezes, convenções internacionais definem o direito à água levando em conta a preservação do recurso natural em si, e, em outras, a preservação do recurso como um elemento essencial à vida humana, numa visão utilitarista.

O Direito Internacional da água, em fase de construção, deveria primar pelo equilíbrio de tais visões, levando em conta as relações entre as diversas necessidades ligadas aos recursos hídricos.

Em 1992 ocorreu em Dublin a Conferência sobre Água e Meio Ambiente, que serviu de fundamento à Cúpula da Terra. Considerado uma necessidade humana, neste momento histórico, o direito à água não alcançou expressamente o status de direito humano. Uma das aceções da água trazidas nesse evento foi de que o acesso a ela é um direito humano, nos termos do proclamado princípio quatro (grifo nosso):

A água tem valor econômico em todos os usos competitivos e deve ser reconhecida como um bem econômico. No contexto deste princípio é vital reconhecer inicialmente o direito básico de todos os seres humanos de acesso ao abastecimento e saneamento a custos razoáveis. O erro no passado de não reconhecer o valor econômico da água tem levado ao desperdício e usos deste recurso de forma destrutiva ao meio ambiente. O gerenciamento da água como bem de valor econômico é também um meio importante para atingir o uso eficiente e equitativo, e o incentivo à conservação e proteção dos recursos hídricos.

No mesmo ano, a Agenda 21,⁸⁵ principal resultado da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento, realizada no Rio de Janeiro, ofereceu aos países as bases para criarem os seus planos⁸⁶ para a superação dos problemas socioambientais. Focava-se no desenvolvimento sustentável, de forma a envolver governos e sociedade civil, reforçando assim a concepção defendida em Dublin. Em decorrência de um trabalho conjunto de mais de cento e setenta países, ao longo dos dois anos que antecederam a Eco-92, a Agenda 21, compreendendo quarenta capítulos,⁸⁷ oferece aos países os eixos para elaborarem suas estratégias para a superação dos problemas socioambientais. Tal atitude tem foco no desenvolvimento sustentável, de maneira a englobar governos e sociedade civil.

Os recursos hídricos ocupam um espaço destacado na Agenda 21, discutidos ao longo do capítulo 18, que tem por título “Proteger a qualidade e suprimento dos recursos de água limpa: aplicação de abordagens integradas ao desenvolvimento, gerenciamento e uso dos recursos hídricos”. A seção dedicada aos recursos hídricos esmiúça os elementos do direito à água: o acesso, a qualidade e a quantidade.⁸⁸ No que diz respeito a uma potencial construção de um direito humano à água e ao saneamento (em sentido amplo), o documento define, como objetivo geral, no item 18.2, a necessidade de assegurar a oferta adequada de água para toda a população do

85 Como subsídio para a elaboração do documento final, foram utilizados relatórios de encontros da comunidade internacional ocorridos no período de 1972 a 1992 (ano de duas importantes conferências da ONU sobre meio ambiente), dentre eles: Estratégia Mundial para a Conservação da Natureza (1980); O Nosso Futuro Comum, relatório da Comissão sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento da ONU (1987); e Cuidando do Planeta Terra: Uma Estratégia para o Futuro da Vida (1991), elaborado pelo Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente em conjunto com o World Wide Fund for Nature (WWF) e a International Union for Conservation of Nature (IUCN).

86 O documento estabelece padrões para que os países elaborem suas próprias agendas (Agenda 21 Brasileira e Agenda 21 Local), de forma a atingir as metas de maneira mais eficaz.

87 Disponível em: <https://www.mma.gov.br/responsabilidade-socioambiental/agenda-21/agenda-21-global>. Acesso em: 22 set. 2020.

88 SCANLON, J.; CASSAR, A.; NEMES, N. Water as a Human Right? In: BENJAMIN, Antonio Herman V. (coord.). **Dano Ambiental**: prevenção, reparação e repressão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. v. 1, p. 123.



planeta, o reconhecimento do caráter multissetorial do desenvolvimento dos recursos hídricos no contexto do desenvolvimento socioeconômico, bem como os interesses múltiplos na utilização desses recursos:

18.2. A água é necessária em todos os aspectos da vida. O objetivo geral é assegurar que se mantenha uma oferta adequada de água de boa qualidade para toda a população do planeta, ao mesmo tempo em que se preserve as funções hidrológicas, biológicas e químicas dos ecossistemas, adaptando as atividades humanas aos limites da capacidade da natureza e combatendo vetores de moléstias relacionadas com a água. Tecnologias inovadoras, inclusive o aperfeiçoamento de tecnologias nativas, são necessárias para aproveitar plenamente os recursos hídricos limitados e protegê-los da poluição.

Além de reconhecer a água como elemento essencial para a vida do homem, a Agenda 21 define, no item D — Abastecimento de água potável e saneamento: base para a ação —, que a “[...] oferta de água confiável e o saneamento ambiental são vitais para proteger o meio ambiente, melhorando a saúde e mitigando a pobreza”. Com essa decisão, reforça as premissas do Plano de Ações de Mar del Plata de 1977⁸⁹ de que o acesso à água será garantido a todas as pessoas, independentemente de suas condições sociais e econômicas, incorporando, sutilmente, uma visão biocêntrica ao documento.

As Cúpulas do Milênio incrementaram o discurso da relação entre meio ambiente equilibrado e desenvolvimento humano, rumo à redução da pobreza. No entanto, consolidaram a posição, ainda que implícita, da ONU, no sentido de realmente não incluir de maneira expressa o direito à água no rol dos direitos humanos.

O evento ocorrido no ano de 2000, em Nova York, reuniu cento e noventa e um chefes de Estado que elaboraram os Objetivos de Desenvolvimento do Milênio (ODM), sistematizando acordos

internacionais sobre população, meio ambiente, gênero, direitos humanos e desenvolvimento social realizados na década de 1990. De qualquer maneira, a Declaração do Milênio (2000) considerou o acesso à água segura um dos objetivos a serem alcançados para as próximas décadas. Em total linha de coerência com as intenções da comunidade internacional de erradicar a fome e a pobreza extrema, com impactos positivos na saúde, na educação e no meio ambiente — o direito ao futuro.

A relação do meio ambiente com a vida das pessoas deve ser ponderada para que se defina o espaço de modificação e de preservação — com a perspectiva de um desenvolvimento humano, também encontrado na cultura de proteção das riquezas naturais. A natureza não permanecerá intacta se o resultado desse cuidado não produzir externalidades compensadoras.⁹⁰ Em outras palavras, um certo nível de intervenção e possível degradação justifica-se caso associado à melhoria da condição de vida de uma determinada população, impondo-se uma dimensão prospectiva que estime e monitore a expansão desses mesmos efeitos para o futuro.⁹¹

90 HERNANDEZ, Marisol Anglés. El Desarrollo Sostenible al Centro de la Tríada. In: MILARÉ, Edis; MACHADO, Paulo Affonso Leme. (org.). **Direito Ambiental: Direito Ambiental Internacional e temas atuais.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. (Coleção doutrinas essenciais, v. 6), p. 1259-1260. Logo, “[...] el derecho al medio ambiente adecuado está inseparablemente unido al derecho al desarrollo, definido, este último, un derecho inalienable en virtud del cual todo ser humano y todos los pueblos están facultados para participar en su desarrollo económico, social, cultural y político en el que puedan realizarse plenamente todos los derechos humanos y libertades fundamentales, a contribuir a esse y a disfrutar de él; [...]”. Busca-se, em síntese, a reconstrução da ordem econômica a partir de um novo modelo, que propicie a sobrevivência dos homens e um processo durável de desenvolvimento — os seres humanos são a coluna vertebral do conceito de desenvolvimento sustentável.

91 SEN, Amartya Kumar. **A Ideia de Justiça.** São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 284. Para o autor: “[...] Não devemos, portanto, pensar no meio ambiente exclusivamente quanto à conservação das condições naturais preexistentes, uma vez que o ambiente também pode incluir os resultados da criação humana. Por exemplo, a purificação da água é uma parte da melhoria do ambiente em que vivemos. A eliminação das epidemias contribui para o desenvolvimento e para a melhoria ambiental. No entanto, há margem para discussão sobre como exatamente devemos pensar a respeito das exigências do desenvolvimento sustentável. O Relatório Brundtland define desenvolvimento sustentável como o que satisfaz *as necessidades das gerações atuais sem comprometer a capacidade das gerações futuras para satisfazer suas próprias necessidades*” (grifo nosso).

2.2. Água, Saneamento e Desenvolvimento Sustentável

A partir da Conferência de Dublin sobre Água e Meio Ambiente, realizada em janeiro de 1992,⁹² o tema da água passou a ser abordado pela comunidade internacional dentro da perspectiva do desenvolvimento sustentável. Organizada por algumas das entidades integrantes do sistema da ONU,⁹³ a Conferência de Dublin teve por principal objetivo estabelecer uma conexão entre água, desenvolvimento e meio ambiente, adotando implicitamente a fórmula do desenvolvimento sustentável.⁹⁴

A Declaração de Dublin sobre Água e Desenvolvimento Sustentável, aprovada ao final da conferência, sublinhou que a escassez e o uso abusivo da água ameaçam o desenvolvimento sustentável e a proteção do ambiente.⁹⁵ A compreensão de que para haver desenvolvimento econômico é necessário preservar os recursos naturais e assegurar saúde humana, bem-estar, segurança alimentar e desenvolvimento industrial, com base em ações imediatas e eficazes, afirma-se não só como uma necessidade presente, mas

-
- 92 ONU, Conferência Internacional Sobre Água e Meio ambiente, Declaração de Dublin. 26/31 jan. 1992, Dublin, Irlanda. Disponível em: <http://www.un-documents.net/h2o-dub.htm>. Acesso em: 15 jan. 2012.
- 93 A conferência foi organizada por entidades e organizações relacionadas à temática da água. Contou com a participação de especialistas designados pelos governos de mais de cem países e representantes de oitenta organismos internacionais, intergovernamentais e não governamentais, incluindo as grandes organizações do comércio mundial da água. SANTOS, Carlos; VALDOMIR, Sebastián; IGLESIAS, Verónica; RENFREW, Daniel. **Aguas en Movimiento**: la resistencia a la privatización del agua en Uruguay. Montevideo: Edição dos autores, 2006, p. 23.
- 94 DEL CASTILLO, Lilian. **Los Foros Del Agua**: Del Mar del Plata a Estambul. CARI — Documentos de trabalho n. 86, ago./2009. Disponível em: https://www.internationalwaterlaw.org/bibliography/articles/general/Foros_del_Agua_libro.pdf. Acesso em: 20 set. 2020.
- 95 ALEMAR, Aguinaldo. **Geopolítica das Águas**: o Brasil e o direito internacional fluvial. Universidade Federal de Uberlândia. Programa de Pós-Graduação em Geografia, 2006, p. 175.
Conforme a introdução da Declaração de Dublin: “A escassez e o mau uso da água doce são fatores de grande e crescente risco ao desenvolvimento sustentável e à proteção do meio ambiente. A saúde e o bem-estar, a garantia do suprimento de alimentos, o desenvolvimento industrial e os ecossistemas correspondentes estão todos em risco, a não ser que a água e os recursos naturais sejam gerenciados mais efetivamente na década presente e nas futuras, do que foi feito no passado”.

também futura. Na perspectiva do conceito de desenvolvimento sustentável, a conferência, nas suas conclusões, reconheceu que a água, como bem econômico, está sendo colocada em risco, ameaçando a proteção do meio ambiente e o desenvolvimento sustentável.

Nas considerações apresentadas pela Organização Mundial de Meteorologia, capitaneadas pelo secretário-geral da Eco-92, Maurice Strong, a questão da água revela a integração entre meio ambiente e desenvolvimento. Afirma que “[...] garantir a todos a necessidade humana fundamental de um abastecimento seguro de água doce de boa qualidade e quantidade suficiente é a mais fundamental das questões do desenvolvimento”.⁹⁶

O conceito foi finalmente oficializado na conferência de 1992, no Princípio 3 da Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento: integrando a Agenda 21, assentou internacionalmente a ideia de que desenvolvimento e conservação do meio ambiente devem constituir um binômio indissolúvel.⁹⁷ Ademais, serviu de base para que tal princípio fosse internalizado pelos países membros, uma diretriz universal para a proteção do meio ambiente.⁹⁸ Em seguida, no ano de 2004, a França promulgou a Carta do Meio Ambiente,⁹⁹ voltada à garantia de um desenvolvimento sustentável através de políticas públicas que conciliem proteção e desenvolvimento do meio ambiente, desenvolvimento econômico e progresso social.

Já nas Convenções sobre a Água e o Saneamento, em Helsinque, o desenvolvimento sustentável foi considerado parte da gestão dos

96 Mensagem acerca da Conferência Internacional sobre a Água e o Meio Ambiente — doc. Da secretaria-geral da Org. Meter. Mundial *apud*. CUSTÓDIO, Helita B. Princípios Constitucionais da Proteção das Águas. In: KISHI, Sandra *et al.* (org.). **Desafios do Direito Ambiental no Século XXI**: estudos em homenagem a Paulo Affonso Leme Machado. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 520.

97 REI, Fernando. Desenvolvimento Sustentável: uma longa ligação. **Revista de Direitos Difusos**. v. 6, abr./2001, p. 841.

98 MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito dos Cursos de Água Internacionais** (elaboração da Convenção sobre o Direito Relativo à utilização dos Cursos de Água Internacionais para fins Diversos dos de Navegação — Nações Unidas, 1997). São Paulo: Malheiros, 2009, p. 126.

99 Carta do Meio Ambiente da Constituição Francesa, preâmbulo e art. 6º. Disponível em: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000790249&dateTexte>. Acesso em: 22 set. 2020.

recursos hídricos, conforme artigo 2º, 5, “c”: “Os recursos hídricos são gerados de modo a responder às necessidades da geração atual sem comprometer a capacidade das gerações futuras de satisfazer suas próprias necessidades”.

Assim, a percepção da água como elemento do conceito fundamental de desenvolvimento sustentável está calcada nos próprios termos dos documentos elaborados na Rio-92,¹⁰⁰ ao determinarem o vínculo da satisfação das necessidades de abastecimento suficiente de água de boa qualidade e de saneamento para as presentes gerações, sem prejudicar o futuro, aliando-a à eliminação da pobreza.¹⁰¹

A preocupação, quase exclusiva, com a poluição ambiental da década de 1970 evoluiu para a noção de prevenção, que, no âmbito da água, expressa-se no trinômio *valor econômico, cooperação internacional e gestão dos recursos hídricos*. Fortemente destacados pela OMS entre os perigos da saúde para o meio ambiente estão a escassez de água potável, as estruturas de saneamento inadequadas e o uso irracional dos recursos naturais, especialmente, pela poluição ambiental.¹⁰²

A eliminação da pobreza não pode estar desconectada do acesso à água potável e ao serviço de esgotamento sanitário, pois não existindo essa ligação, também não se atingirá desenvolvimento econômico e equidade social. Construídos a partir da Cúpula do Milênio de 2000, os Objetivos de Desenvolvimento para o Milênio (ODM), dentro da perspectiva de direito de acesso aos recursos naturais das gerações futuras, já haviam declarado a meta da ONU de, até o ano de 2015, “[...] reduzir para a metade a proporção de pessoas que carecem de acesso sustentável à água potável e saneamento”.

Porém, em 2019, o Relatório do Programa Conjunto da OMS/ UNICEF demonstrou de modo palpável que o acesso universal à água potável está muito longe de ser uma realidade, ainda que entre os anos de 2000 e 2017 tenha ocorrido substancial melhora. Estima-se que a quantidade de pessoas que carecia de acesso a um

100 Princípios 3 e 4 da Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento.

101 Agenda 21, capítulo 18.

102 OMS, Rapport sur la santé dans le monde, 1998. Disponível em: <https://www.who.int/whr/1998/fr/>. Acesso em: 22 set. 2020.

abastecimento de água potável básico e seguro¹⁰³ era, em 2017, de 2,3 bilhões de indivíduos, cerca de 30% da população mundial, em contraste com os 40% do início do milênio. Já os dados do saneamento básico são mais alarmantes: apenas 3,4 bilhões de pessoas têm acesso a serviços seguros, o que exclui cerca de 55% da população. Cerca de metade desses indivíduos privados do mínimo existencial encontra-se nos chamados países subdesenvolvidos.

Na Declaração Final da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente, a Rio+20, ocorrida em 1992, plantou-se a semente dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS), já anunciada no lançamento do esboço da declaração:¹⁰⁴

Nós reiteramos a crucial importância dos recursos hídricos para o desenvolvimento sustentável, incluindo a erradicação da pobreza e da fome, a saúde pública, a segurança alimentar, a energia hidrelétrica, a agricultura e o desenvolvimento rural.

Renovou-se, assim, na Agenda 2030, a meta de universalidade de acesso à água potável e ao saneamento (objetivo seis). Considerando a compreensão atual desses direitos, com relevância nacional e internacional, independentemente de como pode-se avaliar a intensidade de vinculação a esses princípios, costumes ou regras, conforma-se aqui um *standard* de conduta, que progressivamente deve ser assimilado por todos os Estados, no âmbito externo e interno.

Nessa mesma linha de interpretação, base teórica fundamental para a conformação do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD),¹⁰⁵ destaca-se novamente o pensamento

103 Um abastecimento de água potável suficiente é definido como uma fonte, seja ela de ligação doméstica, pública, fosso, poço, nascente protegida ou coleta de águas pluviais, que forneça vinte litros por pessoa por dia a uma distância não superior a mil metros.

104 ONU, **O Futuro que Queremos**. Disponível em: https://www.pucsp.br/ecopolitica/downloads/meio_ambiente/O_Futuro_queremos_2012.pdf. Acesso em: 22 set. 2020.

105 RIOS, Nelly Edid. Los Derechos Ambientales. In: TOSI, Jorge Luis. **El Medio Ambiente en el Derecho Comunitario**. Mendoza: Juridicas Cuyo, 2006, p. 274. A autora →



de Amartya Sen, ao considerar que o desenvolvimento deve expandir as liberdades reais, ou seja:

O enfoque nas liberdades humanas contrasta com visões mais restritas de desenvolvimento, como as que identificam desenvolvimento com crescimento do Produto Nacional Bruto (PNB), aumento de rendas pessoais, industrialização, avanço tecnológico ou modernização social. O crescimento do PNB ou das rendas individuais obviamente pode ser muito importante como um meio de expandir as liberdades desfrutadas pelos membros da sociedade. Mas as liberdades dependem também de outros determinantes, como as disposições sociais e econômicas (por exemplo, os serviços de educação e saúde) e os direitos civis (por exemplo, a liberdade de participar de discussões e averiguações públicas).¹⁰⁶

Nesse sentido, o último Relatório do PNUD, datado de 2019, retoma a tônica recorrente e de longe superada da pobreza como barreira para o desenvolvimento humano:

→ destaca que “[...] a partir de 1990 el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) elabora el índice del Desarrollo Humano con el que trata de captar las distintas variables que sirven para caracterizar la calidad de vida de la población de un país. Para ello se toma el ingreso per cápita, la educación y la esperanza de vida”.

106 SEN, Amartya. **Desenvolvimento como Liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 17. O mesmo autor, aprofundando o argumento, considera que “[...] o desenvolvimento requer que se removam as principais fontes de privação da liberdade: pobreza e tirania, carência de oportunidades econômicas e destituição social sistemática, negligência dos serviços públicos e intolerância ou interferência excessiva de Estados repressivos. [...] Às vezes a ausência de liberdades substantivas relaciona-se diretamente com a pobreza econômica, que rouba das pessoas a liberdade de saciar a fome, de obter uma nutrição satisfatória ou remédios para doenças tratáveis, a oportunidade de vestir-se ou morar de modo apropriado, *de ter acesso à água tratada ou ao saneamento básico*. Em outros casos, a privação da liberdade vincula-se estreitamente a carências de serviços públicos e assistência social, como por exemplo, a ausência de programas epidemiológicos, de um sistema bem planejado de assistência médica e educação ou de instituições eficazes para a manutenção da paz e da ordem locais. Em outros casos, a violação da liberdade resulta diretamente de uma negação de liberdades políticas e civis por regimes autoritários e de restrições impostas à liberdade de participar da vida social, política e econômica da comunidade” (grifo nosso).



Enquanto muitas pessoas estão a superar os patamares mínimos de progresso em termos de desenvolvimento humano, as disparidades permanecem disseminadas. Nas primeiras duas décadas do século XXI, registou-se um progresso notável na redução das privações extremas, mas as discrepâncias permanecem inaceitavelmente acentuadas num conjunto de capacidades as liberdades necessárias para que as pessoas sejam e façam algo desejável, tal como ir à escola, conseguir um emprego ou ter o que comer. Além disso, o progresso tem passado ao lado de algumas das pessoas mais vulneráveis, mesmo no tocante às privações mais extremas, tanto que o mundo não está em vias de as erradicar até 2030, conforme o apelo dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável.¹⁰⁷

Deve-se entender a liberdade como “[...] um processo integrado de expansão de liberdades substantivas interligadas”.¹⁰⁸ Dessa maneira, o desenvolvimento, para realmente fazer sentido diante das preocupações contemporâneas no cenário nacional e internacional, precisa conectar questões econômicas, sociais e políticas — essa é a perspectiva de uma transformação voltado para o agente, alimentando uma cidadania ativa.¹⁰⁹

O desenvolvimento não pode concentrar-se apenas no estudo da renda *per capita*, mas em uma simultânea composição de indicadores que também quantifiquem o desenvolvimento humano — o

107 PNUD, Human Development Report 2019. Disponível em: http://hdr.undp.org/sites/default/files/hdr_2019_pt.pdf. Acesso em: 22 set. 2020.

108 SEN, Amartya. **Desenvolvimento como Liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 23.

109 Ibidem, p. 25-26. Para o autor, existem cinco tipos de liberdades, as quais precisam ser preservadas e qualificadas enquanto experiência para se admitir sinais de desenvolvimento em um determinado Estado, a saber: “[...] 1) liberdades políticas, 2) facilidades econômicas, 3) oportunidades pessoais, 4) garantias de transparência e 5) segurança protetora”.

Índice de Desenvolvimento Humano (IDH).¹¹⁰ Admite-se sempre a dificuldade de estabelecer, mediante constantes revisões, os melhores critérios de análise, considerando a diversidade de itens, com impacto direto na expansão das capacidades,¹¹¹ um patrimônio que é individual, mas tem repercussões coletivas.¹¹²

A caminhada, portanto, é extensa e está longe de alcançar a concretização dos direitos de acesso à água e ao serviço de esgotamento sanitário como essenciais para o combate à pobreza e o desenvolvimento internacional. Tanto que a Assembleia Geral das Nações Unidas declarou os anos 2018-2028 como a “Década Internacional para a Ação: Água para o Desenvolvimento Sustentável”.

Assim, o reconhecimento de um direito à água e ao serviço de esgotamento sanitário, dentro de uma perspectiva econômica, deve ser analisado sob o ponto de vista do desenvolvimento sustentável e da gestão dos recursos hídricos, atendendo, de forma prioritária, as necessidades humanas — a um custo que possa ser suportado pelos usuários.

-
- 110 Em síntese, o Índice de Desenvolvimento Humano “[...] consiste numa medida que resume os progressos registrados, em média, num determinado país, em três dimensões básicas do desenvolvimento humano: uma vida longa e saudável, conhecimento e um padrão decente de vida” (PNUD. *Op. cit.*).
- 111 SEN, Amartya Kumar. **A Ideia de Justiça**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 267. Dessa maneira, “[...] a abordagem das capacidades deve se concentrar na vida humana e não apenas em alguns objetos separados da conveniência, como rendas ou mercadorias que uma pessoa pode possuir, que muitas vezes são considerados, principalmente na análise econômica, como o principal critério do sucesso humano”.
- 112 APOLINÁRIO, Silvia Menicucci de Oliveira Selmi. **Barreiras não tarifárias no comércio internacional e direito ao desenvolvimento**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 506-507. O importante é compreender que a “[...] interação entre o desenvolvimento e os direitos humanos exige uma composição de indicadores que demanda estudos adicionais para aperfeiçoamento dos mesmos, tendo em conta a abordagem holística. Não obstante essa constatação, não se pode negar os avanços compreendidos no Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) do PNUD em termos de avaliação do desenvolvimento ao compará-lo com os métodos tradicionais que consideram a renda *per capita* como único critério. Esse índice deveria ser explorado na elaboração e avaliação de políticas nacionais e internacionais, paralelamente a dados construídos a partir da experiência daqueles que vivem a realidade”.

2.3. A Trajetória no Âmbito das Nações Unidas

A Carta Europeia da Água, de 1968, surge para declarar que a água é recurso indispensável à vida humana, o que foi reforçado pelos debates ocorridos na Conferência de Mar del Plata, das Nações Unidas, em 1977.¹¹³ Paralelamente, a Conferência de Estocolmo de 1972¹¹⁴ representou o marco inicial dos debates do Direito Internacional do meio ambiente na ONU. Nessa, estabeleceu-se um reconhecimento implícito do direito à água no ambiente internacional.¹¹⁵

Em 1980, declarada a Década Internacional da Água Potável e do Saneamento,¹¹⁶ a Assembleia Geral das Nações Unidas amplia a consciência sobre a crise da água ante a perspectiva, difundida entre os seus principais atores, da existência de escassez dess e recurso natural. Tal atitude transcende o debate em torno da poluição do meio ambiente e permite uma individualização do assunto. Não suficiente, em 2003 o mesmo órgão declarou 2005 a 2015 como a Década Internacional da Água, com o lema “Água, fonte de vida”.

Nos anos de 1990, as reflexões sobre o tema da água no cenário internacional transformam-se, ampliam-se, alcançando outras perspectivas. O enfoque inicial — a disponibilidade (oferta da água, em termos de qualidade e quantidade) e os riscos de escassez hídrica ou estresse hídrico na comunidade internacional — é substituído por preocupações em torno dos processos de gestão desse recurso,

113 Declaração da Conferência das Nações Unidas sobre a Água, em Mar del Plata, na Argentina, no ano de 1977. No documento, entre outras afirmações, consta que “todos os povos, seja qual for o seu estágio de desenvolvimento e as suas condições sociais e econômicas, têm direito a ter acesso à água potável em quantidade e qualidade igual às suas necessidades básicas”. ONU, O Direito Humano à Água e ao Saneamento: marcos. Disponível em: http://www.un.org/waterforlifedecade/pdf/human_right_to_water_and_sanitation_milestones_por.pdf. Acesso em: 15 fev. 2012.

114 ONU, Declaração da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano A/CONF.48/14/Rev.1, Estocolmo, jun. 1972. Disponível em: <http://www.un-documents.net/unchedec.htm>. Acesso em: 15 fev. 2012.

115 MARTÍN, Líber *et al.* **El derecho humano al agua**: particularidades de su reconocimiento, evolución y ejercicio. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2011, p. 243.

116 ONU. OMS. Programa de Monitoramento da Água. Disponível em: http://www.who.int/water_sanitation_health/monitoring/en/. Acesso em: 15 fev. 2012.

das políticas de financiamento e das metodologias em operação, enfatizando a situação dos países em desenvolvimento.

Hoje, o direito humano à água e ao serviço de esgotamento sanitário é reconhecido de forma explícita em documentos internacionais, e não apenas nos tratados e nas declarações. A Declaração de Mar del Plata (1977), a Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra as mulheres (1979), a Convenção sobre o Direito da Criança (1989), a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos (1981), o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1988) — Protocolo de San Salvador —, a Declaração de Dublin sobre Água e Desenvolvimento Sustentável (1992), a Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (1992) e a Declaração de Joanesburgo sobre Desenvolvimento Sustentável (2002) são todos documentos que reiteram o direito humano à água, como se disse outras vezes.

Porém, enquanto marco referencial, a Conferência de Dublin e a Cúpula da Terra no Rio de Janeiro, realizadas em 1992, ao destacarem o tema da água, incorporam uma abordagem econômica — uma espécie de desvio histórico em relação às perspectivas mais conhecidas desse debate. A água passa a ser considerada um bem econômico e humano fundamental em potência — a mesma linha argumentativa incorporada pelos fóruns mundiais da água.

Esse redirecionamento da questão retardou o processo de reconhecimento do direito à água e ao esgotamento sanitário como direitos humanos de concretização obrigatória pelos Estados. Além disso, constituiu uma hegemonia momentânea no plano da política internacional, uma vez que os problemas de gestão e a capacidade limitada dos Estados para canalizar investimentos ao setor são pressupostos que revelam a necessidade de desestatização dos sistemas — em especial, nos países em desenvolvimento. E, isso é inegável, é para essa direção que o Brasil está caminhando, pouco importando o lado de cada um nesse processo, a adesão ou o confronto.

Hoje, conforme demonstra esse trabalho, perdura a tensão a respeito do assunto, não apenas em razão de divergências de caráter ideológico, mas também por exemplos de sucesso e fracasso, seja para o modelo público, privado (a privatização) ou público-privado (as concessões), quando o ponto principal é universalizar o serviço, preservando a equidade e eficiência econômica da operação. As

experiências observadas em Buenos Aires, Paris, Atlanta, Berlim e Gana, para exemplificar, são casos de reestatização, mas não necessariamente comprovam a inadequação do movimento contrário — a desestatização do setor.

As resoluções produzidas pela Organização das Nações Unidas — em particular, a A/RES/64/292, A/HRC/RES/15/9, A/HRC/RES/16/2, A/HRC/RES/18/1 e A/RES/70/169 — têm como escopo principal reconhecer a existência de um direito humano de acesso à água potável e ao serviço de saneamento (sempre em sentido mais amplo), muito embora sejam exemplos de *soft law*. Contudo, a produção normativa internacional não definiu claramente qual deve ser a visão preponderante no processo de construção de políticas públicas.

Se o acesso à água é um direito humano fundamental, deve-se priorizar o abastecimento e o saneamento como uma responsabilidade administrativa do Estado. Pois, em realidade, a tendência apontava para a consagração do direito à água (e do acesso ao serviço de saneamento) nas fontes normativas dos direitos fundamentais, com força suficiente para estabelecer-se como verdade histórica, sem espaço para retrocessos e relativizações.¹¹⁷

Foi por isso que, diante dos poucos avanços e da necessidade de alcançar a concretização do princípio da universalidade, a Assembleia Geral da ONU voltou a declarar mais uma década para a água: 2005-2015, período da ação “Água, fonte de vida”, caminhando em consonância aos Objetivos de Desenvolvimento do Milênio, em especial o de número dezenove, que orientava para, até 2015, reduzir pela metade o número de pessoas sem acesso à água potável. Na prática, essa meta não se realizou.

No mesmo sentido, a declaração da ONU para o Dia Mundial da Água de 2010 expressa que a água potável limpa, segura e adequada é vital à sobrevivência de todos os organismos e ao funcionamento dos ecossistemas, das comunidades e das economias. Essas manifestações refletem uma recente diretriz internacional de que, para a realização de direitos fundamentais, é imprescindível que os Estados garantam o direito humano à água.

117 MARTÍN, Líber *et al.* **El derecho humano al agua**: particularidades de su reconocimiento, evolución y ejercicio. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2011, p. 39.

Na hermenêutica proposta pelo Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, a sua releitura do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (a Orientação Geral n. 15, em 2002), indica que:

A água é um recurso natural limitado e um bem público fundamental para a vida e a saúde. A água é um direito humano indispensável para uma vida digna e é condição prévia para a realização de outros direitos humanos. [...] deve ser considerada um bem social e cultural, e não fundamentalmente como bem econômico. O modo de exercer o direito à água deve ser sustentável, de maneira que este direito possa ser exercido pelas gerações atuais e futuras.

Encontra-se um fundamento jurídico do direito humano à água, de forma implícita e explícita, em tratados e declarações internacionais — o que garante a existência de instâncias de tutela supranacional desse direito.¹¹⁸ Atualmente, inúmeros Estados reconhecem tal direito na esfera interna, o que também pode ser ampliado para as demais variáveis de serviços que compõem o conceito de saneamento básico, em sua versão moderna e ampliada.

Coube ao Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA) arregimentar os países membros para a efetivação das metas do milênio. As deliberações produzidas em Joanesburgo (2002) não desencadearam o esperado conjunto de ações visando à implementação de políticas públicas voltadas ao cumprimento de uma espécie de meta internacional em matéria de saneamento — o que

118 MARTÍN, Líber *et al.* **El derecho humano al agua**: particularidades de su reconocimiento, evolución y ejercicio. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2011, p. 193. Segundo o que se observa nas conclusões dessa obra, pode-se dizer que “[...] el derecho al agua es hoy un derecho esencial para el ser humano, un derecho humano fundamental, y así ha sido reconocido de manera implícita y explícita en instrumentos nacionales e internacionales de ámbito universal o regional” — e, por isso mesmo, contemplado em acordos internacionais, de diferentes hierarquias, que compõem instâncias de tutela supranacionais para esse direito, seja na condição de direito autônomo e originário (um pressuposto para outros) ou de matriz derivada.

precipitou, já em 2005, uma revisão dessas metas. Admitindo-se, mais uma vez, a necessidade de cooperação internacional, de uma ação solidária em relação aos Estados com de ficit de desenvolvimento, perante os riscos de fracasso do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), formou-se a certeza de que era preciso combinar política de financiamento com o surgimento (ou reconfiguração) de um sistema judicial eficaz.¹¹⁹ Não se fala apenas de escassez, mas de um direito à água. Com essas motivações, a ONU elencou 2008 como o Ano Internacional do Saneamento, um novo marco para a retomada desse processo.

Após o fechamento e a avaliação das metas alcançadas a partir dos Objetivos de Desenvolvimento do Milênio para 2015, essas foram retomadas e ampliadas em novas ações, traçadas agora até 2030, por meio dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável, trabalho iniciado na Declaração Final da Conferência das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável — Rio+20. Apresentada na 69ª Assembleia Geral da ONU,¹²⁰ em agosto de 2015, a Agenda 2030 foi aprovada no mês seguinte na Cúpula das Nações Unidas para o Desenvolvimento Sustentável. Com dezessete objetivos e cento e sessenta e nove metas, comporta um conjunto de programas, ações e diretrizes que orientarão os trabalhos da ONU e de seus países membros, voltados à implantação de um desenvolvimento sustentável. Também traz um guia para acompanhamento e revisão constante do documento.

Mais ambiciosos, conforme já destacado, os ODS dedicaram seu sexto objetivo exclusivamente ao tema da água e do saneamento (em sentido amplo). Visa a assegurar a disponibilidade e gestão sustentável da água e do saneamento a todas as pessoas. Para tanto, fixaram-se metas dirigidas aos Estados membros, calcadas na grande finalidade de “alcançar acesso universal e equitativo à água potável, segura e acessível”, que norteia as demais. Se em 2015 planejava-se o alcance de 50% da população ainda sem acesso à água potável, para 2030 dirige-se aos governantes a adoção de políticas graduais

119 DEL CASTILLO, Lilian. **La Gestión del Agua en Argentina**. Buenos Aires-Madrid: Ciudad Argentina, 2007, p. 178.

120 Disponível em: http://www.un.org/fr/documents/view_doc.asp?symbol=A/69/L.85. Acesso em: 4 abr. 2017.

na intenção de atingir 100% das pessoas: o tão almejado princípio da universalidade de acesso à água potável e ao saneamento.

De modo a acompanhar os objetivos, a cada meta foram impostos indicadores específicos.¹²¹ Para o sexto, estabeleceram-se seis metas e onze indicadores globais de acompanhamento dos ODS, classificados conforme a clareza e facilidade de acesso aos dados.

Como destacou-se em outros momentos, a Lei n. 14.026/2020, no artigo 7º, introduziu na Lei n. 11.445/2007 o artigo 11-B e as metas para a universalização dos serviços de água e esgoto:

Art. 11-B. Os contratos de prestação dos serviços públicos de saneamento básico deverão definir metas de universalização que garantam o atendimento de 99% (noventa e nove por cento) da população com água potável e de 90% (noventa por cento) da população com coleta e tratamento de esgotos até 31 de dezembro de 2033, assim como metas quantitativas de não intermitência do abastecimento, de redução de perdas e de melhoria dos processos de tratamento. (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020)

E, não importa se contratos de programa ou contratos de concessão, comum, patrocinada ou administrativa, todos deverão assimilar formalmente o compromisso com essas metas, diante da mudança legislativa de efeitos imediatos. Por isso, a Lei n. 11.445/2007, no artigo 11-B, § 1º, com relação às metas que devem ser atendidas até o ano de 2033, diz que:

§ 1º Os contratos em vigor que não possuírem as metas de que trata o *caput* deste artigo terão até 31 de março de 2022 para viabilizar essa inclusão. (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020)

Dessa maneira, consoante o artigo 11-B, § 2º, da Lei n. 11.445/2007:

121 Disponível em: https://unstats.un.org/sdgs/files/meetings/iaeg-sdgs-meeting-04/Tier%20Classification%20of%20SDG%20Indicators_21%20Dec%20for%20website.pdf. Acesso em: 4 abr. 2016.

§ 2º Contratos firmados por meio de procedimentos licitatórios que possuam metas diversas daquelas previstas no *caput* deste artigo, inclusive contratos que tratem, individualmente, de água ou de esgoto, permanecerão inalterados nos moldes licitados, e o titular do serviço deverá buscar alternativas para atingir as metas definidas no *caput* deste artigo, incluídas as seguintes: (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020)

I — prestação direta da parcela remanescente; (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020)

II — licitação complementar para atingimento da totalidade da meta; e (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020)

III — aditamento de contratos já licitados, incluindo eventual reequilíbrio econômico-financeiro, desde que em comum acordo com a contratada. (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020)

§ 3º As metas de universalização deverão ser calculadas de maneira proporcional no período compreendido entre a assinatura do contrato ou do termo aditivo e o prazo previsto no *caput* deste artigo, de forma progressiva, devendo ser antecipadas caso as receitas advindas da prestação eficiente do serviço assim o permitirem, nos termos da regulamentação. (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020)

§ 4º É facultado à entidade reguladora prever hipóteses em que o prestador poderá utilizar métodos alternativos e descentralizados para os serviços de abastecimento de água e de coleta e tratamento de esgoto em áreas rurais, remotas ou em núcleos urbanos informais consolidados, sem prejuízo da sua cobrança, com vistas a garantir a economicidade da prestação dos serviços públicos de saneamento básico. (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020)

§ 5º O cumprimento das metas de universalização e não intermitência do abastecimento, de redução de perdas e de melhoria dos processos de tratamento deverá ser verificado anualmente pela agência reguladora, observando-se um intervalo dos últimos 5 (cinco) anos, nos quais as metas deverão ter sido

cumpridas em, pelo menos, 3 (três), e a primeira fiscalização deverá ser realizada apenas ao término do quinto ano de vigência do contrato. (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020)

§ 6º As metas previstas neste artigo deverão ser observadas no âmbito municipal, quando exercida a titularidade de maneira independente, ou no âmbito da prestação regionalizada, quando aplicável. (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020)

§ 7º No caso do não atingimento das metas, nos termos deste artigo, deverá ser iniciado procedimento administrativo pela agência reguladora com o objetivo de avaliar as ações a serem adotadas, incluídas medidas sancionatórias, com eventual declaração de caducidade da concessão, assegurado o direito à ampla defesa. (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020)

§ 9º Quando os estudos para a licitação da prestação regionalizada apontarem para a inviabilidade econômico-financeira da universalização na data referida no *caput* deste artigo, mesmo após o agrupamento de Municípios de diferentes portes, fica permitida a dilação do prazo, desde que não ultrapasse 1º de janeiro de 2040 e haja anuência prévia da agência reguladora, que, em sua análise, deverá observar o princípio da modicidade tarifária. (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020)

Note-se que existe realmente uma metodologia baseada nas metas e em suas métricas no Novo Marco Legal do Saneamento, detalhadas posteriormente em todos os aspectos mais relevantes nos atos normativos de caráter infralegal, criando um patamar mínimo de eficiência para contratos de programa e contratos de concessão, além de condicionar a continuidade dos vínculos diante da concretização dos pontos de chegada estabelecidos por acordo ou na licitação.

Em 2015, a Assembleia Geral da ONU retomou e, em parte, aprimorou a resolução sobre o direito humano à água e ao saneamento, que foi a primeira a reconhecer o direito à água e ao serviço de esgotamento sanitário como um direito humano. A resolução

A/RES/70/169¹²² ampliou os termos a direitos fundamentais, integrantes do direito a um nível adequado de vida, essenciais ao pleno exercício do direito à vida e de todos os direitos humanos. No texto dessa recomendação aos Estados membros, dirigida também à sociedade civil e ao setor empresarial, o conceito de direito à água potável é compreendido como o direito humano que “deve permitir a cada um ter acesso, sem discriminação, fisicamente e a um custo razoável, a um abastecimento suficiente de água saudável e de qualidade aceitável para os usos pessoais e domésticos”.

Em suma, pode-se dizer que, no âmbito das Nações Unidas, o direito à água¹²³ e ao serviço de esgotamento sanitário¹²⁴ foi compreendido como um componente implícito para a realização de direitos fundamentais: quando as pessoas veem negado o seu acesso à água potável no lar, ou não têm acesso à água potável enquanto recurso produtivo, as suas escolhas e liberdades são limitadas.

122 Disponível em: <https://undocs.org/fr/A/RES/70/169>. Acesso em: 20 set. 2020.

123 Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas, Comentário Geral n. 15: o direito à água (2002), décimo segundo item. Assim estão definidas essas mesmas características, ou qualidades, desse direito: “[...] a) *Disponibilidade*. O abastecimento de água para cada pessoa deve ser suficiente e contínuo para os usos pessoal e doméstico. Tais usos normalmente incluem consumo, saneamento pessoal, lavagem de roupas, preparo de alimentos e higiene pessoal e doméstica. A quantidade disponível de água para cada pessoa deve corresponder às diretrizes da Organização Mundial da Saúde (OMS). Também é possível que alguns indivíduos e grupos necessitem de quantidades adicionais de água devido a condições de saúde, climáticas ou de trabalho; b) *Qualidade*. A água necessária para cada uso pessoal ou doméstico deve ser segura e, portanto, livre de microorganismos, substâncias químicas ou radioativas que constituem uma ameaça à saúde das pessoas. Além disso, a água deve apresentar cor, odor e sabor aceitáveis para cada uso pessoal ou doméstico; c) *Acessibilidade*. A água, assim como as instalações e serviços de água, devem ser acessíveis a todos sem discriminação, dentro da jurisdição do Estado Parte; [...] f) *Não discriminação*. A água, assim como as instalações e serviços, deve ser acessível a todos de fato e de direito, inclusive aos setores mais vulneráveis ou marginalizados da população, sem discriminação com base em qualquer dos motivos proibidos; g) *Acesso à informação*. A acessibilidade inclui o direito de solicitar, receber e divulgar informação sobre questões relacionadas à água”.

124 Idem, terceiro item. E, de fato, “[...] o direito à água claramente pertence a uma categoria de garantias essenciais que visam a assegurar um padrão de vida adequado, particularmente porque é uma das condições fundamentais para a sobrevivência. Ademais, o Comitê havia previamente reconhecido a água como um direito humano contido no artigo 11, parágrafo 1º (Veja-se o Comentário Geral n. 6, de 1995). O direito à água também está intrinsecamente relacionado ao direito ao mais alto nível possível de saúde (art. 12, parágrafo 1) e aos direitos à moradia e alimentação adequadas (art. 11, parágrafo 1)”.

Nesse processo, destaque especial deve ser dado novamente à declaração de direitos humanos contra a discriminação das mulheres¹²⁵ e ao tratado dos direitos das crianças.¹²⁶ Mesmo que remontem às décadas de 1980 e 1990 e representem a posição internacional daquele período, merecem ênfase dentro das perspectivas de construção de um direito humano à água no cenário da ONU.¹²⁷

Inegavelmente, as mulheres e as crianças são, ao redor mundo, as que mais sofrem pela falta de serviços de água e saneamento, com danos evidentes à sua saúde e à oportunidade de desenvolvimento de suas capacidades. Nessa mesma direção, distanciam-se do patamar mínimo de dignidade, o mínimo existencial.

Um estudo recente publicado pelo Instituto Trata Brasil demonstrou, de forma contundente e fundamentada, que as mulheres são as mais prejudicadas com a carência de saneamento. Por desempenharem trabalhos domésticos três vezes mais que os homens, tornam-se “as mais afetadas quando membros da família adoecem como resultado da inadequação de acesso à água e à higiene”.¹²⁸ Isso atinge desde o seu bem-estar quanto suas atividades produtivas alheias aos trabalhos domésticos. Em resumo, o estudo conclui que “a universalização do saneamento teria um impacto maior entre as mulheres que entre os homens”.¹²⁹

125 “Art. 14 [...] 2. Os Estados-Partes adotarão todas as medidas apropriadas para eliminar a discriminação contra a mulher nas zonas rurais a fim de assegurar, em condições de igualdade entre homens e mulheres, que elas participem no desenvolvimento rural e dele se beneficiem, e em particular as segurar-lhes-ão o direito a: [...] h) gozar de condições de vida adequadas, particularmente nas esferas da habitação, dos serviços sanitários, da eletricidade e do abastecimento de água, do transporte e das comunicações.” ONU. Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra as mulheres. Adotada em 18 dez. 1979, entrou em vigor em 3 set. 1981.

126 Adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas, por meio da Resolução n. 44/25 de 20 nov. 1989, entrou em vigor em 2 set. 1990. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/convencao-sobre-os-direitos-da-crianca>. Acesso em: 22 set. 2020.

127 COHRE. **A Efetivação do Direito à Água e ao Saneamento no Brasil**: uma análise do marco jurídico e das políticas públicas com base em uma perspectiva de direitos humanos. Brasília, 2008, p. 19-24.

128 FREITAS, Fernando Garcia de; MAGNABOSCO, Ana Lelia. **O saneamento e a vida da mulher brasileira**. p. 2. Disponível em: http://www.tratabrasil.org.br/images/estudos/itb/pesquisa-mulher/brk-ambiental-presents_women-and-sanitation_PT.pdf. Acesso em: 22 set. 2020.

129 Ibidem, p. 48.

Mais grave ainda é o caso das crianças ou carentes com algum tipo de restrição física ou mental, pois suas fragilidades, em muitas ocasiões, são multiplicadas em um ambiente de precariedade, mesmo quando se está pensando (ou tolerando) uma infraestrutura mínima, que garanta a existência e alguma dignidade. A ênfase do direito à água na Convenção sobre os Direitos das Crianças é dada à saúde, atribuindo maior peso à qualidade. Os Estados devem atentar-se aos cuidados de saúde primários, às medidas de prevenção, à educação em termos de saúde pública e à diminuição da mortalidade infantil. Ness e sentido, os países encorajam a cooperação internacional e esforçam-se para assegurar que nenhuma criança seja privada do direito de acesso a serviços de saúde eficazes e ao fornecimento de alimentos nutritivos e de água potável, tendo em consideração os perigos da poluição do ambiente.¹³⁰

Para Cançado Trindade, na Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento (a Rio-92), ficou evidente a existência de uma conexão entre as normas de proteção internacional do meio ambiente e as de proteção dos direitos humanos.¹³¹ As primeiras convenções específicas de meio ambiente “encontram-se permeadas de elementos próprios ao universo conceitual dos direitos humanos e hoje comuns aos dois domínios de proteção”.¹³²

Uma década depois, Guido Soares defende que não há apenas um diálogo, mas uma interdependência, sendo a proteção do meio

130 Art. 24, 2, “c”.

131 TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Direitos Humanos e Meio Ambiente:** paralelo dos sistemas de proteção internacional. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 145. Conforme esclarece o autor: “As considerações acima nos conduzem a um ponto de capital importância para os desenvolvimentos futuros dos mecanismos de proteção internacional da pessoa humana e do meio ambiente: a questão de sua proteção *erga omnes*. Os distintos instrumentos de proteção internacional dos direitos humanos e do meio ambiente incorporam obrigações de conteúdo e alcance variáveis: algumas normas são suscetíveis de aplicabilidade direta, outras se afiguram antes como programáticas. Há, pois, que prestar atenção à *natureza jurídica* das obrigações. A esse respeito surge precisamente a questão da proteção *erga omnes* de determinados direitos garantidos, que levanta o ponto da aplicabilidade a terceiros — simples particulares ou grupo de particulares — de disposições convencionais (denominado *Drittwirkung* na bibliografia jurídica alemã)”.

132 *Ibidem*, p. 120.

ambiente pressuposto para a defesa dos direitos do homem.¹³³ Referências ao direito à vida e à saúde fazem com que doutrinadores compreendam a proteção ambiental como um direito humano. Hodiernamente, e no mundo pós-pandemia, tudo ficou ainda mais claro, aproximando o discurso das evidências práticas testemunhadas por todos.

2.4. Os Fóruns Mundiais da Água e a Visão Hegemônica

Em 1996, criou-se o Conselho Mundial da Água (CMA), entidade internacional de caráter não governamental, que conta com a participação de empresas transnacionais do setor de abastecimento e saneamento, organismos internacionais — como o Banco Mundial e o Fundo Monetário Internacional —, fundos de financiamento públicos e privados,¹³⁴ universidades e centros de pesquisa. Ainda que se discuta a legitimidade do Conselho Mundial da Água no Direito Internacional, seus eventos e suas resoluções têm influenciado, cada vez mais, a construção de políticas internas de recursos hídricos.

O CMA liderou o compromisso de fortalecer a gestão dos recursos hídricos mundiais, algo que se pode identificar nos objetivos enumerados no artigo 2º, em seu documento de constituição, com destaque para o item 3: “Reunir os interessados e promover a implementação de medidas eficazes relacionadas com a política e estratégias de água em todo o mundo”.¹³⁵

133 SOARES, Guido Fernando Silva. **A proteção internacional do meio ambiente**. Barueri: Manole, 2003, p. 171.

134 O Conselho Mundial da Água é “financiado por mais de 300 organizações de 60 países, incluindo empresas de água, governos, instituições e associações hidrológicas envolvidos na investigação, aplicação e educação. É composto também por representantes das principais empresas privadas de água, como Suez, Vivandi e Sauer, que controlam 75% do mercado mundial de água”. In: BARBAN, Vilma. **Fórum Mundial da Água** — questões fundamentais e muitas controvérsias. Disponível em: <http://seer.fclar.unesp.br/redd/article/view/1737/1416>. Acesso em: 20 mar. 2012.

135 WORLD WATER COUNCIL. Tradução nossa. Disponível em: <http://www.worldwatercouncil.org>. Acesso em: 15 jan. 2012. “The objectives of the Council are: 1. to identify critical water issues of local, regional and global importance on the basis of ongoing assessments of the state of water; 2. to raise awareness about critical water issues at all levels of decision making, from the highest →

Como missão, o Conselho Mundial da Água busca:

Mobilizar a ação em questões críticas da água em todos os níveis, incluindo o mais alto nível de tomada de decisão, pelo engajamento das pessoas no debate e pelo desafio do pensamento convencional. O Conselho foca nas dimensões políticas da segurança, adaptação e sustentabilidade da água.¹³⁶

Para atingir esse objetivo, o CMA tem historicamente incentivado a diminuição da responsabilidade do setor público pela prestação dos serviços de saneamento e abastecimento de água para dar lugar a processos de desestatização desses serviços. Como responsável pela organização dos fóruns mundiais da água, eventos trienais que debatem os recursos e o saneamento básico, o conselho fortalece neles sua compreensão de que a água, essencial à sobrevivência dos indivíduos, é também uma oportunidade de negócios para as empresas transnacionais. E justamente dessa forma posicionou-se o novo marco legal do Brasil, com as transformações legais aprovadas em 2020.

O I Fórum Mundial da Água ocorreu em 1997, na cidade de Marrakech. Com o tema “Água: patrimônio comum da humanidade”, identificou-a como uma necessidade humana básica, a ser atendida por meio de um sistema de gerenciamento e de uso eficiente, estimulando a parceria entre governos e sociedade civil¹³⁷ — a tese

→ authorities to the general public; 3. to bring together stakeholders and promote the implementation of effective water-related policies and strategies worldwide; 4. to provide advice and relevant information to institutions and decision-makers on the development and implementation of policies and strategies for sustainable water resources management, with due respect for the environment and social and gender equity; and 5. to contribute to the resolution of issues related to transboundary Waters.”

136 WORLD WATER COUNCIL (*Op. cit.*). Tradução nossa. “The World Water Council is an international multistakeholder platform organization whose mission is to mobilize action on critical water issues at all levels, including the highest decision-making level, by engaging people in debate and challenging conventional thinking. The Council focuses on the political dimensions of water security, adaptation and sustainability.”

137 D’ISEP, Clarissa Ferreira Macedo. **Água Juridicamente Sustentável**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 83.

da gestão compartilhada e a sua utilização eficaz.¹³⁸ Ao final do encontro, foi produzida a Declaração de Marrakech, que reitera a importância da construção de uma política hídrica internacional, nos seguintes termos:

[...] a urgente necessidade de uma melhor compreensão de todas as complexas particularidades — qualitativas e quantitativas, políticas e econômicas, legais e institucionais, educacionais e ambientais — que precisam ser consideradas para o lançamento de uma política hídrica para o próximo milênio.¹³⁹

Esse evento e a Conferência sobre a Água e o Desenvolvimento Sustentável de 1998, realizada em Paris, representam a inserção de novas tensões a respeito da gestão da água: o seu financiamento público e privado¹⁴⁰ e a definição de metas de universalização do acesso.¹⁴¹ Ambos já expressam os estudos e os objetivos do Conselho Mundial da Água, que adota como orientação, ante a alegada ineficiência do poder público nos diferentes continentes, a gestão da água por entidades não governamentais.

As teses defendidas naquele momento culminaram na definição de uma Visão Mundial da Água para o Século XXI, orientada para a adoção de metas de desenvolvimento sustentável e, sem qualquer margem para dúvida, voltadas a estimular a desestatização dos sistemas de captação, tratamento e distribuição de água potável e esgoto sanitário.

138 PIGRETTI, Eduardo *et al.* **Derecho Ambiental de Aguas**. Buenos Aires: Lajouane, 2010, p. 163-164. O I Fórum Mundial da Água, no Marrocos, em março de 1997, formou posição contrária à tese da água como bem de comércio e adotou como eixos temáticos: água e saneamento; administração compartilhada de água; conservação dos ecossistemas; igualdade de gêneros e utilização eficiente da água.

139 ALEMAR, Aguinaldo. **Geopolítica das Águas**: o Brasil e o direito internacional fluvial. Universidade Federal de Uberlândia. Programa de Pós-Graduação em Geografia, 2006, p. 185.

140 WORLD WATER COUNCIL. **Visão Mundial da Água**. 2000. Disponível em: <http://www.worldwatercouncil.org/index.php?id=946&L=1>. Acesso em: 22 set. 2020.

141 ONU, Objetivos de Desenvolvimento do Milênio, 2010. Disponível em: <http://www.un.org/fr/millenniumgoals/>. Acesso em: 22 set. 2020.

Feito em Haia no ano 2000, o II Fórum Mundial da Água, intitulado “A Visão da Água para o Futuro”, ao dar continuidade aos debates sobre gestão eficiente, discutiu com maior ênfase as parcerias público-privadas e a privatização como solução para a crise mundial da água. Ness e evento, o CMA estabeleceu princípios para a segurança da água no século XXI, dentre os quais: satisfazer as necessidades fundamentais; garantir o seu abastecimento alimentar; proteger os ecossistemas; dividir os recursos hídricos; gerir os riscos; valorizar a água; e, por fim, gerir a água de maneira responsável.¹⁴²

O III Fórum Mundial da Água, sucedido em 2003, no Japão, acrescentou um novo elemento à construção da política mundial da água: o financiamento dos sistemas de água como o problema principal da gestão hídrica e a necessidade de mobilização de todas as fontes de financiamento como solução.¹⁴³ Da declaração produzida ao final do evento, fortaleceu-se a concepção de que a água é elemento de propulsão do desenvolvimento sustentável e que sua gestão deve ser descentralizada e integrada, fundada em ações nacionais e internacionais, sempre com base na cooperação global.¹⁴⁴

142 D’ISEP, Clarissa Ferreira Macedo. **Água Juridicamente Sustentável**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 83.

143 Declaração Ministerial do III Fórum Mundial da Água, 2003. “Se deben recaudar fondos mediante la adopción de criterios de recuperación de costos que se adapten a las condiciones climáticas, medioambientales y sociales del lugar, y al principio del ‘contaminador paga’, prestando debida consideración a los sectores sociales más pobres. Todas las fuentes de financiamiento, tanto públicas como privadas, nacionales e internacionales, deben ser movilizadas y utilizadas del modo más eficaz y eficiente posible.”

144 Declaração Ministerial do III Fórum Mundial da Água. “1. A convicção de que a água é uma força propulsora para o desenvolvimento sustentável, incluindo aí a integridade ambiental e a erradicação da pobreza, indispensáveis para a saúde humana e seu bem-estar; 2. A decisão de promover o manejo integrado dos recursos hídricos; 3. O reconhecimento de que a situação da água no planeta varia de região para região, o que implica uma atitude nacional e internacional direcionada para as necessidades locais; 4. O reconhecimento de que é fundamental a cooperação entre os países ribeirinhos relacionada aos cursos d’água situados em regiões de fronteira e os transfronteiriços, visando ao manejo sustentável dos recursos hídricos e, conseqüentemente, benefícios mútuos; [...] 8. O compromisso de esforçar-se para atingir as metas de desenvolvimento do milênio, entre elas a de reduzir pela metade, até 2015, o número de pessoas sem acesso à água potável; 9. A decisão de encorajar o investimento, a pesquisa, o desenvolvimento e a cooperação internacional para o progressivo avanço de melhores técnicas de utilização da água na agricultura; 10. A convicção de que para garantir o fornecimento de água de boa qualidade, é necessário proteger e usar de maneira sustentável os ecossistemas que naturalmente capturam, filtram, armazenam e →

A Gestão Integrada dos Recursos Hídricos (GIRH) passou a compor os documentos internacionais. Costuma-se dizer que os serviços atinentes à água — captação, purificação, distribuição, conservação e tratamento — devem ser administrados de forma racional e sustentável através da justa remuneração do investimento. Com isso, almeja-se a redução dos desperdícios e o combate à poluição.

Havia, na época, o objetivo de difundir uma consciência mundial sobre a importância da proteção desses recursos naturais e de seu uso sustentável, dentro de um modelo de gestão que proteja essa abordagem — com ações em nível local, nacional e internacional. Aprovada durante o III Fórum Mundial da Água, a Declaração Ministerial do Lago Biwa e do Rio Yodo,¹⁴⁵ reconhecida pela ONU, adota nos seus princípios gerais a máxima importância das políticas de governo, do desenvolvimento econômico e dos financiamentos para o sucesso dos esforços das partes, e é dentro desse contexto que elas realizarão sua gestão interna dos recursos hídricos. Quanto ao financiamento, as partes que firmam a Declaração Ministerial garantem que irão explorar toda a gama de mecanismos de financiamento ofertados, incluindo a participação do setor privado.¹⁴⁶

O evento “Ações Locais para um Desafio Global”, IV Fórum Mundial da Água, foi sediado no México. Considerando suas motivações, centrou os debates na intenção de privilegiar o valor do conhecimento e as experiências locais como fator-chave no exercício da formulação de políticas hídricas, assim como promover o diálogo entre os setores responsáveis pelas políticas de água e os diferentes usuários. Da declaração produzida ao final do encontro, destacam-se as seguintes questões:

[...] 2 — Reafirmou-se o compromisso para alcançar os objetivos acordados no âmbito internacional sobre a gestão integrada dos recursos hídricos (GIRH), o acesso à água potável e saneamento básico,

→ fornecem água, como os rios, áreas úmidas, florestas e solos.” UNEP. Disponível em: <http://www.unep.org/geo/geo3/french/274.htm>. Acesso em: 20 set. 2020.

145 A/57/785. Disponível em: <http://www.un-documents.net/a57-785x.htm>. Acesso em: 29 set. 2020.

146 Itens 2 e 6.

acordados na Agenda 21, a Declaração do Milênio e o Plano de Aplicação de Johannesburgo (PIJ).

3 — Reafirmou-se a importância de se acrescentar a sustentabilidade dos ecossistemas nos empreendimentos econômicos e reconheceu-se a importância da implementação, em algumas regiões, de práticas inovadoras como o manejo de água da chuva e o desenvolvimento de projetos hidroenergéticos. [...].

5 — Reconheceram-se as contribuições do 4º Fórum Mundial da Água e seu processo preparatório regional para o desenvolvimento de capacidades nos âmbitos nacional, regional e internacional, e na promoção do intercâmbio de melhores práticas e lições aprendidas sobre assuntos internacionais sobre água e saneamento.

6 — Reconheceu-se a importância de políticas domésticas e internacionais que fomentem e ajudem o desenvolvimento de capacidades e cooperação em todos os níveis, para mitigar os desastres relacionados com a água, incluindo a prevenção, preparação, avaliação de risco, consciência comunitária, resiliência e resposta.

7 — Afirmou-se o importante papel que desempenham os parlamentares e demais autoridades locais em diversos países para incrementar o acesso sustentável aos serviços de água e saneamento, assim como para apoiar a gestão integrada dos recursos hídricos. Reconheceu-se, ademais, que uma eficiente colaboração com e entre estes atores é um fator-chave para enfrentar os desafios e alcançar as metas em matéria de água.¹⁴⁷

Já os debates do V Fórum Mundial da Água, em Istambul, no ano de 2009, foram centrados no uso da água de maneira inclusiva,

147 ALEMAR, Aguinaldo. **Geopolítica das Águas**: o Brasil e o direito internacional fluvial. Universidade Federal de Uberlândia. Programa de Pós-Graduação em Geografia, 2006, p. 190.

procurando superar divisões que colocam em confronto os usuários e os Estados, o local e o global, o presente e o futuro, o público e o privado. Para tanto, produziram-se diversas recomendações, sob o signo da cooperação, para pôr fim às disputas acerca da água, e medidas para evitar inundações, escassez e poluição de rios e lençóis freáticos.

Além disso, as discussões travadas em Istambul esclareceram os papéis complementares dos setores públicos e privados e enfatizaram as prioridades para aprimorar as políticas de Estado e as instituições privadas nesse processo.¹⁴⁸ Todavia, na Declaração Ministerial de Istambul não se decretou a água como um direito humano e fundamental, algo bastante demandado pelas comunidades que participaram do evento.¹⁴⁹

O destaque dado à gestão integrada e às políticas de financiamento foi justamente a tônica do VI Fórum Mundial da Água, em Marselha, no ano de 2012. Nos debates preparatórios, desde o início, consideraram-se metas prioritárias para o setor:

(1.1) Garantir o acesso à água para todos e o direito à água; (1.2) Aprimorar o acesso ao saneamento integrado para todos; (2.1.) Equilibrar os diferentes usos da água para uma gestão integrada. Para se alcançar tais prioridades é necessário: (1) Boa Governabilidade e (2) Financiamento da Água para todos. Essas duas linhas temáticas de “condições de sucesso — CS” estão sendo preparadas pelo Banco Mundial, Banco Europeu de Investimentos, Agências Francesas da Água, PNUD e Suez, entre outras instituições, e consistem, respectivamente, em:

(CS.1) A ausência de um projeto universal de “boa governabilidade no setor da água” impulsiona a propositura de soluções concretas e mensuráveis para criar condições de sucesso em termos de (i)

148 WORLD WATER COUNCIL. Disponível em: <http://www.worldwatercouncil.org/index.php?id=1842&L=1>. Acesso em: 22 set. 2020.

149 PIGRETTI, Eduardo *et al.* **Derecho Ambiental de Aguas**. Buenos Aires: Lajouane, 2010, p. 164.

governabilidade e instituições públicas efetivas, *(ii)* gestão integrada e *(iii)* melhoria integrada e transparente no setor da água. Esse é o norte para o grupo conceber no IV Fórum um plano de ações realista. (CS.2) Financiamento da água para todos de forma que daqui 2015: *(i)* muitos países conheçam e apoiem o conceito de planejamento financeiro estratégico para fornecimento de água e saneamento, *(ii)* muitos países aloquem recursos financeiros para atingir sua planificação financeira estratégica, *(iii)* países inscrevam nas suas políticas de água a recuperação sustentável dos custos de gestão da água, *(iv)* transferência da competência da água e do saneamento para as autoridades locais.¹⁵⁰

Em março de 2015, mesmo ano no qual a Assembleia Geral das Nações Unidas reafirmou por meio de resolução o direito humano à água potável e ao saneamento, realizou-se o VII Fórum Mundial da Água nas cidades de Daegu e Gyeongju, Coreia do Sul, com a proposição “Água para Nosso Futuro”.¹⁵¹ Há um início de caminhar conjunto, reafirmando os compromissos já assumidos pelos Estados no âmbito da ONU, porém, com afirmações mais tímidas, de gradatividade da garantia desses direitos e de cooperação com agências e instituições financeiras dos setores público e privado.

No ano de 2018, pela primeira vez na história dos fóruns, o debate é trazido a um país do hemisfério sul, com a realização do VIII Fórum Mundial da Água na capital brasileira, invocando os Estados em um chamado urgente para ações definitivas sobre o tema “Compartilhamento de água”. Mas antes de partir às ações, o principal documento elaborado na última edição — a Declaração Ministerial — saúda as construções anteriores e apoia-se no sexto objetivo dos ODS. Já há uma evidente caminhada de propósitos,

150 Forum Mondial de l'Eau. Disponível em: <http://www.worldwaterforum6.org/fr/accueil/?id=1&L=1>. Acesso em: 22 set. 2020.

151 Disponível em: http://www.worldwatercouncil.org/sites/default/files/2017-10/7th_world_water_forum_-_Daegu-Gyeongbuk_-_Republic_of_Korea_-_Ministerial_Declaration_0.pdf. Acesso em: 22 set. 2020.

porém, os reflexos dos poucos resultados alcançados impõem essa incessante retomada de manifestações de intenções, de modo a:

[...] renovar e reforçar o empenho político para garantir a implementação de ações imediatas e efetivas para superar os desafios relacionados à água e ao saneamento, em particular a escassez de água no contexto da adaptação à mudança do clima, e alcançar os ODS relacionados e suas metas.

O tema de grande destaque do VIII Fórum Mundial da Água foi a necessidade de rediscutir o entendimento sobre a segurança hídrica: por meio do evento, reforçou-se a ideia de que segurança hídrica não é tão somente determinada pelo volume de água disponível em uma localidade. Nesse raciocínio, dever-se-ia fortalecer os instrumentos institucionais de gestão dos recursos hídricos:

[...] a segurança hídrica não é determinada pelo volume de água disponível em uma área, mas sim pela robustez das instituições, a eficiência dos quadros jurídicos e reguladores, as formas como são aplicados os instrumentos de política e os recursos financeiros disponíveis. Formas inovadoras de gestão e soluções de políticas são necessárias, mas também o são as abordagens e diálogos locais. Não se deve esquecer que os usos e a gestão da água feitas por populações tradicionais podem ampliar o escopo de soluções para a segurança hídrica. Se a segurança hídrica é um caminho que conduz à realização dos ODS, é importante reconhecer a interdependência das políticas públicas em diferentes domínios e a necessidade de envolver todos os usuários de água na governança.¹⁵²

152 RELATÓRIO DO CONSELHO MUNDIAL DA ÁGUA. **8º Fórum Mundial da Água**: Destaques. Disponível em: <http://www.adasa.df.gov.br/images/noticias/05-12-2018/Destaques_8_Forum_mundial_agua.pdf>. Acesso em 21 de junho de 2021.

No atual momento, a efetiva consolidação de uma política internacional dos recursos hídricos no âmbito dos debates do Conselho Mundial da Água é bastante clara: gestão eficiente, integrada, descentralizada e estratégica da água e do saneamento, fomentada por financiamento, conhecimento e participação de empresas privadas com um custo razoável e sustentável, fortalecendo o direito de acesso à água inserido nas premissas do direito econômico. Em certa medida, esse discurso aproxima-se das linhas gerais do Novo Marco Legal do Saneamento (Lei n. 14.026/2020) e das alterações por ele produzidas em outras leis relacionadas ao setor, em particular a Lei n. 11.445/2007 e a Lei n. 9.884/2000.

A estabilização no cenário internacional do princípio de gestão integrada da água, que pressupõe a conjugação de uma gestão pública com empresas privadas, fundada em financiamento, tem por marco inicial a atuação da Global Water Partnership (GWP) ou Parceria Mundial pela Água — fundada em 1996 por iniciativa do Banco Mundial, do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) e da Agência Sueca para o Desenvolvimento (SICA). Seu principal objetivo era promover a integração dos recursos hídricos, por intermédio de “desenvolvimento coordenado e gestão da água, da terra e dos recursos relacionados para maximizar o bem-estar econômico e social sem comprometer a sustentabilidade dos sistemas ambientais vitais” (tradução nossa).¹⁵³ Logo, focava a descentralização da gestão dos serviços através da ação conjunta de diversos atores — fundos privados de financiamento, empresas multinacionais do setor da água, entre outros.¹⁵⁴

153 GWP. Disponível em: <http://www.gwp.org/en/About-GWP/History/>. Acesso em: 20 mar. 2012. “[...] integrated water resources management (IWRM) which is defined as the coordinated development and management of water, land, and related resources in order to maximise economic and social welfare without compromising the sustainability of vital environmental systems.”

154 Esse argumento pode ser reforçado por um dos da GWP: “O desenvolvimento e a gestão da água devem ser baseados em uma abordagem participativa, envolvendo usuários, planejadores e formadores de políticas em todos os níveis” (tradução nossa). “Water development and management should be based on a participatory approach involving users, planners and policy makers at all levels”. GWP. Vision and Mission. Disponível em: <http://www.gwp.org/en/About-GWP/Vision-and-Mission/>. Acesso em: 22 set. 2020.

Uma das atuações da GWP foi a de definir a Gestão Integrada dos Recursos Hídricos como o conceito-chave a ser adotado pelas políticas públicas desenvolvidas nos diferentes níveis territoriais. A Lei n. 14.026/2020, nesse sentido, dialoga diretamente com essa vontade de atrair recursos privados para uma reformulação do serviço público de saneamento básico no Brasil, o que não impede a continuidade das companhias estaduais, mas cria um ambiente bastante hostil para elementos característicos da cultura PLANASA permanecerem vigentes frente a um novo modelo.

Tal posição fortaleceu-se na ONU mediante a declaração firmada pelas partes na Conferência sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (Rio+20), em 2012.¹⁵⁵ O serviço de saneamento, um dos aspectos da gestão da água, ganhou um relevante espaço na ocasião. Compreende-se pela:

[...] necessidade de estabelecer metas para o gerenciamento de dejetos de recursos hídricos, incluindo a redução da poluição da água por fontes domésticas, industriais e agrícolas e a promoção da eficiência hídrica, águas de esgoto, tratamento e o uso de águas de esgoto como um recurso, em particular para a expansão de áreas urbanas.

Essa percepção da valorização da gestão dos rejeitos e reutilização da água vem crescendo ao longo da última década no âmbito internacional; e da mesma maneira no Brasil, por meio da Lei n. 11.445/2007 e das alterações produzidas pela Lei n. 14.026/2020, mais especificamente, no artigo 2º, inciso XIII. Ao discriminar os

155 O esboço do documento internacional incorpora explicitamente as noções de gestão integrada, sustentável e compartilhada: “69. Nós renovamos nosso compromisso firmado no Plano de Implementação de Joanesburgo (JPOI) com relação ao desenvolvimento e à implementação de gerenciamento integrado de recursos hídricos e planos de eficiência hídrica. Nós reafirmamos nosso compromisso com a Década Internacional 2005-2015 para a Ação Água para Vida. Nós encorajamos as iniciativas de cooperação para gerenciamento de recursos hídricos em particular através do desenvolvimento de capacidade, da permuta de experiências, das melhores práticas e lições aprendidas, assim como o compartilhamento de sólidas tecnologias e know-how ambientalmente apropriados”. ONU, O Futuro que Queremos. Disponível em: https://www.pucsp.br/ecopolitica/downloads/meio_ambiente/O_Futuro_queremos_2012.pdf. Acesso em: 22 set. 2020.

seus princípios fundamentais, destaca, por exemplo: “[...] redução e controle das perdas de água, inclusive na distribuição de água tratada, estímulo à racionalização de seu consumo pelos usuários e fomento à eficiência energética, ao reúso de efluentes sanitários e ao aproveitamento de águas de chuva”.

A ONU declarou os anos de 2018 a 2028 como a “Década Internacional para a Ação: Água para o Desenvolvimento Sustentável”, no intuito de impulsionar os países que se comprometeram com os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) para dar acesso à água potável e ao serviço de esgotamento sanitário a todas as pessoas, até 2030. Quanto ao Brasil, metas igualmente ambiciosas estão colocadas para 2033 e, excepcionalmente, 2040.

A Lei n. 11.445/2007, com as alterações determinadas pelo Novo Marco Legal do Saneamento, estabelece que a integração das infraestruturas e o foco na prestação regionalizada tende a oferecer escala para o equilíbrio das operações. Assim consta no artigo 2º, incisos XII e XIV, da referida lei, depois das intervenções da Lei n. 14.026/2020, quando são apresentados os princípios fundamentais que direcionam a prestação do serviço público de saneamento básico no Brasil, em especial:

XII — integração das infraestruturas e dos serviços com a gestão eficiente dos recursos hídricos; (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020)

XIV — prestação regionalizada dos serviços, com vistas à geração de ganhos de escala e à garantia da universalização e da viabilidade técnica e econômico-financeira dos serviços; (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020).

Um sistema integrado de gerenciamento dos recursos hídricos (compreendido o fornecimento de água de qualidade e o serviço de esgotamento sanitário) deve ser realizado de forma descentralizada, participativa e compartilhada, pautada em padrões de eficiência e uso comedido da água, dentro do paradigma da sustentabilidade. Isso sugere o rechaço de práticas de importação de políticas de saneamento básico sem qualquer espelhamento com a experiência concreta vivida pelas comunidades mais carentes. Qualquer política pública de saneamento, mesmo que absorva as experiências de

outros países, para um resultado adequado, reclamará algum nível de customização.

2.5. A Patrimonialização do Direito ao Saneamento

A cautelosa posição da Organização das Nações Unidas (ONU) em definir a água, por meio de normas cogentes, como um direito humano, pode encontrar justificativa no processo de consolidação da tese contrária — a água como um bem de valor econômico, o que é talvez a nova hegemonia existente a respeito da água e do serviço de saneamento de maneira geral.

Nos documentos mais recentes, notadamente os aprovados no VIII Fórum Mundial da Água, realizado no Brasil em 2018, e na Conferência das Nações Unidas sobre o Desenvolvimento Sustentável, a chamada Rio+20, ocorrida no mês de junho de 2012, evidenciam-se três pilares: *(i)* a água como um direito de todos; *(ii)* a água como um recurso natural de valor econômico; e *(iii)* o direito à água como um elemento do desenvolvimento sustentável.

Na prática, a defesa do direito humano de acesso à água potável e ao serviço de esgotamento sanitário permanece subordinada às preocupações com os modelos de gestão e financiamento do setor. Os fóruns mundiais da água têm sido centrais para a consolidação da ênfase sobre a dimensão econômica da água e do esgotamento sanitário. A recente Declaração Ministerial do VIII Fórum elucida a necessidade de financiamentos para a gestão integrada e sustentável da água, além do desenvolvimento da cooperação transfronteiriça. O que deverá ocorrer através de parcerias entre autoridades públicas, organizações internacionais, organizações não governamentais, fornecedores de serviços, empresas privadas e comunidades. Afora as representações ministeriais, os parlamentares dos países participantes também manifestaram o reconhecimento do seu papel na promoção e no alcance do direito à água e ao saneamento a todos. A novidade dessa edição foi a declaração dos juizes e dos promotores.

A posição hegemônica atualmente é a de que o acesso à água e ao esgotamento sanitário trata-se de interesse comum, ou interesse compartilhado, mas tem expressão econômica, o que justifica a sua condição de bem de comércio. Considerar o direito de acesso à água potável e ao serviço de esgotamento sanitário como parte integrante do catálogo de direitos humanos, em tese, facilita sua concretização,

não apenas em razão das alternativas oferecidas pela possibilidade de tutela judicial,¹⁵⁶ mas, principalmente, pelo *status* que se alcança nesse momento. O debate que tem o serviço de saneamento básico como política pública prioritária na medida em que sua transversalidade dialoga com o direito à saúde, à moradia e ao trabalho, sem dúvida alguma, está diretamente relacionado ao conceito de economia verde, como dito outras vezes.

A Conferência de Dublin (1992) ainda representa a atual posição do tema da água nos fóruns de discussão das Nações Unidas. A Declaração de Dublin sobre Água e Desenvolvimento Sustentável, aprovada ao final da conferência, sublinhou que a escassez e o uso abusivo da água doce delineavam crescente e séria ameaça para o desenvolvimento sustentável e a proteção ambiental. Redigida pela ONU em 22 de março de 1992, Dia Mundial da Água, a Declaração Universal dos Direitos das Águas introduz, no seu primeiro princípio, a água como patrimônio do planeta,¹⁵⁷ todavia, deixa claro que o conceito adotado é o mesmo da Convenção de Dublin, divulgado dois meses antes: “[...] Princípio 6 — A água não é uma doação gratuita da natureza; ela tem um valor econômico: precisa-se saber que ela é, algumas vezes, rara e dispendiosa e que pode muito bem escassear em qualquer região do mundo”.

Assim, a conjugação do interesse comum e do caráter econômico impõe uma análise das formas de intervenção e condições de

156 COHRE, Water AID, COSUDE y UNIHABITAT. **Saneamiento**: Un imperativo de derechos humanos. Ginebra, 2008, p. 38. A respeito da judicialização desse tema, em espaços nacionais e internacionais, sabe-se que “[...] en la mayoría de los países, los tribunales se muestran reacios a resolver casos que involucran derechos sociales y a ordenar la aplicación de recursos específicos, particularmente cuando dichas soluciones exigirían el establecimiento de un nuevo programa gubernamental destinado a la provisión de servicios. Por lo tanto, el reclamo del derecho ante los tribunales puede resultar complejo en ciertos países. De todas maneras, esta limitación no es crítica, ya que recurrir a los tribunales es sólo uno de los distintos medios que existen para la implementación del derecho”. Hoje, além dos espaços de discussão judicial, existem mecanismos de vigilância nas estruturas nacionais e internacionais de poder, que podem ser provocados diante da ação ou omissão do Estado em cumprir com essas demandas de direitos humanos. Por isso a importância desse reconhecimento, sendo o passo seguinte formatar um novo quadro normativo e aparelhar o Estado para a realização concreta do direito à água e ao saneamento.

157 Declaração Universal dos Direitos da Água, artigo 6º. Também, no artigo 9º: “[...] A gestão da água impõe um equilíbrio entre os imperativos de sua proteção e as necessidades de ordem econômica, sanitária e social”.

uso da água, sob o ponto de vista dos usuários que detêm direito de acesso ao bem, como consequência da sua patrimonialização.

Na Declaração Ministerial aprovada no II Fórum Mundial da Água, em Haia, no ano de 2000, ficou bem demarcada a posição de que “somente a fixação de um preço de mercado aferindo o custo total dos serviços fornecidos poderá assegurar o equilíbrio entre a oferta e uma procura em acentuado crescimento”.

Aqui, reforça-se a ideia de que é necessário atribuir-se um valor à água, reconhecer a sua dimensão econômica, social, ambiental e cultural, determinando para os seus serviços conexos uma mensuração que realmente reflita os seus custos. A ONU assimilou a teoria da *Tragedy of the Commons*, elaborada no ano de 1968 por Garrett Hardin. Segundo o autor, é mais eficiente o controle dos bens públicos por agentes privados, numa situação de escassez, “[...] já que os bens comuns são de livre acesso e, portanto, expostos a uma acelerada degradação, e os bens públicos são geridos irresponsavelmente”.¹⁵⁸

O avanço dos debates internacionais acerca do tema e o reconhecimento do valor econômico da água, contudo, parecem ter despolarizado-se, em parte, nos últimos anos. Não mais opõem-se, ao menos discursivamente, à reivindicação de que seja confiada sua administração ao mercado, à identificação de um direito humano à água e à democratização de sua gestão. Certos grupos entendem como complementares tais posições, o que permitiria o funcionamento de um sistema e a sua operação, harmonizando-se essas circunstâncias, o que, em certa medida, está respaldado agora pela Lei n. 14.026/2020, com todas as alterações produzidas na Lei n. 11.445/2007 e os seus possíveis desdobramentos práticos.

O VIII Fórum Mundial da Água, por exemplo, feito em Brasília no ano de 2018, organizado pelo Conselho Mundial da Água, instituição que sabidamente tem representado interesses de corporações multinacionais, reposicionou o seu discurso. A Declaração Ministerial

158 HARDIN, Garrett. *The Tragedy of the Commons*. **Science Magazine**, vol. 162, n. 3859, 13 dez. 1968, p. 1243-1248. Disponível em: <http://www.sciencemag.org/content/162/3859/1243.full>. Acesso em: 13 fev. 2019.

fala explicitamente em direito humano à água e ao saneamento¹⁵⁹ e na necessidade de participação das populações mais afetadas pela escassez em sua gestão.¹⁶⁰

Há, porém, uma visão já consolidada de que a melhor maneira para “alcançar um acesso universal e equitativo à água potável segura e acessível, a um saneamento adequado e equitativo e à redução da poluição da água” (item 16) é a mobilização de “recursos financeiros de múltiplas fontes” na forma de uma “gestão integrada e sustentável da água, especialmente orientada para os países em desenvolvimento” (item 18). Em outras palavras, a exploração da água e do saneamento pelo setor privado é vista como o único jeito de atingir os objetivos da Agenda 2030 de universalização desses serviços.

Na verdade, essa discussão nunca se encerrará, pois existem bons e maus exemplos para todos os lados. Logo, ainda hoje, debatem-se os fenômenos de desestatização e reestatização do sistema, mas fica muito claro que a realidade de cada coletivo determinará a melhor sistemática. De qualquer forma, sempre deverão ser privilegiados métodos, técnicas e processos que observem as peculiaridades locais e regionais, impedindo, por princípio, fórmulas prontas. Nem mesmo a certeza do conceito de monopólio natural sobreviverá por muito tempo, pois o surgimento de novas tecnologias pode justificar a segregação de tarefas, o que inclusive já foi absorvido pela Lei n. 11.445/2007, em razão de alterações propostas pela Lei n. 14.026/2020 ao artigo 11-B, § 4:

159 “Apresentamos um apelo urgente para uma ação decisiva sobre a água e declaramos que agora é hora de: [...] 21. Reforçar a necessidade urgente de respeitar o direito de todos os seres humanos, independentemente da sua situação e localização, à água potável e ao saneamento como direitos humanos fundamentais, previstos no direito internacional dos direitos humanos, no direito internacional humanitário e nas convenções internacionais pertinentes, conforme aplicável.” Declaração Ministerial. **Um chamado urgente para uma ação decisiva sobre a água.** 2008. Disponível em: <https://www.mma.gov.br/informma/item/14674-noticia-acom-2018-03-2900.html>. Acesso em: 22 set. 2020.

160 Declaração Ministerial (*Op. cit.*). “Os esforços e as iniciativas tomados em todos os níveis devem promover a participação adequada e inclusiva de todas as partes interessadas relevantes, em particular os mais vulneráveis e incluindo as comunidades locais, os povos indígenas, os jovens, as meninas e as mulheres e aqueles afetados pela escassez de água.”

§ 4º É facultado à entidade reguladora prever hipóteses em que o prestador poderá utilizar métodos alternativos e descentralizados para os serviços de abastecimento de água e de coleta e tratamento de esgoto em áreas rurais, remotas ou em núcleos urbanos informais consolidados, sem prejuízo da sua cobrança, com vistas a garantir a economicidade da prestação dos serviços públicos de saneamento básico. (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020).

As primeiras noções dessa perspectiva apareceram quando da promulgação da Carta Europeia da Água, em 1968,¹⁶¹ na qual compreendeu-se a água como um bem finito, o que exige a formação de um modelo de gestão apropriado dos recursos hídricos, pressupondo o seu tratamento e uso controlado.¹⁶² A redução de rejeitos poluentes e esgotos nos cursos d'água deve ser integrada numa política de reutilização diferenciada, de modo a minimizar a degradação do recurso natural.¹⁶³

Esse entendimento também está presente na formulação da Agenda 21 — um dos documentos originados na Cúpula da Terra. Tratado como uma mercadoria que deve ser ofertada por meio de um serviço adequado, o acesso à água potável requer a pesquisa de novas tecnologias para a sua exploração plena. Isso evidencia-se na área “Desenvolvimento e manejo integrado dos recursos hídricos”,¹⁶⁴ com a seguinte proposição:

161 A Carta Europeia das Águas não é um documento multilateral da ONU, no entanto, sua abordagem neste trabalho se justifica por ser o primeiro documento internacional que trata claramente do aspecto da gestão da água como elemento essencial para superar a poluição e a escassez.

162 Carta Europeia das Águas, Estrasburgo, 1968, princípio nº 2.

163 DROBENKO, Bernard. Les Nouveaux Grands Principes du Droit Moderne de l'Eau. In: MILARÉ, Édís e Outro. **Doutrinas Essenciais**: direito ambiental. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 997.

164 O capítulo aponta sete áreas de programa, indicadas no item 18.5, quais sejam: desenvolvimento e manejo integrado dos recursos hídricos; avaliação dos recursos hídricos; proteção dos recursos hídricos, da qualidade da água e dos ecossistemas aquáticos; abastecimento de água potável e saneamento; a água e o desenvolvimento urbano sustentável; água para a produção de alimentos e desenvolvimento rural sustentáveis; impactos da mudança do clima sobre os recursos hídricos.

[...] O manejo integrado dos recursos hídricos baseia-se na percepção da água como parte integrante do ecossistema, um recurso natural e bem econômico e social cujas quantidade e qualidade determinam a natureza de sua utilização. Com esse objetivo, os recursos hídricos devem ser protegidos, levando-se em conta o funcionamento dos ecossistemas aquáticos e a perenidade do recurso, a fim de satisfazer e conciliar as necessidades de água nas atividades humanas. Ao desenvolver e usar os recursos hídricos, deve-se dar prioridade à satisfação das necessidades básicas e à proteção dos ecossistemas. No entanto, uma vez satisfeitas essas necessidades, os usuários da água devem pagar tarifas adequadas.

Dentro dessa perspectiva de uso sustentável e racional, todos, usuários e autoridades, precisam garantir a durabilidade da água, um interesse comum da humanidade.¹⁶⁵ A Convenção de Helsinque sobre a Proteção e Utilização dos Cursos de Água Transfronteiriços e dos Lagos Internacionais, de 1992, orienta os Estados a tomarem medidas para garantir uma utilização racional e sustentável das águas.¹⁶⁶

Se a escassez e o uso abusivo ameaçam a proteção do meio ambiente e o desenvolvimento sustentável, o reconhecimento da água como bem econômico surge para impedir o esgotamento desse recurso essencial à humanidade — esse é o discurso predominante nos organismos internacionais. Os órgãos de fomento, por exemplo, condicionam o financiamento das políticas de combate à pobreza catalogadas entre os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) à adoção de modelos específicos de gestão.

A afirmação da água como uma necessidade humana, um bem econômico e um elemento propulsor do desenvolvimento sustentável motivou a comunidade global a adotar, no âmbito da ONU,

165 Art. 6 da Convenção de Nova York.

166 Art. 2, c. Disponível em: <http://www.unece.org/fileadmin/DAM/env/water/pdf/waterconf.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2012.

abordagens novas a respeito do assunto. As declarações internacionais avançaram sobre questões de governo, estabeleceram princípios para a gestão da água e começaram a desenhar uma política internacional da água — com repercussões no tema “saneamento”. Consolidou-se o ponto de vista de que a crise hídrica é, basicamente, uma crise de gestão, o que engloba a modelagem do sistema (a concepção, a regulação, a fiscalização e a operação do serviço) e a incapacidade de investimento do titular dessa política, o Estado.

3. Por uma Avaliação Não Dogmática das Políticas de Saneamento

Da afirmação de que existe uma prerrogativa legal, passando pela possibilidade efetiva de responsabilizar o Estado e os seus agentes públicos, torna-se muito mais plausível a concretização desses direitos, mesmo para os casos de moradias (e assentamentos) irregulares — o acesso aos serviços básicos não pode derivar apenas de situações de posse ou propriedade regulares, não abrangidos no conceito de universalidade.¹⁶⁷

A tese que defendi no doutorado, em 2012, entre outras conclusões igualmente importantes para aquele momento histórico, foi a de que a inclusão oficial do direito de acesso à água potável e ao serviço de esgotamento sanitário nos catálogos de direitos humanos poderia estabelecer um marco político e jurídico capaz de viabilizar um processo mais acelerado de universalização desses serviços básicos. Quando se reconhece uma prerrogativa legal, existe uma maior possibilidade de responsabilizar o Estado e/ou o agente público que, por ação ou omissão, negligencia a confirmação de tais direitos.

O cenário atual apresenta-se, porém, bastante distinto. Por um lado, os discursos hegemônicos parecem agora estar de acordo com a caracterização do direito à água e ao serviço de esgotamento

167 COHRE, Water AID, COSUDE y UNIHABITAT. **Saneamiento:** un imperativo de derechos humanos. Ginebra, 2008, p. 10. Segundo está destacado no trabalho, em áreas urbanas, “[...] con mucha frecuencia el bajo nivel de financiamiento disponible para la construcción de instalaciones de saneamiento se destina a aquellos que viven en zonas residenciales y poseen mayor poder adquisitivo. Esto provoca que sólo unos pocos cuenten con servicios de alta calidad mientras que las restantes personas no poseen servicios de ningún tipo”.

sanitário como direito humano; por outro, consideram que o fornecimento privado desses serviços é justamente a única forma de sua universalização no ritmo exigido pela Agenda 2030 e na linha proposta pela Lei n. 14.026/2020. Obviamente, respeitando-se os momentos e os processos históricos de cada país, o que abrange contingências políticas, econômicas, sociais, ambientais e geográficas.

Estudaremos à frente as dificuldades envolvidas nessa convicção, tentando demonstrar que diferentes contextos locais têm exigido novas soluções para velhos problemas. Veremos que nenhum modelo de prestação de serviços de água e esgotamento sanitário é universalmente eficiente, na medida em que é impossível formatá-lo sem a obrigatória contextualização.

No caso brasileiro, a possibilidade de exploração privada desses serviços tem sido a tônica do debate público. A abordagem que pretendo oferecer no decorrer deste livro, na sua condição de texto jurídico, será a de sistematizar o papel do Estado na condição de planejador, regulador e fiscalizador das políticas de saneamento (CF, art. 21, XX). Essas atividades, ao contrário da prestação dos serviços (a operação em sentido estrito), não podem – ou pelo menos não devem – ter seu exercício delegado.

Assim, na vigência da presente ordem constitucional, não podemos dogmaticamente avaliar a participação privada no setor de saneamento como intrinsecamente perniciosa ou virtuosa. Onde for capaz de prover, de forma mais abrangente e adequada que o setor público, os serviços de saneamento básico, sua presença pode e deve ser incentivada. Da mesma maneira, nos locais em que o Estado seja capaz de oferecer um arranjo mais equilibrado e vantajoso para os usuários do serviço, ele terá preferência na execução direta da gestão. Há exemplos de ambos os casos em nossa história recente; se abordarmos quaisquer dos modelos como indesejáveis, abdicaremos da oportunidade de ponderar os resultados de cada um deles em seus respectivos cenários e de desenvolver, eventualmente, modelos alternativos aos que no momento apresentam-se.

A Pesquisa Nacional de Saneamento Básico (PNSB 2017), que se tornou conhecida em 2020, avaliou a situação de seis mil, cento e sessenta e oito entidades executoras de serviços de abastecimento de água por rede geral e esgotamento sanitário por rede coletora — serviços em funcionamento, em implantação ou paralisados —,

oferecendo, ao final, um cenário atual da abrangência e qualidade da oferta em todas as regiões do Brasil.¹⁶⁸

4. O Papel da Cooperação na Gestão Internacional da Água

Com a necessidade cada vez mais premente de normatização das águas comuns, a comunidade internacional começou a assimilar a importância do princípio da cooperação. A cooperação pressupõe estratégias de gestão, dentro do conceito atual de desenvolvimento sustentável: desenvolvimento econômico, equidade social e proteção ambiental. O planejamento, diante de tantas variáveis, torna-se uma diretiva para a definição das políticas públicas direcionadas à questão da água, um bem escasso.¹⁶⁹ Como síntese importante da Declaração de 1968, o princípio doze evidencia que “[...] as águas não têm fronteiras. É um recurso comum que necessita de uma cooperação internacional”.

A Convenção de Helsinque de 1992, no seu artigo sexto, designa que as partes deverão elaborar políticas aplicáveis às bacias hidrográficas. A Convenção de Nova York, assinada em 1997, determina a gestão compartilhada dos recursos hídricos entre as partes

168 PNSB, 2017. Publicada em 2020, p. 13. Com relação às etapas desenvolvidas durante a pesquisa, a “[...] PNSB 2017 foi realizada no período de 2015 a 2020 por módulos. Em 2015, iniciou-se o cadastramento de gestores e entidades executoras de serviços de saneamento básico, reconhecidos e informados pelas prefeituras durante a realização da Pesquisa de Informações Básicas Municipais — MUNIC 2015, do IBGE. Em 2016, a segunda fase da PNSB 2017 foi iniciada por meio de atualização cadastral das entidades executoras de serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário que atuam nos Municípios brasileiros. Houve consulta direta aos informantes, por meio de entrevistas telefônicas, utilizando-se para tal a estrutura física e os recursos humanos da Coordenação de Entrevistas Telefônicas Assistidas por Computador. Em 2017, aplicou-se, nas prefeituras, o Suplemento de Saneamento Básico da MUNIC 2017, com ênfase nos aspectos institucionais relativos aos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário, e que trata, em especial, da gestão municipal desses serviços. Em 2018 e 2019, ocorreu a quarta fase da PNSB 2017, ano de referência dos dados, com a aplicação dos questionários temáticos direcionados às entidades executoras, com a finalidade de observar aspectos técnico-operacionais dos serviços prestados de abastecimento de água e esgotamento sanitário nos Municípios do País. Finalmente, o ciclo de abastecimento de água e esgotamento sanitário se encerra em 2020, com a divulgação desses resultados”.

169 Carta Europeia das Águas, Estrasburgo, 1968, princípio nº 8.

que integram a mesma bacia hidrográfica,¹⁷⁰ noção já abordada pela Agenda 21. Em realidade, os documentos internacionais que inseriram a nova orientação de que a crise da água é, na verdade, um problema de gestão, e que essa deve ser uma preocupação mundial, foram basicamente as convenções referentes aos cursos d'água internacionais e transfronteiriços.¹⁷¹

A Conferência Internacional sobre Água e Meio Ambiente, realizada em Dublin, também preocupou-se com essa abordagem. No seu Programa de Ações,¹⁷² defende a gestão participativa da água,¹⁷³ além de afirmar que a água doce é um recurso finito (Princípio n. 1)

- 170 Sem dúvida, “[...] a extensão dos cursos de água dentro de cada país integrante de uma bacia internacional de drenagem e a possível diversidade da população que se utiliza dessas águas figuram entre as circunstâncias fáticas que fazem ser específica a aplicação do uso equitativo em relação às águas. O uso equitativo contém o uso partilhado da água, pois sua monopolização pelo Estado é iníqua, podendo gerar conflitos. [...] A utilização equitativa não é outra coisa que uma emanção do princípio basilar do Direito Internacional da soberana igualdade dos Estados”. MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito dos Cursos de Água Internacionais** (elaboração da Convenção sobre o Direito Relativo à utilização dos Cursos de Água Internacionais para fins Diversos dos de Navegação — Nações Unidas, 1997). São Paulo: Malheiros, 2009, p. 87-93.
- 171 Ibidem, p. 100-130. A Convenção sobre o Direito Relativo à Utilização dos Cursos de Água Internacionais para Fins Diversos dos de Navegação (ONU/1997), no artigo 6º, e a Conferência de Berlim, em 2004, no artigo 13, destacam os fatores relevantes a serem observados para uma utilização equitativa e razoável dos cursos de água — o uso sustentável das águas envolve a gestão integrada dos recursos. Segundo o autor, “[...] é válido associar o Princípio 8 da Declaração do Rio de Janeiro/1992 à noção de uso sustentável da Conferência de Berlim/2004 quando diz que para haver equidade intergeracional é preciso a manutenção dos recursos não renováveis, com a prática da razoabilidade”.
- 172 O Programa de Ação aprovado pela conferência foi baseado em recomendações que apontam formas de superar os problemas enfrentados em matéria de recursos hídricos, estabelecendo as seguintes metas: diminuição da pobreza e das doenças; proteção contra desastres naturais; conservação e reaproveitamento da água; desenvolvimento urbano sustentável; produção agrícola e abastecimento de água em áreas rurais; proteção dos ecossistemas aquáticos; resolução de litígios emergentes da água; meio ambiente favorável; base de conhecimento e capacitação.
- 173 OLIVEIRA, Celso Maran *et al.* **Direito Internacional das Águas Doces**. São Paulo: Rima, 2009, p. 17. Pode-se dizer que “[...] esta Conferência ocorreu em um momento em que os países da sociedade internacional preparavam-se para a grande Conferência Rio-92. Sua principal proposta foi a solicitação de novas estratégias fundamentais de avaliação, desenvolvimento e gerenciamento de recursos hídricos [...]. Naquele momento, os países já haviam despertado para o problema da escassez hídrica e do uso abusivo de água doce como séria ameaça ao desenvolvimento sustentável e à proteção do meio ambiente”.

e evidenciar o seu valor econômico em todos os seus diversos usos (em síntese, o Princípio n. 4).

E, conforme estabelecido na Agenda 21:¹⁷⁴

18.21. A capacidade institucional para implementar o manejo hídrico integrado deve ser revista e desenvolvida quando há uma demanda clara. As estruturas administrativas existentes serão amiúde capazes de realizar o manejo dos recursos hídricos locais, mas pode surgir a necessidade de novas instituições baseadas na perspectiva, por exemplo, de áreas de captação fluviais, conselhos distritais de desenvolvimento e comitês de comunidades locais. Embora a água seja administrada em vários níveis do sistema sociopolítico, o manejo exigido pela demanda exige o desenvolvimento de instituições relacionadas com a água em níveis adequados, levando em consideração a necessidade de integração com o manejo do uso da terra.

A declaração produzida na Rio-92 reforça a ideia de que a gestão dos recursos hídricos deva ser sustentável, meta concretizada através de políticas públicas desenvolvidas no sentido de promover a proteção da água, o crescimento econômico e o equilíbrio social.

A cooperação aparece como elemento essencial para a realização de tais objetivos.¹⁷⁵ É na Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento que se afirma o princípio de

174 A Agenda 21 identificou na área do saneamento e da gestão dos recursos hídricos os seguintes focos de ação: água e instituições; água e mobilização de recursos financeiros; e água no mundo.

175 MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito dos Cursos de Água Internacionais** (elaboração da Convenção sobre o Direito Relativo à utilização dos Cursos de Água Internacionais para fins Diversos dos de Navegação — Nações Unidas, 1997). São Paulo: Malheiros, 2009, p. 115. Aos poucos formou-se a convicção de que “[...] os Estados têm o direito de fazer todos os usos das águas do curso de água internacional no espaço em que exercem a sua soberania, desde que não causem danos significativos aos demais Estados que usam as mesmas águas. No caso, os Estados exercem a sua soberania, sobre as águas, que não é absoluta, mas limitada. O Princípio 21 da Declaração de Estocolmo/1972 já continha esse posicionamento, que a Declaração Rio/1992 confirmou”.

Gestão Integrada dos Recursos Hídricos, desenvolvido com base em conceitos de uso e gestão sustentável da água, incluído no item 18.3 da Agenda 21:

A escassez generalizada, a destruição gradual e o agravamento da poluição dos recursos hídricos em muitas regiões do mundo, ao lado da implantação progressiva de atividades incompatíveis, exigem o planejamento e manejo integrados desses recursos. Essa integração deve cobrir todos os tipos de massas inter-relacionadas de água doce, incluindo tanto águas de superfície como subterrâneas, e levar devidamente em consideração os aspectos quantitativos e qualitativos. Deve-se reconhecer o caráter multissetorial do desenvolvimento dos recursos hídricos no contexto do desenvolvimento socioeconômico, bem como os interesses múltiplos na utilização desses recursos para o abastecimento de água potável e saneamento, agricultura, indústria, desenvolvimento urbano, geração de energia hidroelétrica, pesqueiros de águas interiores, transporte, recreação, manejo de terras baixas e planícies e outras atividades. Os planos racionais de utilização da água para o desenvolvimento de fontes de suprimento de água subterrâneas ou de superfície e de outras fontes potenciais têm de contar com o apoio de medidas concomitantes de conservação e minimização do desperdício. No entanto, deve-se dar prioridade às medidas de prevenção e controle de enchentes, bem como ao controle de sedimentação, onde necessário.

As primeiras décadas do século XXI evidenciam as graves consequências do rompimento dos processos de cooperação e solidariedade internacional. Momentos de crise mundial, seja econômica ou mesmo sanitária, demonstram a necessidade de respostas globais a tais questões. Esses eventos nos lembram de que as dinâmicas capazes de provocar catástrofes humanitárias em regiões onde os povos são especialmente desfavorecidos mostram-se indissociáveis dos modelos de sociedade adotados nos países centrais.



A recente pandemia, cujos efeitos ainda enfrentamos, demonstra que as populações devem tomar consciência de que a cooperação é a única forma de preservação de um direito ao futuro para todos. Com o agravamento da crise climática, dependeremos de estratégias coletivas para lidar com suas consequências. A questão da efetivação do direito humano à água e ao serviço de esgotamento sanitário insere-se aí de modo substantivo. Universalizar o abastecimento de água potável e o serviço de esgotamento sanitário significa promover segurança alimentar e neutralizar as principais fontes de contaminação em massa; amortecer, em suma, os efeitos de crises já anunciadas.





Capítulo II

Modelos de Gestão dos Serviços de Saneamento no Mundo

1. Natureza de Monopólio Natural dos Serviços de Saneamento

A água é um bem comum que compõe o meio ambiente, aplicando-se a ela o enunciado do art. 225 da Constituição Federal.¹⁷⁶ Conclui-se que o seu uso:

[...] não pode ser apropriado por uma só pessoa física ou jurídica, com exclusão absoluta dos outros usuários em potencial; o uso da água não pode esgotar o próprio bem utilizado e a concessão ou a autorização (ou qualquer tipo de outorga) do uso da água deve ser motivada ou fundamentada pelo gestor público.¹⁷⁷

Ocorre que a água também é um bem portador de valor econômico, sendo reconhecida como tal pela própria lei.¹⁷⁸

176 “Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.”

177 MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito de Acesso à Água**. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 24.

178 Por exemplo, o art. 19, inciso I, da Lei 9.433/97, que vê como um dos objetivos da cobrança pelo uso dos recursos hídricos o de “reconhecer a água como bem econômico e dar ao usuário uma indicação de seu valor real”.

Ainda, conforme vimos anteriormente, o Direito Internacional considera a água um “bem global comum”;¹⁷⁹ seu acesso e sua conservação são prerrogativa e responsabilidade de todos os seres humanos, o que faz dela um “bem social”, um “bem planetário”.¹⁸⁰ No Brasil, a Constituição Federal reconhece a água como um bem comum, em nome da coletividade, mas não se confunde com o bem dominical do poder público. Isso evidencia-se por meio da proibição categórica da possibilidade de privatizar-se a água em território nacional.¹⁸¹⁻¹⁸²

Já a prestação do serviço que viabiliza o acesso à água potável e ao esgotamento sanitário tem sido tradicionalmente considerada um caso clássico de monopólio natural. O monopólio é caracterizado pela existência de apenas um agente econômico, público ou privado, em condições de corresponder à demanda do mercado por determinado bem ou serviço. Obviamente, o surgimento de novas tecnologias ou uma remodelação do sistema para aprofundar a segregação de tarefas pode redimensionar essa classificação.

Na verdade, tecnologias alternativas tendem a ampliar o seu campo de utilização nos sistemas descentralizados, voltados para o tratamento de esgoto, em situações nas quais, mesmo sem grandes investimentos, pode-se ter alta resolutividade. Em regiões remotas, aglomerados urbanos e zonas rurais, sem grandes obras, admite-se a utilização do denominado “saneamento ecológico” — por exemplo, biodigestores, jardins filtradores e banheiros secos.

Soluções técnicas, utilizadas em áreas de populações excluídas do sistema pelo difícil acesso, comprovam a possibilidade de

179 PETRELLA, Ricardo. **O Manifesto da Água**: argumentos para um contrato mundial. 2. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2014.

180 Petrella (Ibidem, p. 130) reconhece que não haja, no âmbito da comunidade mundial, um sujeito ao qual seriam atribuídos “direitos e obrigações”. O autor defende a criação de um contrato mundial capaz de “garantir que os direitos e as obrigações de cada comunidade humana local sejam respeitados mais seriamente do que o são no momento”.

181 A água, por ser considerada bem público de uso comum, nos termos do art. 99, inciso I do Código Civil, é inalienável, consoante o disposto pelo art. 100 do Código Civil.

182 Nos termos do art. 18 da Lei n. 9.433/97, a “outorga não implica a alienação parcial das águas que são inalienáveis, mas o simples direito de uso”.

outros fornecedores atuarem de maneira importante no setor. Posteriormente, as modelagens podem ser elaboradas dentro da perspectiva de múltiplos contratados, reduzindo o escopo e a relevância do contrato principal.

Não se deve esquecer, contudo, que o uso do saneamento ecológico sempre surgirá como medida excepcional, complementar ao sistema tradicional, e não pode significar a resposta efetiva para uma meta estabelecida, mesmo quando tratar-se de uma decisão compartilhada com as populações beneficiadas. Ainda, o reúso, o tratamento de efluentes e as ações para controlar perdas hídricas, todos integrantes do conceito de infraestrutura verde, também podem representar novos fornecedores e novos contratos para a cadeia produtiva do saneamento.

Quando não se vislumbra a eventualidade de perda de mercado, o produtor geralmente controla o preço final do seu produto, de modo que limites ao valor cobrado seriam impostos somente por um marco regulatório previamente estabelecido. Em outras palavras, é a capacidade de produção do monopolista que determinará a verdadeira dimensão do mercado, a despeito de existir uma demanda reprimida. Em tese, o monopólio é compreendido como um vício de mercado a ser evitado, pois sua existência normalmente prejudica o consumidor-usuário.

Contudo, circunstâncias específicas podem levar ao que chamamos de monopólio natural, isto é, um cenário em que a ausência de disputa em dado setor decorre não do comportamento inadequado dos agentes econômicos, mas de características particulares da atividade, que fazem da operação em certo território por um único agente a única forma plausível de eficiência econômica. Mas, insiste-se, essa é uma realidade que pode alterar-se significativamente diante da velocidade cada vez maior dos avanços tecnológicos em todas as áreas do conhecimento. O que deve também ocorrer no setor do saneamento, aquecendo o mercado de fabricantes de máquinas, equipamentos e soluções voltados à operação do serviço — é o caso da recuperação de mananciais degradados por meio de sistemas de reúso dos recursos hídricos e da tecnologia para tratamento de águas superficiais ou subterrâneas dentro do conceito de sustentabilidade. Por dentro dos grandes contratos-referência, admite-se campos pouco explorados de subcontratação, baseados em entrega real, em performance, o que pode tornar mais diluído,

ou impreciso, o próprio emprego do conceito de *monopólio natural*. Com o tempo, e isso realmente não parece impossível, pode-se visualizar a compartimentação de competências operacionais do setor que podem ser, de maneira direta, disputadas por interessados.

Na área da economia política, consta que John Stuart Mill foi o primeiro autor a notar essa realidade e teorizar a respeito do assunto – a existência de monopólio natural em determinadas situações. Ele observou que alguns serviços públicos urbanos não poderiam ser oferecidos adequadamente na forma de um mercado competitivo, sem enorme prejuízo ao público e aos próprios agentes econômicos. Já fazia referência direta ao caso da distribuição de água potável:

É evidente, por exemplo, a enorme economia de trabalho que seria obtida caso a cidade de Londres fosse atendida por uma única companhia de gás ou água em vez da presente pluralidade [de fornecedores] [...]. Houvesse apenas um estabelecimento, este poderia praticar taxas menores de modo consistente com a obtenção de lucro.¹⁸³

Há, entretanto, no desenvolvimento autônomo da ciência econômica, definições que se pretendem mais técnicas e passam a excluir a consideração política quanto ao benefício público. Uma famosa definição formal seria, por exemplo, a que corresponde ao quadro no qual “os custos totais de produção aumentam se duas ou mais empresas produzem”, em vez de uma.¹⁸⁴

No caso específico do saneamento, trata-se de “um setor com volume de investimento requerido bastante superior à média dos demais serviços públicos”, em que “o valor de revenda dos ativos

183 MILL, J. S., 1926 *apud* SHARKEY, William W. **The Theory of Natural Monopoly**. New York: Cambridge University Press, 1982, p. 4, tradução nossa.

184 CARLTON; PERLOFF, 2004 *apud* JOSKOW, Paul. Regulation of Natural Monopoly. In: POLINSKY, A. Mitchell; SHAVELL, Steven. **Handbook of Law and Economics**, Volume 2. Elsevier B. V., 2007.

se reduz fortemente após o investimento ter sido feito”.¹⁸⁵ Isso se dá pois os investimentos iniciais no setor de saneamento são direcionados primariamente a ativos imobilizados, que não podem ser redirecionados para outras finalidades.¹⁸⁶ Assim configuram-se casos típicos de barreiras de entrada ou saída do setor.

Setores de infraestrutura, em geral, costumam caracterizar-se dessa maneira em virtude de seus elevados custos iniciais de operação, cuja recuperação pode-se esperar somente a longo prazo e na condição de haver alguma garantia de exclusividade em um limite geográfico. Em tais hipóteses, os custos em regime de monopólio “são inferiores aos que incorreriam várias empresas, individualmente, num mercado competitivo, pois, sendo altos, esses custos exigem a produção em grande escala, e o mercado absorve apenas a oferta de uma empresa nesse nível de produção”.¹⁸⁷ Nessas circunstâncias específicas, a concorrência é ineficiente. Os custos fixos do empreendimento não se resolveriam diante do mercado consumidor existente se houvesse duplicidade, visto que, somente mediante elevada produção se realizaria, com eficiência econômica, todo o processo.¹⁸⁸

No caso de monopólio natural estável, ou seja, quando os custos fixos do empreendimento, o maquinário, as instalações e a possibilidade de acesso ao consumidor-usuário impedem a existência de outro competidor em ação simultânea, não se identifica um ambiente de mercado, nem perfeito, nem imperfeito. Logo, torna-se

185 TUROLLA, Frederico Araújo. Financiamento dos Serviços de Saneamento Básico. In: MOTA, Carolina. (coord.). **Saneamento Básico no Brasil: Aspectos Jurídicos da Lei Federal 11.445/2007**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 114-115.

186 CARVALHO, Vinícius Marques de. **O Direito do Saneamento Básico**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 165-169.

187 NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. **Defesa da Concorrência e Globalização Econômica: o controle da concentração de empresas**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 40.

188 NUSDEO, Fábio. **Curso de Economia**, Introdução ao Direito Econômico. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 270. “[...] Seriam pois as próprias condições estruturais-tecnológicas desses setores a impedirem a sua organização em regime de concorrência. [...] Em termos substantivos, isto implica o estabelecimento de um mecanismo de preços administrados e a proibição da entrada de novos agentes no setor, a fim de permitir o aproveitamento dos ganhos de eficiência, presumivelmente associados à exploração da atividade por apenas uma única unidade econômica.”

obrigatória a atuação direta do Estado, ou do estabelecimento de regulação e de fiscalização do modelo de prestação do serviço, mormente no aspecto da equação econômico-financeira utilizada para o contexto, se a operação for transferida à iniciativa privada.¹⁸⁹ Apesar disso, insiste-se, não se pode descartar para um futuro próximo a segregação de funções e contratos nas modelagens voltadas à operação do serviço público de saneamento.

Em relação à água potável e ao serviço de esgotamento sanitário, fica evidente o conforto do monopolista — no formato tradicional —, pois, a demanda é sempre crescente, seja pelo aumento da população, pelo crescimento econômico no nível nacional ou regional ou, ainda, devido aos usos diversos que a água contempla. A escolha por um modelo privado ou público não modifica um fato importante: a prestação dessa modalidade de serviço público trará sempre uma concentração de fornecedores, conseqüentemente, não existirá um ambiente de competição, salvo no momento do processo licitatório, um dos argumentos do Novo Marco Legal do Saneamento.¹⁹⁰ E, obviamente, isso requer aperfeiçoamento.

O domínio completo do mercado relevante, a inexistência de competição e a tendência de práticas verticais de restrição ao exercício da livre concorrência representam um risco de abuso do poder econômico. Isso pode levar a um aumento irrazoável de tarifas, acarretando uma violação ao princípio da universalidade e da equidade. Esse quadro agrava-se quando não se identifica uma prioridade em expandir o serviço nas regiões de menor potencial de retorno.

Dentro desse contexto, o Novo Marco Legal do Saneamento defende a tese de que a única maneira de reduzir os riscos de baixo nível de competição no setor é ampliar o número de processos

189 NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. **Defesa da Concorrência e Globalização Econômica**: o controle da concentração de empresas. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 40.

190 No Brasil, esse monopólio é, ainda, em larga medida, exercido por empresas estatais, no entanto, o quadro tende a mudar, dado o advento do Novo Marco Legal do Saneamento, em conjunto com um debate público amadurecido favorável à entrada do capital privado no setor.

Note-se que esta advertência vale para as nossas circunstâncias atuais, uma vez que o Novo Marco do Saneamento coloca com toda a força, no debate público, a alternativa do modelo privado de prestação de serviços de saneamento.

licitatórios, propondo uma transição de saída dos contratos de programa na direção dos contratos de concessão. Em outras palavras, o marco zero da licitação serve para propor um choque de eficiência para o sistema, na medida em que os interessados estressariam a sua capacidade de gestão de recursos humanos e demais custos fixos da operação para oferecer propostas competitivas.

E, de fato, as companhias estaduais, com os seus contratos de programa, em nenhum momento foram efetivamente testadas em relação aos seus níveis de governança, eficiência e efetividade na operação dos serviços públicos de saneamento básico.

Somente a regulação e fiscalização do poder público poderá contrabalançar os incentivos de abuso de poder econômico provenientes da existência de monopólios, mesmo quando eles são concentrados em companhias estaduais — o caso conhecido do setor de saneamento. À proporção que a relação produção-consumo cresce, os custos vão justificando-se, e a atividade econômica torna-se equilibrada; isto de forma gradual, de modo a ser aceitável para produtores e usuários-consumidores.

Por outro lado, quando o sistema é operado por agentes privados, a economia de escala e o domínio dos fatores de produção podem acentuar uma distorção do processo, inclusive de eventual ambiente competitivo no setor. Na França, por exemplo, há, como veremos, o caso histórico da existência de um duopólio, formado pelas antigas Sociétés Lyonnaises des Eaux-Dumez (de 1880), hoje Suez, e Compagnie Générale des Eaux (de 1853), hoje Veolia, que, como é de se esperar no setor, adotaram práticas anticompetitivas.¹⁹¹

Em realidade, ainda que seja uma característica básica do setor de saneamento, os arranjos administrativos e jurídicos de atribuição e operação dos sistemas locais podem variar imensamente. Neste capítulo, lidaremos com dois grandes grupos, que possuem diversas formatações internas: a operação privada e a operação pública.

191 COCA, José Antonio García de. El servicio público local de abastecimiento de agua potable, saneamiento y depuración — nuevas tendencias, en especial su gestión indirecta. In: WAGNER, Francisco Sosa. **El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI**, Homenaje ao Profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo, Tomo I. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000, p. 687.

Tanto essas categorias quanto os dois modelos de operação que estudaremos de início (os chamados modelos inglês e francês) devem ser tomados por tipos ideais, que não encontrarão exemplos totalmente realizados na prática. A depender de cada realidade local, regional ou nacional, esses modelos serão distintamente combinados. Mais à frente, ao estudarmos a experiência brasileira no setor de saneamento, verificaremos a existência concomitante de diversos arranjos, muitos não classificáveis nesses tipos ideais.

Acreditamos que o olhar brasileiro para essas experiências deve ser cuidadoso, assumindo uma postura, por assim dizer, antropofágica: não negar, mas deglutir — para gerar um modelo próprio, na busca de uma compatibilidade com as experiências de um país de dimensões continentais e com níveis elevados de desigualdade social, econômica e de acesso ao recurso hídrico. Nesse aspecto, o Novo Marco Legal do Saneamento não chega a oferecer todas as respostas, restando um amplo poder discricionário para os gestores públicos — nos limites da discricionariedade técnica —, sob permanente controle social e de órgãos externos, personalizarem os seus modelos.

2. A Operação Privada do Sistema de Saneamento

Tendo em vista as especificidades do serviço de saneamento, que fazem dele um caso clássico de monopólio natural, quando parte desse serviço (normalmente a operação) é contratada com um agente privado, o restante do sistema, ou seja, a regulação (o caso da Inglaterra) ou a fiscalização do contrato (o caso da França), continua sob a responsabilidade do Estado. Isso inclui o monitoramento dos agentes que atuam direta ou indiretamente no setor, pois os riscos de uma operação desequilibrada são enormes, não apenas com relação ao objetivo de universalizar o serviço, mas também, no esforço pela manutenção de uma tarifa que não exclua os usuários do sistema.

A desestatização, por princípio, não exclui o Estado do processo — nem nas hipóteses de privatização; pelo contrário, aprofunda suas responsabilidades de monitoramento a fim de evitar uma descontrolada concentração de mercado. Por exemplo, práticas restritivas verticais, isto é, limitações à concorrência ao longo da cadeia

produtiva,¹⁹² podem resultar da necessária relação entre as operadoras e o conjunto de fornecedores que colaboram na prestação do serviço. As redes de captação, tratamento, distribuição e descarte inevitavelmente precisam apoiar-se, posto que a condução desse processo mostra-se decisiva para o resultado do empreendimento, seja pela qualidade apresentada ou pelo valor final do produto. Mas isso não pode servir de argumento para condutas oportunistas dos *players* do setor.

Ademais, como observa-se da experiência de outros países, quando grandes companhias adquirem a titularidade do serviço, elas têm incentivo econômico para assumir toda a cadeia vertical de operações, inibindo a concorrência no setor e desequilibrando o mercado, sem devolver os ganhos de escala para o usuário-consumidor. Isso deve ser percebido pelo Estado captador do investimento e minimizado por seus processos de regulação e fiscalização, sob pena de comprometer a garantia do acesso para todos os administrados, mesmo quando houver eficiência na operação. Se esse for o caso, existirá uma potencialização do resultado econômico, mas sem qualquer impacto positivo na qualidade dos serviços prestados. Portanto, na maioria das vezes, é necessário combinar o esforço da regulação discricionária (ou normativa) com a regulação contratual, para que essa modalidade de serviço público continue voltada aos seus objetivos primários.

Da mesma maneira, as práticas restritivas horizontais — limitações à concorrência no mercado de atuação — também precisam ser permanentemente observadas. Em um ambiente de monopólio natural, o domínio de diferentes mercados (ou regiões) pode, na escala, diminuir o nível de competitividade, acarretando aumento no preço final do produto. Um exemplo drástico desse revés se daria caso companhias multinacionais consolidassem uma hegemonia nos Estados que tivessem optado pelo modelo privado de prestação do

192 PONDÉ, João Luiz; FAGUNDES, Jorge; POSSAS, Mario Luiz. Política de Defesa da Concorrência e Práticas Restritivas Verticais. **Anais do XXIX Encontro Nacional de Economia**, Associação Nacional dos Centros de Pós-Graduação em Economia (ANPEC), 2001. Disponível em: <https://EconPapers.repec.org/RePEc:anp:en2001:067>. Acesso em: 22 set. 2020.

serviço, efetivamente transformando em oligopólio uma modalidade de serviço essencial no mundo inteiro.

Exposta à caracterização do setor de saneamento envolvendo a ideia de monopólio natural, bem como os riscos provenientes desse atributo, passamos a uma breve contextualização histórica.

O sistema de abastecimento domiciliar de água em áreas urbanas surgiu entre o final do século XVIII e o início do século XIX, na Inglaterra e na França. Para a época, foi natural o desenvolvimento de estruturas privadas, uma vez que a utilização do serviço dependia de uma vontade do usuário-cliente. A prestação desse não era compulsória, nem uma medida de saúde pública; logo, distanciava-se da noção de política pública. Não prevaleciam, naquele momento, preocupações com políticas de inclusão; o acesso à água potável dependia de pagamento. Nesse sistema, pequenas empresas privadas operavam uma atividade submetida a um regime de monopólio natural, a partir de uma divisão territorial espontânea dos prestadores.

Atualmente, nos modelos de prestação privada cuja implantação foi influenciada pelos organismos multilaterais de crédito, como o Fundo Monetário Internacional (FMI), o papel do Estado restringe-se à definição de um marco regulatório, à confecção dos contratos e à seleção dos parceiros privados. O contratado constrói e opera um patrimônio posteriormente revertido para o poder público — é o sistema denominado BOT (Build, Operate & Transfer).¹⁹³

No formato mais tradicional de concessão a uma entidade privada isolada ou a um consórcio de empresas, são aportados investimentos, cria-se a infraestrutura, para então gerir e explorar o empreendimento, com um tempo determinado para realizar um lucro projetado desde o início da relação. Visando à eficiência econômica do negócio, em um contexto ideal, em que haja simetria de

193 VALDEZ, Oscar R. Aguilar. Contratación Administrativa y Financiamiento — la relación entre el financiamiento y los mecanismos de ejecución contractual. El caso de los contratos de construcción y explotación de infraestructuras públicas. In: **La Contratación Pública**. CASSAGNE, Juan Carlos; RIVERO YSERN, Enrique. (coord.). Buenos Aires: Hammurabi, 2006, p. 571. Conforme o autor: “[...] En el mercado financiero internacional, el régimen del BOT es, generalmente, asimilado al régimen concesional, en la medida en que se hace apoyar la noción en el carácter de licencia para construir, operar y transferir que tiene la convención con el Estado”.

informações, deve-se oferecer condições para um cálculo seguro de todo o processo, de modo que variações imprevisíveis, favoráveis ou contrárias às partes, possam ser corrigidas durante o prazo de duração do contrato. Assim sendo, ele precisa ser flexível para contornar os riscos elevados de imprevisibilidades que podem acontecer em um longo período de relação entre concedente e concessionário.

Cada Estado e cada contrato, conforme o setor envolvido, merece uma avaliação particular do seu caso, objetivando formar uma convicção a respeito da melhor estratégia — ou metodologia — de gestão. O Estado pode modelar um contrato que, por exemplo, obrigue o contratado a um padrão determinado de resultado, mas pode também definir as tecnologias a serem utilizadas no processo (uma intervenção nos meios), e.g. com planos obrigatórios de investimentos. Isso permite uma outra modelagem, ajustada no tempo ou nos valores, pois é sempre necessário assegurar a amortização dos investimentos feitos e a realização de uma margem tolerada de lucro.

2.1. O Modelo inglês: a Privatização do Setor

2.1.1. Formação Histórica do Sistema

Dentre os modelos mais conhecidos está o sistema inglês, um exemplo de privatização integral do setor, o que inclui a alienação da infraestrutura pública, restando ao Estado apenas a competência para exercer o poder regulamentar e o poder de polícia. A titularidade dos ativos é privada, assim como a responsabilidade pela gestão, mas o poder público compartilha, em certa medida, os riscos da operação. A Inglaterra, à semelhança do País de Gales, passou por uma ampla privatização do setor,¹⁹⁴ processo este descrito em síntese nas linhas a seguir:

[...] até 1973, prevaleceu um modelo descentralizado, em que os serviços de água e de coleta e tratamento de esgotos eram, em essência, prestados por

194 RICHARDSON, Jeremy J. Pratique des privatisations en Grande-Bretagne. In: **Les Privatisations en Europe**: Programmes et Problèmes sous la Direction de Vincent Wright, Actes Sud, 1993, p. 93-100.

centenas de organizações públicas locais, municipais ou intermunicipais. Na tentativa de racionalizar os serviços, entre 1973 e 1985, o Governo Central decretou medidas que regionalizaram a prestação dos serviços. Criaram-se na Inglaterra dez Regional Water Authorities (RWA), empresas públicas controladas pelo Governo Central que passaram a administrar todo o ciclo de produção e uso da água a partir do princípio da gestão integrada de bacias hidrográficas. Lá, esse arranjo institucional permitiu ao Partido Conservador, que esteve no poder do Reino Unido de 1979 a 1997, lançar as bases, em 1985, da proposta de privatização do setor, que só viria a se consumar em 1989.¹⁹⁵

Conforme vimos acima, a prestação de serviços de saneamento surgiu na Inglaterra por iniciativa de agentes privados, sem que houvesse política pública do gênero. Entretanto, gradualmente percebeu-se a imprescindibilidade da intervenção do Estado no setor. Um exemplo dessa tomada de consciência se deu após a epidemia de cólera que assolou o país em 1847 e 1848.¹⁹⁶ O episódio indicou a importância da interferência estatal na regulação e na própria operação do serviço, que nem sequer apresentava um padrão atrativo de eficiência econômica. Dentro desse período, o marco regulatório do setor era artesanal, o que influenciou uma expansão desigual da rede, sempre direcionada à equação econômico-financeira da atividade, em detrimento do interesse dos usuários.

Durante o processo de industrialização, a Inglaterra percebeu a fragilidade de seu sistema. Então, inicialmente, transformou essa tarefa em uma competência do Estado. Primeiro desenvolveu-se, pela relevância, o acesso à água potável, em particular para o

195 AMPARO, Paulo Pitanga do; CALMON, Katya Maria Nasiaseni. A Experiência Britânica de Privatização do Setor de Saneamento. **Texto para Discussão**, n. 701, Brasília, IPEA, 2000, p. 6.

196 REZENDE, S. C *et al.* (org.). **Panorama do Saneamento Básico no Brasil**. Cadernos Temáticos para o Panorama do Saneamento Básico no Brasil, Volume VII, Brasília, Ministério das Cidades/Secretaria Nacional de Saneamento Ambiental, 2011, p. 439.

consumo doméstico e para a agricultura. Num segundo momento, após a extensão do fornecimento de água potável, investiu-se em saneamento básico.¹⁹⁷ Essas medidas acarretaram redução significativa das taxas de mortalidade infantil, diarreia e febre tifoide.

Dessa ação de governo, sem dúvida, decorreram ganhos de produtividade e eficiência nos gastos na área da saúde, o que foi exigido por diversos setores sociais.¹⁹⁸ Na década de 1940, a política de nacionalização de empresas, dentro da Inglaterra, estava consolidada.¹⁹⁹ Porém, o que se evidenciou a partir daí foram dificuldades em controlar o funcionamento do sistema, i.e., de empresas estatais com relativa autonomia de gestão, sob supervisão ministerial, tendo que compatibilizar eficiência econômica e interesse público.²⁰⁰ Assim, produziu-se um cenário inverso, fomentando o debate público e a publicação de estudos no sentido de desestatizar essa modalidade de serviço.

Na Inglaterra, parte desse processo iniciou-se nas décadas de 1960 e 1970, e a primeira medida foi reverter a tendência de descentralização dos serviços de saneamento. Existiam, na área, mais de mil entidades com atuação independente, entre operadores de serviços de água (*water undertakings*), de natureza pública ou privada (*statutory water companies*), órgãos responsáveis pela coleta e disposição de esgotos (*sewerage and sewage disposal authorities*) e órgãos

-
- 197 PNUD. A água para lá da escassez: poder, pobreza e a crise mundial da água. **Relatório do Desenvolvimento Humano/GRDH**. New York, 2006, p. 29. Dessa maneira, optou-se pela tomada do serviço pelo poder público nos seguintes termos: “A reforma foi levada a cabo em duas grandes vagas. A primeira concentrou-se na questão da água e teve início na década de 40 de 1800, com a Lei da Saúde Pública (1848) e a Lei das Águas Metropolitanas (1852), que estenderam a rede de abastecimento público de água potável”. Já “[...] a segunda grande vaga de reformas caracterizou-se pela mudança da área de intervenção pública, da água para o saneamento básico. Esta vaga ganhou grande ímpeto depois de 1880”.
- 198 Ibidem, p. 30. Foi essencial a ampliação do colégio eleitoral na Inglaterra, o que fortaleceu os mecanismos de pressão sobre o Estado, até então separado da maior parte da sociedade pela presença de um estamento superior, que estabelecia relações políticas horizontais com a burocracia, influenciando diretamente a concepção dessas políticas.
- 199 AMARAL, Marcos Jordão Teixeira do. **Privatização no Estado Contemporâneo**. São Paulo: Ícone, 1996, p. 37-55.
- 200 BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Reforma do Estado para a Cidadania** — a Reforma Gerencial Brasileira na Perspectiva Internacional. São Paulo: Editora 34; Brasília: ENAP, 1998, p. 52.

de conservação dos rios (*river authorities*).²⁰¹ A Lei de Águas de 1973 (*Water Act*)²⁰² surgiu para propor a manutenção de um sistema descentralizado, mas com a diminuição do número de atores e com a centralidade determinada pela valorização das bacias hidrográficas.

A localização das bacias hidrográficas, ante tal perspectiva de mudança, serviria como força centrípeta à centralização, com ganhos de escala para os operadores, partindo-se da convicção de que era necessário implementar uma nova sistemática para a gestão e operação do setor de saneamento.²⁰³ Como resultado, reconstruiu-se o sistema derivando de uma operação de descentralização extremada, cuja competência era atribuída a inúmeras localidades, para uma descentralização moderada, na medida em que companhias públicas assumiriam a operação do sistema a partir das bacias hidrográficas,²⁰⁴ determinando o imediato surgimento de dez autoridades regionais — ou *Regional Water Authorities* (RWA), uma delas, no País de Gales.²⁰⁵

O governo central assumiu o protagonismo nesse processo — aprofundado pela nova Lei das Águas, de 1983 —,²⁰⁶ mas sem implicar o corte de vínculo com os operadores privados que já manejavam parcelas do sistema. Fez-se, na realidade, uma centralização com algumas contenções, evitando romper com rotinas estabelecidas;

201 AMPARO, Paulo Pitanga do; CALMON, Katya Maria Nasiaseni. A Experiência Britânica de Privatização do Setor de Saneamento. **Texto para Discussão**, n. 701, Brasília, IPEA, 2000, p. 7.

202 Disponível em: https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1973/37/pdfs/ukpga_19730037_en.pdf. Acesso em: 22 set. 2020.

203 TUROLLA, Frederico Araújo. Política de Saneamento Básico: Avanços recentes e opções futuras de políticas públicas, IPEA — Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **Texto para discussão**, n. 922, Brasília, 2002, p. 8.

204 DÍEZ, Salvador Parrado. **Sistemas Administrativos Comparados** — Temas de Gestión y Administración Pública. Madrid: Editorial Tecnos, 2002, p. 174. Com a apresentação do modelo, é interessante ressaltar que “[...] si en otros sistemas político-administrativos el gobierno local no ha parado de ganar capacidad de acción, discrecionalidad e importancia en las relaciones centro periferia, la evolución del gobierno local británico ha sido prácticamente la contraria”.

205 AMPARO, Paulo Pitanga do; CALMON, Katya Maria Nasiaseni. A Experiência Britânica de Privatização do Setor de Saneamento. **Texto para Discussão**, n. 701, Brasília, IPEA, 2000, p. 7.

206 Disponível em: https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1983/23/pdfs/ukpga_19830023_en.pdf. Acesso em: 22 set. 2020.

obteve-se razoável sucesso em determinadas localidades. Isto posto, estabeleceu-se uma convivência entre entidades públicas e privadas,²⁰⁷ indicando que a entrada do Estado no sistema tinha, na essência, um papel subsidiário e de transição, apenas para restaurar uma racionalidade administrativa nos lugares em crise.²⁰⁸ Eliminou-se o poder local e nacionalizou-se a administração dos serviços de água potável e saneamento, salvo em relação à sobrevivência de entidades privadas que continuaram atuando no setor, mesmo após essa mudança de metodologia.

Já em 1989, as companhias públicas (*Regional Water Authorities*) assumiram a responsabilidade pelo planejamento e controle das bacias hidrográficas, abrangendo todo o processo de saneamento: captação, tratamento, distribuição, recebimento dos descartes, tentativa de recuperação do recurso natural e devolução ao meio ambiente, para repetição do ciclo. Passou a haver um único responsável pelo planejamento e controle do uso da água no contexto de uma bacia hidrográfica. A política local, nesse cenário, perdeu o protagonismo.²⁰⁹

A privatização na Inglaterra, portanto, ensejou poucas zonas de conflito, exceto no caso das próprias municipalidades que investiram originalmente no setor e foram punidas com a organização do sistema por bacias hidrográficas, sem qualquer pagamento de indenização. Justamente por isso, essas municipalidades insubordinaram-se quanto à venda das dez RWA na bolsa de valores — cuja privatização implicou retorno apenas para o governo central.

Esse processo ocorreu sob a influência de uma nova Lei das Águas, de 1989.²¹⁰ Para as entidades privadas, delegou-se a

207 AMPARO, Paulo Pitanga do; CALMON, Katya Maria Nasiaseni. A Experiência Britânica de Privatização do Setor de Saneamento. **Texto para Discussão**, n. 701, Brasília, IPEA, 2000, p. 8.

208 CORREIA, Marcelo Bruto da Costa. A Regulação no Setor de Saneamento: comparação entre França, Inglaterra e Brasil. In: **Cadernos Gestão Pública e Cidadania**, v. 12, n. 51, jul./dez. 2007, p. 33.

209 AMPARO, Paulo Pitanga do; CALMON, Katya Maria Nasiaseni. A Experiência Britânica de Privatização do Setor de Saneamento. **Texto para Discussão**, n. 701, Brasília, IPEA, 2000, p. 7.

210 Disponível em: https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1989/15/pdfs/ukpga_19890015_en.pdf. Acesso em: 22 set. 2020.

responsabilidade pela prestação do serviço e o seu financiamento, segundo patamares estabelecidos pelo Estado e por suas estruturas de regulação e fiscalização. A lei de competência, de 1980, desencadeou os primeiros estudos que propuseram o caminho da desestatização de algumas dessas capacidades e a privatização das empresas nacionalizadas.²¹¹ A tentativa de tornar técnicos os processos administrativos de gestão, a incorporação de dinâmicas próprias das operações privadas nas rotinas da administração pública e a eficiência do desempenho dos recursos físicos e humanos são uma espécie de síntese dessa visão reformadora de Estado.²¹²

2.1.2. Privatização e Regulação Estatal

Ainda na década de 1990, aplicou-se progressivamente essa nova visão²¹³ — a da necessidade da transição do sistema parcialmente público para o sistema privado. Logo depois, as companhias privadas já estavam em plena operação, submetendo-se a um marco regulatório e a um padrão mínimo de desempenho e investimentos. A lógica era recuperar o setor, propiciando eficiência administrativa para os usuários e resultado econômico para os investidores. Com o poder público ficou a incumbência de regular e fiscalizar o funcionamento do sistema, em especial, de estabelecer patamares às tarifas praticadas (regulação econômica) e à qualidade da água e do serviço de saneamento (regulação do serviço).²¹⁴

-
- 211 BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Reforma do Estado para a Cidadania**: a Reforma Gerencial Brasileira na Perspectiva Internacional. São Paulo: Editora 34; Brasília: ENAP, 1998, p. 54. Para o autor, a *Efficiency Unit*, dirigida por Derek Rainer, fundamentando-se em avaliações de importância e no resultado de determinadas estruturas administrativas (o escrutínio), mostrou-se importante para a formatação das bases de uma reforma gerencial em substituição à administração burocrática.
- 212 REES, Ray. Théories économiques des privatisations: exemple de la Grande-Bretagne. In: **Les Privatisations en Europe**: Programmes et Problèmes sous la Direction de Vincent Wright, Actes Sud, 1993, p. 51-53.
- 213 CORREIA, Marcelo Bruto da Costa. A Regulação no Setor de Saneamento: comparação entre França, Inglaterra e Brasil. In: **Cadernos Gestão Pública e Cidadania**, v. 12, n. 51, jul./dez. 2007, p. 33.
- 214 AMPARO, Paulo Pitanga do; CALMON, Katya Maria Nasiaseni. A Experiência Britânica de Privatização do Setor de Saneamento. **Texto para Discussão**, n. 701, Brasília, IPEA, 2000, p. 15. A regulação econômica ficou com o *Office of Water Services* (OFWAT) e a *Competition Commission* (CC). A primeira encarregou-se da →

Criou-se, assim, um órgão regulador para reequilibrar a relação entre o serviço prestado, a possibilidade de ganhos de escala, a capacidade econômica dos consumidores e a fixação de metas de investimento para o setor, o *Office of Water Services* (OFWAT).²¹⁵ A entidade surgiu como órgão independente,²¹⁶ fundado em 1989, na intenção de avaliar o desempenho dos operadores (sua eficiência administrativa e econômica), para daí extrair o valor máximo da tarifa²¹⁷ — a revisão dos valores obedece um teto de preços (*price caps*), sempre vinculado a um conjunto de metas de produtividade (e comparação de desempenho).²¹⁸

Quando ausentes os mecanismos de limitação do processo de concentração do mercado, perante a diminuição de prestadores habilitados e interessados, houve, na Inglaterra, majoração significativa das tarifas com a privatização do serviço. Ao mesmo tempo, e em parte como consequência disso, ampliou-se a velocidade de recuperação do investimento e realização de lucro pela operação.²¹⁹

→ regulação econômica, da defesa do consumidor, do controle dos padrões de serviços e do nível de competitividade do setor, enquanto a segunda deveria avaliar os processos de concentração de empresas, o respeito ao exercício da livre iniciativa e da livre concorrência, o abuso do poder econômico e os conflitos entre o OFWAT e as companhias de saneamento. A regulação de qualidade, por sua vez, preservaria um protagonismo do Estado, por exemplo, com a atuação da *Drinking Water Inspectorate* (DWI).

- 215 A história do OFWAT e suas atribuições estão disponíveis em: <http://www.ofwat.gov.uk/>. Acesso em: 1 ago. 2020.
- 216 O OFWAT é financiado com recursos advindos das tarifas recolhidas pelas companhias de águas. O controle de suas contas é feito pelo Parlamento, e, quando solicitado, pelo Tesouro e pelo Gabinete de Contas Públicas. Disponível em: <https://www.ofwat.gov.uk/about-us/who-we-are/>. Acesso em: 1 ago. 2020.
- 217 CORREIA, Marcelo Bruto da Costa. A Regulação no Setor de Saneamento: comparação entre França, Inglaterra e Brasil. In: **Cadernos Gestão Pública e Cidadania**, v. 12, n. 51, jul./dez. 2007, p. 35.
- 218 Os preços autorizados pelo OFWAT, apenas para exemplificar, podem ser imediatamente contraditados na *Competition Commission* (CC). Ainda, para monitorar a qualidade da água potável produzida nas companhias privadas, segundo exigências documentadas pela Comunidade Europeia, foi criada a *Drinking Water Inspectorate* (DWI). Dentro desse sistema, as demandas dos consumidores e o interesse público de proteção ao meio ambiente também merecem um espaço entre as estruturas inglesas de regulação.
- 219 CORREIA, Marcelo Bruto da Costa. A Regulação no Setor de Saneamento: comparação entre França, Inglaterra e Brasil. In: **Cadernos Gestão Pública e Cidadania**, v. 12, n. 51, jul./dez. 2007, p. 36-37.

A garantia de cumprimento do volume contratado de investimentos durante a transição de modelos decorreu do aumento de tarifas em aproximadamente 28% nos primeiros seis anos. Principalmente por isso, em 1995, o governo britânico antecipou o reequilíbrio dos contratos, efetuando revisão das tarifas, consequentemente, diminuindo a taxa de retorno desses empreendimentos, mas também o deficit de controle e regulação dos primeiros anos de implantação do novo modelo.²²⁰

Na experiência da Inglaterra, diagnosticou-se o fenômeno da captura. A capacidade técnica e a potência econômica representada pelo operador privado acabam sufocando e absorvendo a estrutura pública criada para implantar a regulação do setor e os mecanismos de fiscalização, responsáveis pela harmonização dos prestadores do serviço com os princípios e as regras que orientam a política do setor.

Os investimentos iniciais, essenciais para uma operação qualificada do serviço e para a persecução dos seus fins politicamente relevantes, que ocorreram principalmente nos anos 1990, também foram apoiados por subvenções do governo. Ainda assim, as grandes companhias de água justificaram a elevação de preços das tarifas com os investimentos iniciais em infraestrutura — o que é próprio no caso da metodologia de concessão do serviço. Contudo, observa-se que os aumentos não foram proporcionais aos investimentos feitos ao longo do tempo. Se é verdade que a desestatização, ou a privatização do sistema, cria possibilidades de expressivos investimentos em curto prazo, nem sempre consegue-se um bom controle do impacto nos valores das tarifas. Esse é um meio-termo que precisa ser construído, equilibrando regulação normativa e regulação contratual com níveis satisfatórios de *enforcement*. A regulação por agência, órgão ou entidade independente precisa ocupar-se de um sistema que tem os principais ativos, a responsabilidade pela gestão e os riscos sob condução do agente privado, mas o papel do Estado permanece relevante, pela necessidade constante de acionar os instrumentos de controle superior para toda a operação.

220 AMPARO, Paulo Pitanga do; CALMON, Katya Maria Nasiaseni. A Experiência Britânica de Privatização do Setor de Saneamento. **Texto para Discussão**, n. 701, Brasília, IPEA, 2000, p. 11.

No caso sob análise, o OFWAT pactuou esse patamar de investimentos, mas pelo menos quatro companhias inglesas não atenderam adequadamente à exigência: North West Water, Severn Trent, Southern Water e Wessex Water. Dessa maneira, o número de usuários inadimplentes aumentou bastante, determinando a interrupção imediata do serviço.

O amadurecimento de filtros independentes e eficazes de controle social, no caso do modelo inglês, é um processo que permanece em discussão (e.g. o Green Paper, 1998), especialmente pelos riscos iniciais de captura dessas instâncias, cujos quadros eram estabelecidos por escolha do diretor do OFWAT. Atualmente, a participação direta da sociedade resume-se aos Conselhos de Consumidores de Serviços de Águas (CSCs).

Pode-se dizer, em síntese, que as duas características centrais do modelo inglês atual são a regulação nacional e a operação regional, elementos que estão entre os pontos centrais de inovação do Novo Marco Legal do Saneamento no Brasil a partir da Lei n. 14.026/2020.

2.2. O Modelo Francês: a Cultura da Descentralização

2.2.1. Formação Histórica do Sistema

O segundo grande modelo de operação privada no setor é aquele derivado historicamente da organização dos serviços de saneamento na França. Esse modelo caracteriza-se pela prevalência de gestão delegada para empresas privadas, com estruturas técnica e financeira capazes de universalizar os serviços, e pela atuação do poder público na forma de regulação contratual e organização do sistema, controlando a correspondência entre tarifas e custos. É primordial, porém, ter em conta que, apesar de o chamarmos aqui de “modelo francês”, trata-se de uma simplificação, já que na própria França não é adotado com intensidade uniforme.²²¹

221 CARVALHO, Vinícius Marques de. **O Direito do Saneamento Básico**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 194-195.

Em grande medida, o modelo de Estado de cada país determina a metodologia empregada para a prestação dos serviços públicos de acesso à água potável e ao esgotamento sanitário. No caso do Estado francês, a sua conformação presente tem como regra de organização o reforço das estruturas locais: o chamado regime municipal francês. Da Revolução Francesa em 1789 até os dias de hoje, aprofundou-se o processo de distribuição de competências político-administrativas, do contexto nacional para local, de maneira progressiva.

Desde as primeiras organizações políticas pós-revolucionárias, os poderes locais foram dotados de competências robustas,²²² a despeito da preservação de um relativo protagonismo do poder central. A divisão administrativa e institucional do território francês perfaz-se em três níveis de entidades territoriais: as comunas, os departamentos e as regiões.²²³ Nesse arranjo, as administrações locais assumem uma atuação que as constitui como o primeiro contato do indivíduo com o Estado.²²⁴

As comunas nascem, assim, com competência direta nos assuntos de dimensão local e competência indireta (ou delegada) para temas considerados nacionais. Todavia, essa descentralização autonomista levou à desestabilização da estrutura administrativa, desencadeando vazios aparentes de competência e legitimando, já no tempo de Napoleão, uma suavização de tal proposta.

É o que sucede com a Constituição de 1791, que estabelece uma estrutura bem mais hierarquizada.²²⁵ Não é raro que autores

222 DÍEZ, Salvador Parrado. **Sistemas Administrativos Comparados**: Temas de Gestión y Administración Pública. Madrid: Editorial Tecnos, 2002, p. 61-62. “[...] La Asamblea Nacional Constituyente y los decretos de 1789 establecieron que todo núcleo de vecinos, independientemente de su número, debía constituirse en municipio. [...] Napoleón mantuvo la esencia del sistema creado por la Asamblea constituyente, incorporando la figura del prefecto a la cabeza del departamento, al mismo tiempo que suprimía las elecciones municipales y departamentales, que no fueron restituidas hasta finales del siglo XIX.”

223 Ibidem, p. 74.

224 CORREIA, Marcelo Bruto da Costa. A Regulação no Setor de Saneamento: comparação entre França, Inglaterra e Brasil. In: **Cadernos Gestão Pública e Cidadania**, v. 12, n. 51, jul./dez. 2007, p. 30.

225 ENTERRÍA, Eduardo García de. **Revolucion Francesa y Administracion Contemporanea**. 5. ed. Madrid: Editorial Civitas, 1998, p. 126. Para o autor, “[...] la organización territorial va ahora a montarse sobre la columna vertebral de una cadena de agentes individuales ligados por un lazo de dependência jerárquica: →

refiram-se a essa drástica transformação institucional como uma transição forçada do excesso de autonomia do poder municipal para uma versão revisitada do absolutismo.²²⁶

A fase posterior, da Restauração, retoma o discurso da autonomia do poder local, mas, em outras bases — uma ponderação interna ao movimento, em face das experiências anteriores.²²⁷ Surge, então, agora definitivamente, o poder municipal enquanto realidade constitucional — um poder originário e exclusivo do município,²²⁸ que não se habilita para responder pela competência geral do Estado francês, um dos problemas do Decreto de 1789 e do artigo 49.

Ainda no início do século XIX, por toda a Europa, a distribuição de água nos domicílios dependia exclusivamente da iniciativa privada, e a água usada era despejada nos rios. Atribuía-se ao âmbito local o desenvolvimento do serviço, sendo o Reino Unido uma surpreendente exceção naquela época. Na França, ao longo daquele século, desenvolveram-se dois grandes sistemas: um nacional, operado por estatais, e um local, caracterizado pelo compartilhamento da gestão entre poderes públicos e particulares, por meio de contratos de delegação.²²⁹

A descentralização administrativa foi acelerada com as leis de 1982, 1983, 2003 e 2004, por força das quais os departamentos e os municípios/comunas²³⁰ ampliaram as suas competências, assumindo o protagonismo na resolução de demandas locais por serviços públicos. Esse movimento, porém, também pode gerar dificuldades para a implantação e operação de equipamentos, públicos ou privados, que ofereçam serviços públicos com universalidade e equidade.

→ Ministro, Prefecto, Subprefecto, Alcalde. El Prefecto, el Subprefecto y el Alcalde, aunque situados en una circunscripción territorial servida por una Administración local, administración de la que ellos mismos tienen carácter de órganos directos son estrictamente dependientes jerárquicos del centro [...]”.

226 Ibidem, p. 134.

227 Ibidem, p. 136.

228 Ibidem, p. 144.

229 CARVALHO, V. M. de. **O Direito do Saneamento Básico**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 195.

230 LAUBADÈRE, André de; VENEZIA, Jean Claude; GAUDEMET, Yves. **Traité de Droit Administratif**, Tome I. 14. ed. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1996, p. 127-204.

2.2.2. Fragmentação e Regionalização

A França encontrou como modelo um sistema fragmentado e artesanalmente construído segundo as conveniências de cada comunidade. Os programas nacionais apoiam esses contratos, mas com estratégias periféricas. A realidade francesa é peculiar, pois a dimensão de uma comuna, em território e população, é extremamente pequena. Assim, ainda que o sistema tenha nascido descentralizado, desenvolveu-se um processo de gestão integrada a partir da referência de bacias hidrográficas, regulada pelo poder central — uma relação que pode ser vertical ou horizontal, dependendo da competência que está sendo desempenhada no momento, seja em termos de concepção, de regulação, de fiscalização ou de operação do sistema.²³¹

A unificação da modalidade de prestação de serviço público, através da reunião das localidades menores, formando vínculos de cooperação intercomunais, tende a qualificar o serviço e a ampliar o número de interessados em prestá-lo. A chamada Lei Chévenement, de 1999,²³² organiza esse processo de assimilação de alguns serviços públicos essenciais por esses novos núcleos de poder e de competência administrativa. Somente com a cooperação intercomunal é que se viabiliza o interesse das grandes companhias francesas, que não se mobilizam para o serviço se não existe uma margem segura de sustentabilidade financeira para tais empreendimentos.

Nas localidades de perfil urbano, por exemplo, predomina a delegação à iniciativa privada. Já nas localidades de perfil rural, o modelo mais corrente é a prestação do serviço público sob controle do Estado. Uma cidade pode possuir, dentro do seu perímetro urbano, inúmeras comunas, e algumas políticas urbanas servem para integrar essas em um mesmo sistema. Sob certo aspecto, a necessidade de viabilizar um patamar mínimo de eficiência econômica aos

231 A Lei da Água de 1992 regulou o tema em todo o território francês, sendo posteriormente aprimorada pela Lei da Água e dos Meios Aquáticos de 2006. Ambas regulam as competências para a gestão, definindo as atribuições das comunas. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000173995&categorieLien=id>. Acesso em: 22 set. 2020.

232 Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000396397>. Acesso em: 22 set. 2020.

empreendimentos induziu a reunião de comunas para a formação de unidades mais sólidas de negócios, sobretudo com relação aos processos de economia de escala.

Quando o Brasil prioriza a regionalização, incentivando essas aglutinações, desde que consigam escala e demonstrem eficiência econômica, percebem-se pontos de contato entre o sistema francês e as inovações apresentadas pela Lei n. 14.026/2020.

O centro de poder local, somado a outros de mesma hierarquia, assume a responsabilidade pela gestão, regulação e operação do sistema. Eventualmente, um centro isolado, ou uma reunião dessas unidades autônomas de poder, personaliza-se e contrata um parceiro privado, que pode servir-se de outros para qualificar e especializar a prestação do serviço. Na França, mais do que nos demais países, existe flexibilidade teórica e diversidade prática, tais que, mesmo repetidas, podem variar de um lugar para outro, também em termos de eficiência administrativa e econômica.

No contexto francês, com vistas a minimizar as dificuldades impostas por acentuada fragmentação das estruturas administrativas e facilitar uma política de investimentos no setor de saneamento, um importante instrumento foi a cooperação intercomunal. As comunas arranjam-se consensualmente, constituindo outros núcleos autônomos de poder, dando maior dimensão aos contratos de delegação do serviço de saneamento básico e garantindo a viabilidade para a operação do sistema.

Em suma, a impossibilidade de sustentar um desenho público de prestação do serviço e, ao mesmo tempo, a pouca atratividade representada aos agentes privados do setor (considerando-se a pequena dimensão dos seus territórios) precipitou a reunião de comunas — uma integração regional tornada obrigatória para dar sustentabilidade e capacidade de investimentos ao setor. Os relatórios periódicos da *Cour des comptes* têm demonstrado que a cooperação intercomunal não apenas provoca efeitos financeiros positivos, mas apresenta uma melhora na qualidade dos serviços e maior adequação a normas ambientais.²³³

233 CARVALHO, V. M. de. **O Direito do Saneamento Básico**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 235.

Segue existindo a possibilidade de gestão direta ou simples do serviço pela unidade local, ou por um conjunto formado por essas unidades ou coletividades locais,²³⁴ opção que, em lugares com características específicas, tem sido retomada, conforme veremos adiante. No início do século, porém, exigências ambientais, incrementadas pela União Europeia,²³⁵ e a necessidade de recuperar a potabilidade das águas utilizadas — em razão da iminente escassez hídrica — impuseram novos e pesados investimentos. Já a prestação indireta do serviço pela unidade local, ou por um conjunto formado por essas unidades, pode se dar, de acordo com a decisão comunitária, pela delegação de uma parte ou da totalidade da operação a um agente privado.²³⁶

As próprias atividades de captação, tratamento e distribuição, a estrutura para o descarte e a devolução ao meio ambiente são compreendidas e organizadas como atividades setorialmente independentes, ainda que conexas, permitindo-se inclusive que sejam diferenciadas em relação ao modelo adotado de gestão-operação.

O resultado é, de fato, bastante variável, na medida em que a qualidade do recurso hídrico adotado (se águas superficiais ou subterrâneas), a sua destinação (uso doméstico, industrial ou agrícola), o tratamento do esgoto, o número de habitantes, a utilização do espaço urbano e o modelo de governança, realidades específicas de cada localidade, são determinantes para a forma de organização de um sistema e de seus custos.

2.2.3. Fontes de Custeio dos Serviços

Independentemente do modelo adotado, a sustentação financeira dos serviços de saneamento não é inteiramente coberta pelas tarifas. Há fundos públicos, mantidos para sustentar políticas do

234 Ibidem, p. 236-237.

235 A Diretiva-Quadro 2000/60/CE da União Europeia sobre água regula a orientação geral para os países no âmbito da gestão e da política da água, em harmonia com os cuidados ambientais. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/ALL/?uri=celex:32000L0060>. Acesso em: 22 set. 2020.

236 CORREIA, Marcelo Bruto da Costa. A Regulação no Setor de Saneamento: comparação entre França, Inglaterra e Brasil. In: **Cadernos Gestão Pública e Cidadania**, v. 12, n. 51, jul./dez. 2007, p. 31-32.

Estado voltadas para a inclusão dos usuários de menor poder aquisitivo. Ou seja, o modelo privado francês não exclui o poder público da responsabilidade de equilibrar a relação contratual com o repasse permanente de recursos para o operador privado, a fim de impedir a exclusão injustificada dos usuários.

Referimo-nos aqui ao Fundo de Solidariedade para a Habitação (FSL), à *Dotation globale d'équipement* (DLS), que o Estado designa anualmente às comunas, sem destinação específica, e ao Fundo Nacional para o Desenvolvimento dos Sistemas de Abastecimento de Água (FNDAE), voltado especificamente às comunas rurais.²³⁷ Além disso, há subvenções dos departamentos e das regiões, e um sistema de redistribuição de recursos por meio das Agências Financeiras de Bacias.²³⁸

O preço pago pelos serviços de saneamento básico, por sua vez, responsável por parte considerável do financiamento dos sistemas, tem três componentes básicos: (i) remuneração da produção e distribuição de água, (ii) remuneração da coleta e do tratamento da água usada, (iii) remuneração de natureza redistributiva. Os dois primeiros têm uma parte fixa e outra variável em função do volume de água consumido.²³⁹

Ao longo dos anos, aperfeiçoaram-se estratégias de pactuação com o setor privado para melhorar os processos de gestão do sistema de prestação de serviços públicos. O acordo contratual e a positivação de um consenso são os pontos de apoio dessa estratégia. Trata-se de uma expansão quantitativa e qualitativa do contrato nos desenhos propostos para a administração pública, o que pode contemplar as relações intragoverno e intergoverno, e as relações entre o Estado, a sociedade e o mercado: o público e o privado.

237 CARVALHO, Vinícios Marques de. **O Direito do Saneamento Básico**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 214.

238 Ibidem, p. 215.

239 Ibidem, p. 216-218.

2.2.4. Modelos de Gestão Contratual dos Serviços

Verifica-se uma grande variedade de modelos de contratação em cada localidade, a depender, por exemplo, do tamanho da zona abrangida, da existência ou não de uma estrutura prévia devidamente instalada, da distribuição das responsabilidades de investimento e de riscos e da própria operação. A flexibilidade desses pactos é notável, sendo possível, contudo, reduzi-los a uma tipologia básica.²⁴⁰

A primeira modalidade de delegação, pela qual a separação entre operador e regulador se dá de forma mais precisa, é a do contrato de concessão, cujo financiamento do sistema e cobertura dos riscos do serviço depende eminentemente do prestador privado.²⁴¹ O contrato administrativo de concessão define as contrapartidas recíprocas, o que envolve, inclusive, repasses financeiros e desempenhos satisfatórios em relação ao objeto contratado pelo poder público local. O que se espera do particular, ou concessionário, é a capacidade de investimento, de curto e médio prazo, para viabilizar a estrutura física e profissional indispensável ao empreendimento — o que explica o predomínio de grandes grupos empresariais, sempre beneficiados pela lógica de uma economia de escala.²⁴²

Esse arranjo provou-se problemático por sua pouca adaptabilidade: diante de eventos não previstos contratualmente, prejudiciais à prestação, não havia obrigatoriedade de renegociação. Isso modificou-se ao longo do século XX, mas permaneceram problemas relevantes, como a dificuldade de rescisão pela administração, com consequente aumento tarifário. Nos casos de aumento excessivo, muitas comunas optaram pela rescisão e retomada da prestação

240 CHAPUS, René. **Droit Administratif General**, Tome 1. 12. ed. Paris: Editora Montchrestien, 1998, p. 584. O autor esclarece que “[...] on sait que les modes de gestion des services publics peuvent être regroupés en deux grandes catégories: celle de la gestion directe (par la collectivité territoriale elle-même) et celle de la gestion déléguée (à un établissement public ou à un organisme de droit privé)”.

241 Ibidem.

242 LAUBADÈRE, André de; VENEZIA, Jean Claude; GAUDEMET, Yves. **Traité de Droit Administratif**, Tome I. 14. ed. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1996, p. 835.



direta, mediante indenização ao privado.²⁴³ Nesse contexto, a partir dos anos 1950, outras formas de contratação passaram a ser testadas, envolvendo conexão entre gestão privada e financiamento público,²⁴⁴ mesmo que não de maneira exclusiva.

A primeira dessas modalidades, atualmente utilizada até mais que a concessão, é o arrendamento,²⁴⁵ também denominado *affermage*.²⁴⁶ Nesse caso, a municipalidade responde pelos investimentos, organiza a estrutura e transfere, via contrato e por tempo determinado, a exploração das instalações ao operador. No final do contrato, depois de ser devidamente remunerado pela atividade, o gestor privado retira-se, o que implica a reversão, ao poder público, de todos os sistemas e equipamentos ligados à prestação do serviço. Com investimento público, o arrendamento é propriedade do Estado, mas a gestão é privada e o risco partilhado.²⁴⁷

Transfere-se apenas a gerência do serviço público, que tem todo o seu funcionamento baseado em estruturas preexistentes, diminuindo a necessidade de investimentos iniciais por parte do operador privado. Por esse motivo, deve o *fermier* pagar à autoridade delegante uma remuneração periódica, contrapartida pelo uso dos equipamentos públicos.²⁴⁸ Da atuação do arrendatário, da eficiência dos seus processos de gestão, poderá decorrer um resultado maior, ou menor, como contrapartida da prestação do serviço,²⁴⁹ pois ele

-
- 243 CARVALHO, Vinícius Marques de. **O Direito do Saneamento Básico**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 242-243.
- 244 CORREIA, Marcelo Bruto da Costa. A Regulação no Setor de Saneamento: comparação entre França, Inglaterra e Brasil. In: **Cadernos Gestão Pública e Cidadania**, v. 12, n. 51, jul./dez. 2007, p. 32.
- 245 PNUD. A água para lá da escassez: poder, pobreza e a crise mundial da água. **Relatório do Desenvolvimento Humano/GRDH**. New York, 2006, p. 94.
- 246 RICHER, Laurent. **Droit des Contrats Administratifs**. 2. ed. Paris: L.G.D.F, p. 405-406.
- 247 CHAPUS, René. **Droit Administratif General**, Tome 1. 12. ed. Paris: Editora Montchrestien, 1998, p. 593.
- 248 CARVALHO, V. M. de. **O Direito do Saneamento Básico**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 244.
- 249 PEREZ, Francisca Villalba. El arrendamiento de servicios públicos como modalidad de gestión indirecta em el ámbito local. In: WAGNER, Francisco Sosa. **El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI**, Homenaje ao Profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo, Tomo I. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000, p. 813.



precisa repassar para o Estado um valor previamente fixado, o que indica o patamar de arrecadação a ser vencido para daí materializar-se a remuneração do particular.

Uma última modalidade de gestão dos serviços de saneamento é a dos contratos de gestão, que inclui a chamada *gérance* e a *régie intéressée*.²⁵⁰ Aqui, as empresas contratadas não suportam os riscos da exploração do serviço, e o poder público tem a prerrogativa de definição da política-base, das fontes de custeio e dos critérios de equilíbrio econômico-financeiro.²⁵¹ O poder público responsabiliza-se pela montagem da estrutura física indispensável à prestação do serviço. Em seguida, confia essa prestação para um particular, que, em regra, será proporcionalmente remunerado pela coletividade.

O nível de investimento para a instalação do sistema, sua expansão ou reconstrução, acompanhado pela variável do número de consumidores-usuários do serviço, influencia a equação econômico-financeira do contrato. A evolução do preço do serviço depende, também, do patamar de duração do contrato.

Exige-se transparência quanto à tecnologia de cálculo adotada, em especial quando trata-se da composição das tarifas sociais, absorvidas pela equação econômico-financeira do próprio contrato, o que pode sacrificar um outro conjunto de usuários-consumidores ou o poder público, eventual fonte de financiamento direto dessas estratégias de inclusão — na perspectiva da universalidade, da integralidade e da transversalidade do serviço. É o caso do Fundo de Solidariedade para a Habitação (FSL) que, para um conjunto de administrados, pode viabilizar o acesso ao serviço mediante o pagamento de valores subsidiados — uma afirmação dos princípios da igualdade e da fraternidade (ou solidariedade).

Todas as modalidades da operação privada aceleraram o fortalecimento e amadurecimento dos processos públicos e sociais de controle desses mesmos contratos. Em alguns casos, evidenciou-se a necessidade de uma repactuação, para que o equilíbrio econômico-financeiro das relações pudesse contemplar o interesse privado

250 RICHER, Laurent. **Droit des Contrats Administratifs**. 2. ed. Paris: L.G.D.F, p. 415.

251 CARVALHO, V. M. de. **O Direito do Saneamento Básico**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 244-245.

e o interesse público, aliando uma margem razoável de lucro a uma gestão eficiente e atenta ao princípio universal de modicidade das tarifas.

O modelo francês, em síntese, destaca-se pelo seu desenho fragmentado, marcado pela adaptabilidade às circunstâncias locais, por meio da convivência de diversos modelos a serem adotados por decisão das comunas ou uma coletividade delas. A configuração administrativa é local, o controle é processual, a propriedade dos ativos é pública, mas a gestão, normalmente, é privada.²⁵²

Na comparação com o modelo inglês, destacamos que o francês difere-se por estar identificado com uma espécie de regulação por processos, e não por agências:

[...] ocorre em um marco legal geral adaptado às condições locais em contratos de delegação dos serviços. O controle social se dá por meio da própria eleição dos dirigentes que são outorgantes dos contratos. Esse modelo apresenta a vantagem de requerer uma baixa exigência do setor público em geral, mas demanda maior competência do nível local para controlar e supervisionar a execução dos contratos.²⁵³

Mais à frente, discutiremos o papel da regulação e as perspectivas de sua reorganização no Brasil ante o Novo Marco Legal. Será importante o diagnóstico aqui traçado para compreender a tendência, em nosso caso, à regulação por agências regionais, tendo em vista a pouca capacidade média de investimento e regulação dos municípios brasileiros. No novo cenário normativo, tende-se a concentrar a regulação de contratos em agências estaduais ou regionais, o que aponta para um modelo intermediário entre o inglês e o francês.

252 CHAPUS, René. **Droit Administratif General**, Tome 1. 12. ed. Paris: Editora Montchrestien, 1998, p. 590.

253 TUROLLA, Frederico Araújo. Política de Saneamento Básico: Avanços recentes e opções futuras de políticas públicas. IPEA: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **Texto para discussão**, n. 922, Brasília, 2002, p. 10.

3. A Operação Pública do Sistema de Saneamento

A gestão e a operação do sistema de saneamento básico pelo poder público, por suas estruturas, órgãos despersonalizados ou pessoas jurídicas de direito público ou privado permite um controle direto do Estado. Ainda que não haja compilações disponíveis de dados atualizados acerca da proporção mundial de operação pública ou privada do setor de saneamento, sabe-se que passamos por um momento de intensa modificação desses arranjos por todo o mundo. Conforme veremos à frente, nota-se concomitantemente uma onda de privatizações de sistemas de operação pública e de remunicipalização de sistemas de operação privada.

Nesta seção, estudaremos brevemente alguns pontos que dizem respeito à gestão pública, correspondente àquela existente na maioria das cidades brasileiras. Contudo, tendo em vista que o caso do Brasil será tratado detalhadamente na segunda parte desse livro, nos limitaremos a apontar as características dos modelos básicos de operação pública dos serviços de saneamento.

3.1. A Operação Pública Centralizada

A primeira forma pela qual operam-se os serviços de saneamento é aquela em que o governo central tem o total controle do processo, independentemente da distribuição das nascentes de água no território ou dos locais de maior concentração de populações. A estrutura centralizada começa pela legislação, passa pela capacidade de investimento no setor e termina com a operação do sistema. Assim, o governo central preserva o compromisso de atender todas as comunidades, na lógica da universalização, equidade, integralidade e transversalidade, vetores fundamentais dessa modalidade de serviço público.

O governo central, com a competência legislativa e administrativa, geral e específica, do planejamento à execução, assume tal responsabilidade de forma exclusiva e, por isso mesmo, sem a possibilidade da delegação. Dessa maneira, as comunidades locais, não obstante o reconhecimento de um espaço de autonomia, ficam dependendo da política pública gestada e executada pelo poder central.

A vantagem dessa estruturação do serviço resume-se a viabilizar o desenvolvimento de um plano nacional, com critérios, estratégias, políticas e metas, buscando a eficiência econômica do empreendimento, sem perder de vista a realização da equidade, e não apenas da universalidade, com uma criteriosa política de subsídios. A escala em que o serviço é prestado pode significar uma redução dos custos fixos, permitindo um espaço maior para a ampliação de uma política de subsídios.

Das alternativas, é plausível que seja o formato administrativo mais simples, com menor área de conflito, desde que se assuma toda a dimensão de incumbências. Isso, por sua vez, exige uma capitalização de estruturas nacionais, confundindo, territorialmente, o nacional e o local, mas sem duplicação de estruturas, que levaria a desperdícios de recursos, pois a competência não ficaria dividida. Além disso, deve haver um sistema, da alçada dessa organização central, dedicado ao desenvolvimento de uma política conectada com inúmeros outros setores, até porque o serviço de saneamento básico, como já dito, tem repercussões diretas na saúde, na educação e no desenvolvimento social e econômico de um país.

Nada impede que esse modelo centralizado utilize de outras pessoas jurídicas estatais, de direito público ou de direito privado. É necessário apenas que exista uma orientação única com respeito à metodologia implantada e aos fins desenhados para o sistema público de prestação do serviço. Ou seja, nessa modalidade, um plano nacional centraliza a regulação, o financiamento e a operação.

Diante da amplitude de atribuições da agência central, o modelo é mais adequado para Estados de menor dimensão territorial. Em diversos países, durante o século XX, ele inspirou várias tentativas de formulação de serviços públicos de saneamento, como na Argentina.

Um importante caso em que a operação efetivamente nasceu pública e centralizada é o de Gana. A nação teve seu primeiro sistema de água encanada construído em 1928 e, depois da independência, transformou o departamento público responsável pelo serviço na Ghana Water and Sewerage Corporation (GWSC). Tratava-se de empresa pública responsável pela provisão de água a todas as áreas urbanas e rurais do país (para uso público, doméstico e industrial), bem como pelo sistema de esgoto. A companhia operou nesse modelo até 1999, quando a responsabilidade pelos serviços

de saneamento em mais de cento e dez pequenas cidades e áreas rurais foi transmitida às Assembleias Distritais, perante a incapacidade de cobrir o território nacional.²⁵⁴ Posteriormente, o país passou por uma ampla privatização do setor, processo que será analisado mais à frente.

3.2. A Operação Pública Descentralizada

Diversas contingências territoriais, políticas e econômicas são responsáveis por influenciar a seleção do modelo de prestação de serviços de saneamento. Entre os sistemas operados pelo público, a grande maioria prefere estimular a descentralização. Para essa metodologia, faz-se uma divisão do território, normalmente em função das bacias hidrográficas. Tal divisão permite, em cada região, a construção de um sistema próprio de regulação, financiamento, gestão e operação do serviço público de saneamento básico.

Perde-se, em parte, a referência normativa nacional, admitindo-se um nível de autonomia administrativa, financeira e política dessas regiões, que podem constituir ou congregam outras pessoas jurídicas de natureza pública, assumindo, em maior ou menor grau, a titularidade da prestação do serviço. A estrutura assemelha-se ao modelo francês pelo direcionamento à fragmentação do espaço e da competência compartilhada para a prestação do serviço, mas, ao contrário dessa experiência, surgem apenas parcerias no formato público-público, em oposição ao público-privado.

Do modo como configura-se hoje, o modelo brasileiro ainda identifica-se, em larga medida, com a operação pública descentralizada. Contudo, nosso sistema está em construção e, diante de sua cobertura insuficiente no que diz respeito às metas de universalização dos serviços, reclama por reformas capazes de ampliar sua cobertura e qualidade.²⁵⁵

254 AWUAH, E.; NYARKO, K. B.; OWUSU, P. A. Water and sanitation in Ghana. In: **Desalination**, n. 248. Elsevier, 2009, p. 460-467.

255 CARVALHO, Vinicius Marques de. Cooperação e Planejamento na Gestão dos Serviços de Saneamento Básico. In: MOTA, Carolina. (coord.). **Saneamento Básico no Brasil: Aspectos Jurídicos da Lei Federal n. 11.445/2007**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 73-79.

O Novo Marco do Saneamento, recentemente aprovado, indica uma mudança de perspectiva na direção da prestação privada do serviço. É importante também ressaltar os esforços do Novo Marco do Saneamento em criar condições para confeccionar-se uma regulação nacional com a ampliação do papel da Agência Nacional das Águas (ANA). Veremos mais adiante, em detalhes, o jeito pelo qual a legislação vislumbra, para essa, o papel de uma verdadeira agência nacional do saneamento básico.

Por certo, o principal problema apresentado nessa sistemática, comum aos modelos públicos, é uma eventual restrição de financiamento das estruturas essenciais à satisfatória prestação do serviço, levando ao desequilíbrio econômico-financeiro do empreendimento. Mais do que isso, os custos fixos tendem a elevar-se quando não existe a economia de escala.

A eficiência econômica da operação, usualmente menor do que no modelo centralizado, costuma não ser sustentada apenas pelo usuário, exigindo uma política de subsídios que pode esgotar os recursos disponíveis para o investimento no setor — salvo nas hipóteses de subsídio cruzado.

Nesse modelo, o planejamento pode ocorrer no âmbito nacional, mas a operação do sistema é regional, envolvendo os níveis estaduais e municipais.

No caso que estamos considerando, as diretrizes são nacionais,²⁵⁶ mas não abrangentes, e, a fim de evitar um espelhamento desnecessário de investimentos em infraestrutura, da gestão e, principalmente, da operação, impõem-se dinâmicas regionais, municipais ou locais, sem um arranjo institucional claramente definido. Assim:

[...] soluções locais para problemas locais podem constituir o ponto de partida de uma mudança. Mas cabe aos governos criarem condições para solucionar problemas nacionais através da mobilização de

256 PNUD. A água para lá da escassez: poder, pobreza e a crise mundial da água. **Relatório do Desenvolvimento Humano/GRDH**. New York, 2006, p. 8. Conforme o documento, “[...] os governos deveriam preparar planos nacionais para acelerar o progresso na água e no saneamento, com metas ambiciosas apoiadas por financiamento e estratégias claras para ultrapassar as desigualdades”.

financiamento e da criação de condições apropriadas a um preço acessível.²⁵⁷

Norteados pelo ideal de cooperação, os entes federativos congregam os seus esforços, dividem as responsabilidades e decidem repartir os servidores, o patrimônio e as receitas, canalizando as suas potencialidades para a consolidação de uma nova instituição, capaz de concretizar seu objetivo comum. Existe uma porção de zonas cinzentas na definição dos limites de competência de cada um dos setores do Estado e de suas entidades administrativas. Esse é um dos problemas do sistema brasileiro atual, mas não exclusivamente nosso, na medida em que pode ser visto como uma dificuldade do próprio modelo.²⁵⁸

Em determinado momento, o serviço de saneamento era amparado, mesmo que sazonalmente, no âmbito internacional, por financiamentos que colaboravam no reforço do setor público. O Banco Mundial, por exemplo, a partir de experiências colhidas na própria Europa, apostava numa adequação do papel do Estado na estabilização do sistema, com impactos positivos imediatos nas condições de saúde e educação de suas populações. Constituiu-se uma rede de financiamentos externos para a organização de um serviço de saneamento básico pelo poder público, o que incluía a concepção, a normatização e a operação, com todos os riscos daí decorrentes.

O setor público, considerando a baixa taxa de retorno dessa modalidade de investimentos, assumia tal incumbência. A decisão gerava externalidades positivas para o mercado, pois o setor de saneamento tomava para si um dos desdobramentos da política de saúde, a saber, o aumento do nível de produtividade direta ou indiretamente por meio da melhora das condições de vida da população.

Isso é o que demonstrou um estudo feito pelo Instituto Trata Brasil em 2018, intitulado “Benefícios Econômicos e Sociais da

257 Ibidem, p. 12.

258 DEMOLINER, Karine Silva. **Água e Saneamento Básico**: regimes jurídicos e marcos regulatórios no ordenamento brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 57.

Expansão do Saneamento no Brasil".²⁵⁹ Além da renda gerada em decorrência do processo de construção e expansão de redes de saneamento, há comprovada correlação entre o aumento de custos sociais e a falta de saneamento, desde os frequentes afastamentos laborais por conta de doenças e a redução de desempenho educacional de jovens e crianças, até maiores despesas com os tratamentos pelos serviços públicos. O cruzamento de dados indica, ainda, uma ligação entre aumento de remuneração média e acesso a serviços de água potável e esgotamento sanitário.

A ampliação das redes de distribuição e das infraestruturas de tratamento e depuração da água, em certa medida, depende de financiamento externo. No século passado, os países captadores, ou beneficiários, assumiam o compromisso de universalizar e integralizar, com equidade e subsídios, o serviço de saneamento básico, ou, no mínimo, da água ao esgoto. O ambiente urbano, o ambiente rural, o uso doméstico e a agricultura eram as prioridades iniciais desse período.

A Conferência Internacional sobre água e meio ambiente, ocorrida em Dublin, Irlanda, em 1992,²⁶⁰ opondo-se à tendência descrita acima, aprofundou a lógica da descentralização e apontou para as fragilidades dos Estados em termos de financiamento, regulação e gestão. Indicou-se uma transição, na visão dos organismos internacionais de financiamento, do modelo público para o público-privado, o que não excluiria, conforme a circunstância, a modelagem baseada apenas no contrato com o setor privado²⁶¹ — influenciando até hoje toda a discussão a respeito do tema.

A compreensão que se formou em torno do valor econômico da água, a perspectiva de um futuro de escassez, consequência

259 Disponível em: <http://www.tratabrasil.org.br/images/estudos/itb/beneficios/Relat%C3%B3rio-Benef%C3%ADcios-do-saneamento-no-Brasil-04-12-2018.pdf>. Acesso em: 30 jul. 2020.

260 Declaração de Dublin — O.M.M./Conferência Internacional Sobre Água e Meio ambiente: o Desenvolvimento na Perspectiva do Século 21, Declaração de Dublin e Relatório da conferência, 26/31 jan. 1992, Dublin, Irlanda. Disponível em: <http://www.un-documents.net/h2o-dub.htm>. Acesso em: 3 ago. 2020.

261 ESTORNINHO, Maria João. **A Fuga para o Direito Privado**: contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública. Coimbra: Livraria Almedina, 1999, p. 244.

de dificuldades estruturais e de financiamento, permitiu que se formasse uma pré-compreensão em torno do projeto de transição, do modelo público para o público-privado, ou exclusivamente privado. O Banco Mundial e o FMI surgiram como fiadores desse processo.

Há, portanto, uma série de fatores a identificar e qualificar para avaliar a eficiência desse tipo de modelo em um contexto específico. Entre eles, destacam-se: *(i)* a política e a situação macroeconômica de um país; *(ii)* a decisão dos cidadãos, por meio de um processo democrático, quanto ao papel do Estado no fornecimento de bens públicos; *(iii)* os diferentes arranjos institucionais contemplados pelo ordenamento jurídico nacional ou regional; *(iv)* o modelo de gestão e as oportunidades de controle social; *(v)* a perspectiva e a necessidade de investimentos no setor e a matriz tecnológica a ser desenvolvida.

No restante desse capítulo, analisaremos algumas experiências concretas, propondo averiguar com um grau maior de detalhamento os fatores que, em realidades socioeconômicas e políticas distintas, levaram à adoção de um ou outro dos modelos até aqui esboçados, ou mesmo versões híbridas desses modelos. Inicialmente, abordaremos o caso da Argentina e, após, uma série de casos recentes agrupados sob a alcunha de uma “onda de reestatização”. Veremos, contudo, que inúmeras peculiaridades tornam superficial uma análise do assunto como um conjunto homogêneo, ou seja, as circunstâncias de cada contexto devem ser levadas em conta a fim de refletir a respeito do melhor modelo em cada localidade e da justificativa para determinadas escolhas, sempre relacionadas a um momento histórico.

4. Estudo de Caso: a Experiência Argentina

A cidade de Buenos Aires, fundada em 1580, nasceu, não ocasionalmente, ao lado de uma imensa fonte de água, o Rio da Prata. O rio fornecia não apenas o suficiente para suprir as necessidades mais imediatas da população, mas também para estimular e, mais tarde, sustentar as atividades produtivas indispensáveis para o desenvolvimento de toda a região, além de ser um facilitador do processo de trocas comerciais e culturais. Ao longo dos anos, aprimoraram-se os instrumentos públicos, inclusive no aspecto normativo,

para tentar controlar a higiene das primeiras populações, embora não se identifiquem alterações muito profundas até o século XVIII.²⁶²

A água do Rio da Prata não podia ser consumida imediatamente; turva, era armazenada por alguns dias em grandes tigelas de cerâmica, com um sistema rudimentar de filtros de pedra que a preparavam para o consumo.²⁶³ Mais de uma centena de *aguateros*, percorrendo as ruas de Buenos Aires em carroças puxadas por bois, vendiam a água recolhida diretamente do rio, usando uma caneca como medida.²⁶⁴

Os *aljibes*, poços com cisternas que recolhiam a água da chuva e as águas subterrâneas em estruturas sem muita profundidade (o que interferia negativamente na qualidade hídrica) representavam outras medidas para universalizar o acesso ao serviço. Uma situação não muito diferente de países europeus, a exemplo da própria Inglaterra, mesmo já no período da efervescência de urbanização em razão da Revolução Industrial.

Somente na segunda metade do século XIX os governos passam a concentrar-se na prioridade de viabilizar o acesso à água potável para toda a cidade — era o tempo das epidemias, como o caso da cólera e da febre amarela. Então, a rigor, é apenas nesse período, e principalmente no início do século XX, que o panorama começa a alterar-se.

O ano de 1869 marca o início do funcionamento de uma estrutura pública que permitia, para um pequeno percentual da população, o acesso ao serviço de água potável. No mesmo ano, surgiu o primeiro Reglamento para la Provisión de Agua a la ciudad de Buenos Aires, redigido pela Comisión de Obras de Salubridad — o equipamento público foi instalado em Bajo de la Recoleta até 1928 (a Casa de Bombas de Recoleta), substituído, posteriormente, pela Planta Potabilizadora de Palermo.²⁶⁵ Da mesma forma, lentamente,

262 TARTARINI, Jorge D. **Historias del Agua en Buenos Aires**: de aljibes, aguateros y aguas corrientes. Buenos Aires: Edición Agua y Saneamientos Argentinos, 2010, p. 9-10.

263 Ibidem, p. 16-18.

264 Ibidem, p. 22.

265 Ibidem, p. 60.

formou-se a convicção de que era necessário somar ao serviço de acesso à água potável o de esgotamento sanitário.²⁶⁶

Naquele ano, o saneamento básico na Argentina continuava sendo responsabilidade de uma empresa privada, a Buenos Aires Water Supply and Drainage Company Limited — algo comum nesse período, em especial, na América do Sul. Porém, com as epidemias do final do século XIX, o Estado mobilizou-se para assumir o empreendimento. Uma referência importante é o ano de 1871, no qual, superada a epidemia de febre amarela, “se iniciou [...] um plano de obras de saneamento que continuou de forma constante durante as décadas seguintes”.²⁶⁷

A Lei n. 2.927/1892 determinou o início da transição do modelo privado para o público — a denominada “publicização do privado”, predominante nas primeiras décadas do século XX.²⁶⁸ Surge assim, a Obras Sanitarias de la Nación (OSN), uma empresa de caráter público com a finalidade de prestar, de maneira centralizada, essa modalidade de serviço público.²⁶⁹ Criada a partir da Lei n. 8.889/1912,²⁷⁰ a OSN tinha como escopo concretizar o Plano Nacional de Saneamento da Argentina, concebido em 1909. Logo, o poder público assumiu, desde o início do século passado, a incumbência de universalizar, com um determinado padrão de qualidade, o acesso aos serviços de água potável e saneamento na Argentina.²⁷¹ No caso do saneamento, o protagonismo do poder público foi essencial.

266 Ibidem, p. 100.

267 DEL CASTILLO, Lilian. **La Gestión del Agua en Argentina**. Buenos Aires-Madrid: Ciudad Argentina, 2007, p. 183. Tradução nossa.

268 CASSAGNE, Juan Carlos. **El Contrato Administrativo**. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2005, p. 171. O autor faz uma interessante reconstrução dos ciclos de ampliação e redução do papel do Estado na prestação de serviços públicos na Argentina.

269 DEL CASTILLO, Lilian. **La Gestión del Agua en Argentina**. Buenos Aires-Madrid: Ciudad Argentina, 2007, p. 201.

270 TARTARINI, Jorge D. **Historias del Agua en Buenos Aires**: de aljibes, aguateros y aguas corrientes. Buenos Aires: Edición Agua y Saneamientos Argentinos, 2010, p. 114.

271 CASSAGNE, Juan Carlos; ORTIZ, Gaspar Ariño. **Servicios Públicos, Regulación y Renegociación**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2005, p. 67. O autor destaca que o cenário de 1880 a 1930 na Argentina era de prestação privada dos serviços públicos, período em que o país vivenciou intenso desenvolvimento econômico.

Nos anos 1950, a empresa pública estava instalada, ainda que precariamente, em todo o território nacional. Essa estratégia ia ao encontro da visão majoritária acerca do papel do Estado.²⁷² Havia uma influência direta do constitucionalismo social²⁷³ e do modelo de Estado idealizado nesse período.²⁷⁴ Apesar de, aparentemente, não ser esse o espírito da Constituição Argentina de 1853, foi um caminho viabilizado pela Reforma Constitucional de 1949.

Em constante progressão, a água, e depois outros serviços identificados com o conceito de saneamento, espalharam-se pelo território argentino, geralmente sob controle estatal. A Lei n. 20.324/1973 transformou a OSN em autarquia, além de reforçar a sua ampla competência para operar o serviço de acesso à água potável e ao saneamento no país.²⁷⁵

Durante a maior parte do século XX, a experiência argentina, no que se refere ao saneamento básico, fundamentou-se no modelo público centralizado. Isso facilitou o esforço de implantação de um modelo nacional de serviços, visando a garantir o acesso à água potável e ao serviço de esgotamento sanitário em todo o território.

Com início na segunda metade do século XX, a Argentina passou por um processo de descentralização, aproximando-se da experiência francesa. Tal tendência era fortemente recomendada no debate internacional como a mais evoluída dessa modalidade de serviço público.²⁷⁶ Em 1980, o processo já havia avançado bastante, atribuindo às províncias um protagonismo na definição das políticas mais apropriadas para as suas demandas.²⁷⁷

272 DALLA VIA, Alberto R. **Derecho Constitucional Económico**. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2006, p. 673.

273 Ibidem, p. 721.

274 CASSAGNE, Juan Carlos; ORTIZ, Gaspar Ariño. *Op. Cit.*

275 GORDILLO, Agustín. **Tratado de Derecho Administrativo**: La defensa del usuario y del administrado, tomo 2, 4. ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2000, p. VI-3.

276 DEL CASTILLO, Lilian. **La Gestión del Agua en Argentina**. Buenos Aires-Madrid: Ciudad Argentina, 2007, p. 183.

277 Apesar da descentralização, Buenos Aires, além de localidades próximas (a Grande Buenos Aires), permaneceu sob a gestão da Obras Sanitarias de la Nación (OSN). Em Santa Fé, uma província situada em região mais distante da Grande Buenos Aires, apenas para exemplificar, foi instituída a Dirección Provincial de Obras →

Nessa época, percebem-se os primeiros sinais do interesse de multinacionais em participar da desestatização do serviço de saneamento na Argentina. A descentralização preparou o terreno, por assim dizer, para a despublicização do sistema. Esse começa a movimentar-se do modelo público para o privado após a chamada Reforma do Estado Argentino de 1989 e da Reforma Constitucional de 1994.²⁷⁸

A Reforma do Estado foi desencadeada pela Lei de Emergência Econômica, sancionada como resposta a um cenário de grave crise econômica, hiperinflação e desequilíbrio das contas públicas.²⁷⁹ Nesse contexto, também merece destaque a Lei n. 23.697/89, reforçando a ideia de desenhar outro modelo de Estado na Argentina.²⁸⁰ Diante da necessidade de enfrentamento da crise, o novo governo acelerou o processo de Reforma da Economia e do Estado, determinando a desregulamentação da economia e a diminuição do poder estatal.²⁸¹

A intenção era reestabelecer o diálogo com os investidores externos, demonstrando que o país estava afinado às políticas concebidas pelo Banco Mundial e Fundo Monetário Internacional (FMI).

→ Sanitarias (DIPOS), com o objetivo de propiciar o acesso à água potável e ao serviço de saneamento. De fato, cada província se tornou titular do serviço e legitimada para conceber o seu modelo de sistema.

278 DEL CASTILLO, Lilian. **La Gestión del Agua en Argentina**. Buenos Aires-Madrid: Ciudad Argentina, 2007, p. 201-202. A Reforma do Estado de 1989 apoiou-se em políticas de liberalização da economia, privatização das empresas estatais, desregulação e desmonopolização de atividades, cuja consolidação se deu a partir da citada Reforma Constitucional de 1994.

279 CASSAGNE, Juan Carlos; ORTIZ, Gaspar Ariño. **Servicios Públicos, Regulación y Renegociación**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2005, p. 77. A Lei 23.696/1989, em seu artigo 10, permite que o Estado exclua todos os privilégios, todas as cláusulas de monopólio ou proibições discriminatórias, mesmo quando derivarem de normas legais, se essa manutenção constanger os objetivos da privatização, impedindo a desmonopolização ou a desregulação dos serviços. Estabelece-se, como base dessa política de Estado, o princípio antirregulatório. A Lei n. 23.696/1989, o Decreto 2.284/1991 e o artigo 42 da Constituição Argentina depois da Reforma de 1994 são a base dessa visão, que obviamente não afasta contextos de exceção.

280 DEL CASTILLO, Lilian. **La Gestión del Agua en Argentina**. Buenos Aires-Madrid: Ciudad Argentina, 2007, p. 202.

281 GORDILLO, Agustín. **Tratado de Derecho Administrativo**: La defensa del usuario y del administrado, tomo 2. 4. ed. Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2000, p. VI-3.

O enfrentamento da dívida pública externa, segundo condições impostas pelo FMI e por ações concretas no sentido de simplificar as estruturas públicas com a desestatização de serviços tornava o país um ambiente confortável para o mercado de investimentos.²⁸²

À medida que se desenvolvia a desestatização na Argentina, surgiam em concomitância as entidades reguladoras, para normatizar e fiscalizar o serviço que migrava rapidamente à iniciativa privada. Depois da licitação e da confecção do contrato de concessão, uma agência independente, mas pública, regularia a atividade e supervisionaria o cumprimento do contrato e das metas estabelecidas para o operador privado.

Sob certo aspecto, a Argentina implantou um modelo privado, com assimilação direta da sistemática francesa e inglesa.²⁸³ Na Inglaterra, destaca-se a importância do papel desempenhado pelas agências reguladoras; na França, a relevância das cláusulas pactuadas nos contratos administrativos, que podem variar de enfoque e objeto, segundo os interesses específicos de uma determinada região. A importação acrítica de um sistema híbrido colaborou para a instabilidade que se queria resolver, culminando na desestruturação de todo o sistema.

Como destacado, a Lei n. 23.696/1989 foi o marco regulatório predominante nesse processo.²⁸⁴ Os artigos 6 a 11 dessa legitimam o Poder Executivo a indicar, em cada caso, as estruturas públicas a serem desestatizadas, com o devido filtro do Poder Legislativo. A norma também dispunha sobre uma eventual emergência: a criação de uma comissão no Poder Legislativo com a função de estabelecer um cronograma para as privatizações; possíveis modelos de

282 VARGAS, Marcelo Coutinho; GOUVELLO, Bernard de. **Trajetórias e Perspectivas da gestão privada do Saneamento na América Latina**: contrastes e aproximações entre Brasil e Argentina. Paraná: Editora UFPR, n. 24, 2011, p. 61; DEL CASTILLO, Lilian. **La Gestión del Agua en Argentina**. Buenos Aires-Madrid: Ciudad Argentina, 2007, p. 202.

283 CASSAGNE, Juan Carlos; ORTIZ, Gaspar Ariño. **Servicios Públicos, Regulación y Renegociación**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2005, p. 67-69.

284 DALLA VIA, Alberto R. **Derecho Constitucional Económico**. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2006, p. 688; OSSORIO, Alfredo. **El Sentido de las innovaciones de gestión en la Argentina**. In: XII Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, Sto. Domingo, Rep. Dominicana, 2007, p. 2.

privatização; formas de o poder público contratar agentes privados; entre outras disposições.

Em síntese, quanto ao processo histórico narrado até aqui, os serviços de saneamento na Argentina passaram do modelo privado para o público, posteriormente retornando ao privado. Alberto Muñoz chama atenção para o fato de que, resultante desse processo, concentrou-se grande (e a mais importante) parte do mercado de saneamento nas mãos de uma única empresa transnacional.

Em 2002, o governo argentino modifica novamente a sua postura. Diante da crise instalada no país naquele ano,

[...] tiveram lugar processos de reestatização de alguns serviços e importantes transferências acionárias de capitais estrangeiros a locais. Entretanto, estas modificações ainda não desembocaram em redefinições contratuais integrais, mas sim em acordos transitórios entre as partes. Eles também não foram acompanhados de mudanças significativas nos regimes de regulação e controle.²⁸⁵

A partir daí estabeleceu-se um canal permanente de negociação entre o Estado e a concessionária, objetivando recuperar um patamar compatível de prestação do serviço (interesse público) e equilíbrio econômico-financeiro do contrato (interesse privado).²⁸⁶ Assim, de forma desordenada e concomitante, construiu-se o modelo argentino, movido muito rapidamente do público para o privado, para logo depois repensar essa transição.

285 BONOFILIO, Nicolás; NAHÓN, Carolina. **La experiencia subnacional de servicios públicos en Argentina**: los casos de distribución de energía eléctrica y agua y saneamiento. In: XII Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, Sto. Domingo, Rep. Dominicana, 2007, p. 16. Tradução nossa.

286 DEL CASTILLO, Lilian. **La Gestión del Agua en Argentina**. Buenos Aires-Madrid: Ciudad Argentina, 2007, p. 233; BONOFILIO, Nicolás; NAHÓN, Carolina. *Op. Cit.*

4.1. O Processo de Desestatização do Sistema

Buenos Aires e seus arredores permaneceram com a empresa pública *Obras Sanitarias de la Nación* mesmo após a descentralização do serviço de saneamento. No entanto, já em 1992 desencadeou-se o processo licitatório para delegar a um agente particular via contrato de concessão os serviços prestados pela empresa pública. Com efeito, a OSN passou para o controle privado em 1993. O vencedor da licitação foi o Consórcio Águas Argentinas, vinculado à empresa francesa *Suez Lyonnaise des Eaux*, firmando contrato de trinta anos de duração.

Delegou-se ao setor privado a operação e o compromisso permanente de expansão do serviço, restando para o poder público o processo de regulação e controle da contratualização.²⁸⁷ A regulação da concessão virou responsabilidade do Ente Tripartite de Obras e Serviços Sanitários (ETOSS),²⁸⁸ composto por representantes do poder público do contexto nacional e local. Sua função englobava a fiscalização do cumprimento das metas e regras estabelecidas no contrato de concessão (inspirado no modelo francês).

Essa experiência, aos poucos, foi espelhada pelas demais províncias, trazendo para o território argentino empresas estrangeiras, por exemplo, no contrato de concessão, em conformidade com o modelo francês.²⁸⁹

Logo surgiram os primeiros problemas, sendo um dos principais o aumento do índice de inadimplência. Tentou-se resolver o impasse através da autorização do Estado com a implementação do

287 DEL CASTILLO, Lilian. **La Gestión del Agua en Argentina**. Buenos Aires-Madrid: Ciudad Argentina, 2007, p. 205.

288 Ibidem, p. 205-206. Tripartite na medida em que estava vinculado (i) à Nação, (ii) à província de Buenos Aires e (iii) à cidade de Buenos Aires. A entidade iniciou suas atividades em 1993.

289 BONOFILIO, Nicolás; NAHÓN, Carolina. **La experiencia subnacional de servicios públicos en Argentina**: los casos de distribución de energía eléctrica y agua y saneamiento. In: XII Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, Sto. Domingo, Rep. Dominicana, 2007, p. 7. Alguns exemplos são o grupo Suez (Santa Fé, Córdoba e AMBA), Azurix (Buenos Aires e Mendoza), Vivendi (Tucumán e AMBA) e Dragados (Buenos Aires, Misiones e Tucumán).

subsídio cruzado — uma improvisação, pois os marcos regulatórios que construíram o novo sistema não continham essa possibilidade.

Enquanto a meta de investimentos não era cumprida adequadamente, o concessionário alegava prejuízos constantes na operação. No primeiro ano de vigência do contrato, já se discutia a revisão dos valores estabelecidos durante o processo licitatório.²⁹⁰ Na verdade, houve uma falta de planejamento em todo esse processo, alicerçado em bases frágeis, desintegradas conforme a execução dos contratos e das suas cláusulas.

Embora houvesse legislação disciplinando a desestatização,²⁹¹ é importante destacar que essa ação de governo desenvolveu-se com grande insegurança jurídica.²⁹² As reivindicações de emergência econômica, o uso ordinário dos decretos de necessidade e urgência e o desequilíbrio na relação e na divisão de competências entre os Poderes levaram à sobreposição de uma suposta realidade econômica em detrimento do direito positivo vigente. A Corte Suprema de Justiça e o Poder Executivo tiveram papel nessa sobreposição, impondo uma hierarquia implícita entre legitimidade (ou interesse público) e legalidade.²⁹³

Somente em 1994 a Constituição Argentina foi reformada, oferecendo um pouco de estabilidade para esse período de mudanças. Obedecia à mesma lógica do processo inglês e propunha a superação do Estado burocrático com a implementação do Estado gerencial. Para Cassagne, a Emenda Constitucional de 1994, ao mesmo tempo que pacificou a inconformidade de parte das ações anteriores do Estado — uma espécie de legalização retroativa ou convalidação

290 AZPIAZU, Daniel. **Privatización del Agua y El Saneamiento en Argentina**: El caso paradigmático de Aguas Argentinas S.A. In: Vertigo, La Revue en Sciences de l'environnement, Hors-série 7, 2010, p. 4-5.

291 A título de exemplo, conforme vimos na seção passada, pode-se citar a Lei 23.696/1989 e sua regulamentação pelo Decreto 2.074/1990.

292 DALLA VIA, Alberto R. **Derecho Constitucional Económico**. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2006, p. 733. O autor ressalta o aspecto ideológico que muitas vezes se verificava neste desvio das normas vigentes.

293 CASSAGNE, Juan Carlos; ORTIZ, Gaspar Ariño. **Servicios Públicos, Regulación y Renegociación**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2005, p. 72-77.

forçada das primeiras medidas —, integrou esse discurso ao texto da constituição.²⁹⁴

Há uma série de requisitos técnicos para a implantação justa e eficiente de um processo de desestatização em determinado setor de prestação de serviço público. Deve-se começar por um marco regulatório consolidado, um esquema de normas razoavelmente coerente entre todos os níveis hierárquicos. É preciso ter a lei, com orientações gerais e específicas, as diretrizes e, idealmente, discriminação da estruturação de operação do setor, sem implicar um engessamento que impeça naturais correções de rumo decorrentes da experiência prática da gestão.

Em segundo lugar, não é tarefa simples harmonizar o interesse público e o interesse privado — o atendimento das demandas da população e a eficiência econômica do empreendimento. Na Argentina, tolerou-se, desde o princípio, a possibilidade de suspensão imediata do serviço pela falta de pagamento, muito embora já se reconhecesse, inclusive no âmbito internacional, que o acesso à água potável é um direito individual e coletivo integrado ao conceito de mínimo existencial.

Estabelecido o marco regulatório, os modelos consolidados de exploração privada do serviço de saneamento, seja o inglês ou o francês, recomendam a criação de uma entidade reguladora, nacional ou dividida em unidades regionais. O marco regulatório especifica o conjunto de exigências transferidas à concessionária, ficando o processo de fiscalização, em tese, para a entidade reguladora, conforme observado na experiência francesa.

A dimensão real do papel dessa entidade e os riscos permanentes de captura podem ser antecipados pela compreensão do modelo inglês, que lhe atribui função bastante relevante. Considera-se a experiência inglesa a principal referência para a conformação de uma metodologia de prestação do serviço na Argentina.²⁹⁵ Quando essas

294 CASSAGNE, Juan Carlos. **El Contrato Administrativo**. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2005, p. 192-193.

295 BONOFILIO, Nicolás; NAHÓN, Carolina. **La experiencia subnacional de servicios públicos en Argentina**: los casos de distribución de energía eléctrica y agua y saneamiento. In: XII Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, Sto. Domingo, Rep. Dominicana, 2007, p. 10.

etapas não estão devidamente concatenadas, ou nem sequer são satisfeitas, instala-se um ambiente de crise e fragilidade, justamente o que aconteceu na Argentina.²⁹⁶

O próprio ente regulador (ETOSS), no caso de Buenos Aires, rapidamente perdeu o controle do sistema, diante da assimetria de informações que, desde o início, vincaram todo o processo.²⁹⁷ Apoiando-se nesse cenário de crise e instabilidade econômica, as operadoras tentaram justificar a inexistência de investimentos no setor, defendendo ainda a necessidade de um reequilíbrio econômico-financeiro do contrato pelos fatos imprevisíveis e de consequências incalculáveis que já afetavam o contrato.

Em 2002, com o aprofundamento da crise econômica argentina e as novas regras para o câmbio — o fim da dolarização da economia e dos reajustes periódicos de preços —, a concessionária desincumbiu-se das metas estabelecidas no ano de 2001. Gradativamente, a empresa diminuiu a qualidade do serviço, desacelerando ainda mais a sua política de investimentos.

Um processo semelhante ocorreu nas províncias de Santa Fé, Tucumán e Córdoba. Em Santa Fé e Córdoba, a *Suez Lyonnaise des Eaux* venceu a licitação; já em Tucumán, ganhou a Vivendi (1995-1998).²⁹⁸

296 Ibidem, p. 8. Os autores mostram e criticam o fato de que, em grande parte das privatizações do setor elétrico e de saneamento, o ente regulador foi criado simultaneamente ou ainda posteriormente à privatização.

297 AZPIAZU, Daniel; SCHORR, Martín. La Privatización del agua en la región metropolitana de Buenos Aires. In: GROSSE, R.; SANTOS, C.; TAKS, J.; THIMMEL, S. (comp.). **Las cannillas abiertas de América Latina II**. La Lucha contra la privatización del agua y los desafíos de una gestión participativa y sustentable de los recursos hídricos. Montevideo: Casa Bertolt Brecht, 2006, p. 86. Note-se que “[...] transcurridos apenas ocho meses de iniciada la concesión, la empresa adjudicataria solicitó una revisión extraordinaria de las tarifas, aduciendo pérdidas operativas no previstas. Al margen de los requisitos fijados en el marco regulatorio sectorial respecto a las revisiones contractuales, el órgano de control (el ETOSS) autorizó, en junio de 1994, un aumento del 13,5% en las tarifas [...]”. Daí para frente, o contrato de concessão passou por inúmeras reprogramações. Aliás, “[...] entre mayo de 1993 y enero de 2002 la tarifa del servicio se incrementó un 88%, [...] lo cual merece ser destacado porque el marco regulatorio establecía que las tarifas no podrían incrementarse en los primeros diez años de la concesión”. O nível de investimentos contratados com a empresa Suez nunca foi cumprido, o que permitiu à entidade reguladora, a ETOSS, aplicar algumas multas.

298 BONOFIGLIO, Nicolás; NAHÓN, Carolina. **La experiencia subnacional de servicios públicos en Argentina**: los casos de distribución de energía eléctrica y agua y saneamiento. In: XII Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, Sto. Domingo, Rep. Dominicana, 2007, p. 6.

Na província de Santa Fé, a Lei n. 11.220/1994 permitiu conduzir o processo de transição do modelo público para o modelo privado.²⁹⁹ A mesma lei também instituiu o Ente Regulador de Serviços Sanitários (ENRESS), com atuação restrita à província de Santa Fé. Desde o início, criaram-se rapidamente focos de mobilização e tensão na relação entre a população e a concessionária.

4.2. O Processo de Reestatização do Sistema

A crise instaurada naquele país com maior gravidade a partir de 2002 instabilizou a situação dos contratos de concessão. A Lei n. 25.561/2002, ressuscitando o argumento da emergência, alterou seu regime jurídico, alcançando, inclusive, os vigentes.³⁰⁰ Esse novo marco regulatório foi, portanto, formulado para enfrentar uma realidade de profunda desconfiança interna e externa. Ante essa realidade, para muitos investidores, de início, pareceu claro que o melhor caminho era a rescisão dos contratos, pois o ambiente do país e o comportamento do atual governo indicavam uma tendência de agravamento da vinculação do Estado às operadoras privadas.

Em tese, esses investimentos, diante da inconstância do cenário econômico do país, estavam blindados pelos contratos ainda vigentes e pela possibilidade, aparentemente resguardada, de transferência de eventuais desacertos na relação com o Estado captador para os tribunais internacionais especializados.³⁰¹ A *Suez Lyonnaise des Eaux* acionou o Tratado Bilateral de Investimentos, pactuado entre Argentina e França em 1991, ajuizando em 2004 uma ação contra o Estado argentino, no Centro Internacional de Resolução

299 O sindicato, naquele contexto, também foi claramente cooptado, visto que o novo marco regulatório, no artigo 42, reserva 10% das ações da empresa para a própria entidade. E, mais do que isso, o artigo 56 da mesma Lei 11.220/1994 não admite outros meios de acesso ao serviço, o que empresta maior garantia para a eficiência econômica do empreendimento.

300 CASSAGNE, Juan Carlos. **El Contrato Administrativo**. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2005, p. 241.

301 DALLA VIA, Alberto R. **Derecho Constitucional Económico**. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2006, p. 673-674. Ver também: CASSAGNE, Juan Carlos. **El Contrato Administrativo**. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2005, p. 299-300.

de Controvérsias sobre Investimentos (CIRDI), órgão integrado à estrutura do Banco Mundial.

A empresa teve a mesma iniciativa quanto aos contratos de concessão de Córdoba e Buenos Aires. Em 2005, a Companhia *Suez Lyonnaise des Eaux* rescinde o contrato e deixa a província de Santa Fé. Contudo, a constituição da Argentina, desde 1994, exige que a delegação de jurisdição mediante tratados passe pela avaliação do Legislativo Nacional. A realidade do país, naquele momento, indicava o funcionamento de uma heterogeneidade de modelos e uma comprovada inconstância, não apenas regulatória, mas de padrão de prestação do serviço.

Nesse período, diversos movimentos, como os reunidos na Asamblea Provincial por el Derecho el Agua, trabalharam pela reestatização dos serviços, possibilitando o rompimento imediato dos contratos de concessão (licenças) ou, no mínimo, uma reformulação das políticas. Nesse contexto, desestabiliza-se o consenso que até então parecia existir em favor da desestatização do serviço. Dada a situação desastrosa, o sistema jurídico interno interveio em favor do direito de acesso à água potável e ao serviço de esgotamento sanitário, integrado ao conceito de mínimo existencial.³⁰²

Atualmente, o sistema jurídico argentino estabelece limitações claras para a interrupção do serviço, por decisão do prestador, em face do inadimplemento do usuário.³⁰³ Em diversas localidades, foi possível alcançar um acordo para a formatação de novos contratos de concessão, com outro escopo, e conseqüentemente, outro

302 SMETS, Henri. **Por un Derecho Efectivo al Agua Potable**. Facultad de Jurisprudência. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2006, p. 30. “[...] la Corte Suprema de la Provincia de Neuquén confirmó que el derecho al agua es un derecho del hombre y que las autoridades provinciales estaban obligadas a suministrar agua salubre a un barrio al que el agua no llegaba (100 litros de agua por persona cada día). [...] Otro fundamento del derecho al agua es proporcionado por la exigência que establece que los servicios que fueron privatizados deben realizar de modo correcto las funciones de los servicios públicos que remplazan (tratamiento digno y equitativo de los usuarios, servicio de calidad y eficiencia, según el artículo 42 de la Constitución). Este texto condujo a ordenar que el suministro de agua a un consumidor que estuviera en mora de pago fuera de 200 litros de agua cada día y por abonado en vez de los 50 litros previstos en el contrato.”

303 MARTÍN, Líber *et al.* **El derecho humano al agua**: particularidades de su reconocimiento, evolución y ejercicio. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2011, p. 153-155.

ponto de equilíbrio.³⁰⁴ Na cidade de Buenos Aires, contudo, desde 21 de março de 2006 a gestão dos serviços públicos de acesso à água potável e ao serviço de saneamento passou à competência da Agua y Saneamientos Argentinos S.A. (AySA), uma empresa estatal. Com um plano diretor em processo de implantação e um conjunto de investimentos públicos e nacionais, além de alguma captação internacional, surge como o norte da atual política do Estado argentino para o setor.³⁰⁵

Como resultado de um novo ambiente, em 2012, o Decreto n. 931/2012 aprova o modelo de contrato de empréstimo BID AR-L 1122, celebrado entre a República Argentina e o Banco Interamericano de Desenvolvimento, destinado a financiar parcialmente o segundo programa de água potável e saneamento da área metropolitana da cidade de Buenos Aires.

Nesse contrato estão incluídos a renovação e reabilitação dos sistemas de produção e distribuição de água potável; as obras de expansão dos serviços de coleta e tratamento das águas residuais; e o fortalecimento institucional de sistemas, capacitações, aquisições e meio ambiente. A execução do programa e a utilização dos recursos dependerão da AySA, com base no artigo 99, inciso 1, da Constituição Nacional, nos artigos 57 e 60 da Lei de Administração Financeira e dos Sistemas de Controle do Setor Público Nacional (Lei n. 24.156 e suas modificações) e no artigo 40 da Lei n. 11.672.

304 DEL CASTILLO, Lilian. **La Gestión del Agua en Argentina**. Buenos Aires-Madrid: Ciudad Argentina, 2007, p. 213-214. Apenas para registrar, “[...] las ciudades de La Plata, Córdoba, Santa Fe y Mendoza realizaron la concesión de los servicios de agua potable y saneamiento en el período 1991-2005. Estas capitales provinciales, junto con la Capital Federal, su área metropolitana y la ciudad de Rosario, formaron el conjunto de las grandes ciudades que recurrieron a la concesión de la prestación de los servicios. A partir de 2005 el Estado retornó la prestación directa de estos servicios creando empresas de capital estatal mayoritario”.

305 TARTARINI, Jorge D. **Historias del Agua en Buenos Aires** — de aljibes, aguateros y aguas corrientes. Buenos Aires: Edición Agua y Saneamientos Argentinos, 2010, p. 140-147.

Do exposto até aqui, chama atenção o fato de que a expansão da rede nos países em desenvolvimento é uma necessidade que impõe, já no início, uma quantidade elevada de investimentos. Na Argentina, como vimos, essa ampliação do serviço deu-se em um ritmo menor do pactuado com as empresas multinacionais contratadas.³⁰⁶ A política de preços, nessa modalidade de delegação, envolve um *trade-off* entre o interesse no lucro e a obrigação de garantir o acesso de todas as camadas da população à água potável e ao serviço de esgotamento sanitário.

Sem que haja um planejamento rigoroso, essa operação está fadada ao fracasso. Na experiência concreta analisada, anunciou-se, desde cedo, por conta da fragilidade do processo, a tendência de retorno, ao menos em parte, ao modelo anterior, em que o Estado tem maior participação no sistema.³⁰⁷ À continuação, lidaremos com outros casos paradigmáticos, a fim de brevemente tirar uma série de lições a serem aproveitadas no movimento de privatização da operação dos sistemas brasileiros a partir da recente aprovação do Novo Marco do Saneamento.

5. O Debate Atual em Torno dos Modelos Predominantes: entre a Desestatização e a Reestatização dos Serviços

Sem dúvida alguma, não apenas a desestatização, mas também a reestatização das operações dessa modalidade de serviço público podem ser observadas em algumas partes do mundo, na medida em que existem exemplos de sucesso e de fracasso em ambos os lados. Apenas para exemplificar, na França, Alemanha, Espanha e nos Estados Unidos, países que fortaleceram, na década de 1990, a transferência da gestão dos serviços de saneamento à iniciativa privada, existem exemplos de retorno para o controle público. Nos últimos quinze anos, o processo ocorreu em pelo menos duzentos e

306 PNUD, GRDH 2006, p. 93.

307 DEL CASTILLO, Lilian. **La Gestión del Agua en Argentina**. Buenos Aires-Madrid: Ciudad Argentina, 2007, p. 211.

sessenta e sete municípios, em trinta e sete países.³⁰⁸ Além de Buenos Aires, outras grandes cidades seguiram esse caminho, como Berlim (Alemanha), Budapeste (Hungria), La Paz (Bolívia), Paris (França) e Kuala Lumpur (Malásia). Todavia, o retorno dos serviços de água e esgotamento sanitário ao poder local aconteceu nesses casos em razão de circunstâncias muito próprias. Como exemplo, podemos citar: o término do contrato de vinte e cinco ou trinta anos de concessão à empresa privada (a maioria dos casos), a insatisfação das comunidades quanto às tarifas aplicadas, a falta de investimento previsto em contrato e os danos ambientais decorrentes da prestação dos serviços.

É necessário, no entanto, reconhecer os contextos em que tais reestatizações estão perfectibilizando-se. Sabe-se que os principais motivos para incluir a iniciativa privada no setor de saneamento são a capitalização, o investimento e a eficiência operacional oferecidos. Deve-se ter em conta, até para eventuais comparações com os sistemas públicos em operação, que a iniciativa privada é frequentemente chamada a operar nos casos em que se exige um nível muito maior de investimento – no curto ou médio prazo –, justificando inclusive, quando isso ocorre, pontuais majorações de tarifa.

Grenoble e Paris são exemplos franceses emblemáticos desses processos — na primeira, no ano de 2000 e na capital, em 2010. Ambas transferiram o controle para um operador público municipal, movimento acompanhado por mais de quarenta cidades do país, que é o berço das principais empresas mundiais de saneamento básico.

Conforme estudo realizado por Gesner Oliveira:

“[...] a partir dos anos 60, o setor de saneamento francês passou por forte pressão para se adequar a padrões ambientais mais rigorosos, incluindo a

308 Segundo o Relatório da Unidade Internacional de Pesquisa de Serviços Públicos (PSIRU), **Veio para Ficar**: a remunicipalização da água como uma tendência global, ocorreram cento e oitenta casos de remunicipalização até o ano de 2014, o que, segundo suas conclusões, é uma tendência global. A ferramenta mundial Water Remunicipalization Tracker, até o ano de 2018, chegou a duzentas e trinta e cinco cidades, em trinta e sete países, sendo que alguns casos foram movimentos nacionais e regionais de retomada do controle público dos serviços de saneamento. Disponível em: <http://www.remunicipalisation.org/>. Acesso em: 22 set. 2020.

universalização do tratamento de esgoto, que demandou grandes investimentos para o setor. Com isso, diversos municípios concederam seus serviços de água e esgoto para o setor privado, que cresceu de 32% de participação privada em 1932 para 80% em 2000. O município de Paris, seguindo esta tendência nacional, realizou no ano de 1985 a concessão dos serviços de água e esgoto em duas áreas, divididos pelo Rio Sena: a área esquerda operada (*rive gauche*) pela Companhia Lyonnaise des Eaux e a direita (*rive droite*) pela *Compagnie Générale* por um período de 25 anos. Durante o período da concessão, os serviços passaram por grande modernização, substituição de tubulações de chumbo, melhora na qualidade da água e redução das perdas de 24% para 4%”.³⁰⁹

No caso específico de Paris, em 2010, o prazo dos contratos de concessão de serviços de água e esgoto com as companhias *Lyonnaise des Eaux* e *Compagnie Générale* encerrou-se. A concessão para a segunda companhia data inicialmente de 1860, tendo sido retomada pelo público em 1910. Na onda de privatizações iniciadas na França nos anos 1960, devido a pressões por melhores padrões ambientais, incluindo a universalização do tratamento de esgoto, iniciou-se em Paris, em 1985, uma nova concessão, pelo prazo de vinte e cinco anos. Nesse período, houve grande modernização, como a substituição de tubulações de chumbo, melhora na qualidade da água e redução de perdas de 22% para 3,5%³¹⁰.

309 OLIVEIRA, Gesner *et al.* **Estudo Técnico**: Remunicipalização dos Serviços de Saneamento Básico. São Paulo: GO Associados, 2018, p. 9.

310 “Over the same period in Paris, there was also large scale investment. The network’s leaks were reduced from 22% of the water in 1985 to 17% in 2003, and was reduced dramatically to 3.5% by 2009. The operators also replaced all the remaining lead communication pipes still in the Parisian distribution network.”. **Remunicipalisation of Water Utilities**: a Desk Review of Selected Case Studies. Disponível em: <https://www.water.org.uk/wp-content/uploads/2019/10/Re-municipalisation-case-study-review-25.07.19_FINAL.pdf>. Acesso em 25 de junho de 2021.

Encerrado o prazo desses contratos, por decisão de governo, não houve renovação: ocorreu o advento do termo do contrato, uma forma de extinção, como consabido, que não guarda relação alguma com descumprimento de obrigações contratuais. Nessa esteira, abriu-se espaço para uma nova decisão político-administrativa pelo modelo oportuno e conveniente no recorte de momento. Em vez de promover uma nova delegação, criou-se a Companhia Municipal Eau de Paris, que opera até hoje, reduzindo as tarifas, em um primeiro momento, em 8%. Defensores do modelo privado argumentam que essa redução só tornou-se viável pois a infraestrutura para a prestação dos serviços havia sido construída pelas companhias durante a vigência dos contratos e que os investimentos em manutenção foram drasticamente atenuados pelo novo gestor municipal – o que é correto dizer³¹¹.

A propósito, destaca-se que, após a decisão pela retomada da operação pública, verificou-se a queda da eficiência na prestação do serviço a partir de diferentes fatores. Para ilustrar, cabe referir o comparativo entre a operação privada (encerrada em 2010) e a operação pública (retomada a partir de 2010) com relação aos valores de tarifa, ao índice de perdas de água, à taxa de ocorrência de interrupções de serviços não programadas e à taxa de reclamação de usuários³¹²:

311 “Between 1985 and 2009, the operators carried out a massive investment program on the network comprising both structural rehabilitation and renewal of distribution pipes. Overall 1,100 kilometres of distribution pipes have either been renewed or rehabilitated, representing more than half the overall length of the network.” **Remunicipalisation of Water Utilities**: a Desk Review of Selected Case Studies. Disponível em: <https://www.water.org.uk/wp-content/uploads/2019/10/Re-municipalisation-case-study-review_25.07.19_FINAL.pdf>. Acesso em 25 de junho de 2021.

312 Todos os dados foram extraídos do portal oficial de consulta às informações sobre a prestação de serviços de Saneamento na França, o Observatoire National des Services d’Eau et d’Assainissement, disponível em: <<https://www.services.eaufrance.fr/donnees/recherche>>. Acesso em 25 de junho de 2021.

Preço TTC do serviço em m³ para 120 m³

O preço do m³ é calculado para um consumo anual de 120 m³ (referência INSEE). Fixado pelos órgãos públicos, o preço depende notadamente da natureza e da qualidade do recurso hídrico, das condições geográficas, da densidade populacional, do nível do serviço selecionado, da política de renovação do serviço, dos investimentos realizados e de seu financiamento.³¹³

Ano	Preço
2008	1,31 €/m ³
2009	1,75 €/m ³
2010	1,77 €/m ³
2011	1,70 €/m ³
2012	1,75 €/m ³
2013	1,76 €/m ³
2014	1,73 €/m ³
2015	1,74 €/m ³
2016	1,79 €/m ³
2017	1,79 €/m ³
2018	1,76 €/m ³
2019	1,75 €/m ³

313 Tradução do trecho: Prix TTC du service au m³ pour 120 m³: Le prix au m³ est calculé pour une consommation annuelle de 120 m³ (référence INSEE). Fixé par les organismes publics, le prix dépend notamment de nature et de la qualité de la ressource en eau, des conditions géographiques, de la densité de population, du niveau de service choisi, de la politique de renouvellement du service, des investissements réalisés et de leur financement.



Índice linear de perdas em rede

O índice linear de perdas em rede avalia as perdas por vazamentos na rede de distribuição, relacionando-as com o comprimento das tubulações (excluindo ligações).³¹⁴

Ano	Perdas
2008	9,5 m ³ /km/j
2009	12,8 m ³ /km/j
2010	19,7 m ³ /km/j
2011	21,4 m ³ /km/j
2012	19,6 m ³ /km/j
2013	21,1 m ³ /km/j
2014	22,4 m ³ /km/j
2015	26,6 m ³ /km/j
2016	21,4 m ³ /km/j
2017	25,5 m ³ /km/j
2018	24,5 m ³ /km/j
2019	21,5 m ³ /km/j

314 Tradução do trecho: Indice linéaire de pertes en réseau: L'indice linéaire des pertes en réseau évalue, en les rapportant à la longueur des canalisations (hors branchements), les pertes par fuites sur le réseau de distribution



Taxa de ocorrência de interrupções de serviço não programadas:

Este indicador é utilizado para medir a continuidade do serviço de água potável, acompanhado o número de cortes não programados de água, para os quais os usuários não foram notificados com pelo menos 24 horas de antecedência, referidos por 1000 usuários.³¹⁵

Ano	Interrupções
2008	0,34 nb/1000ab
2009	0,22 nb/1000ab
2010	0,20 nb/1000ab
2011	0,22 nb/1000ab
2012	0,39 nb/1000ab
2013	0,25 nb/1000ab
2014	0,30 nb/1000ab
2015	0,28 nb/1000ab
2016	0,39 nb/1000ab
2017	0,53 nb/1000ab
2018	0,59 nb/1000ab
2019	0,42 nb/1000ab

315 Tradução do trecho: Taux d'occurrence des interruptions de service non programmées: Cet indicateur sert à mesurer la continuité du service d'eau potable en suivant le nombre de coupures d'eau imprévisibles pour lesquelles les abonnés concernés n'ont pas été prévenus au moins 24h à l'avance, rapporté à 1000 abonnés.

Taxa de reclamação:

Este indicador exprime a proporção de reclamações escritas registradas pelo serviço de água, na relação de 1000 usuários.³¹⁶

Ano	Reclamações
2008	1,25 nb/1000ab
2009	0,60 nb/1000ab
2010	2 nb/1000ab
2011	1,33 nb/1000ab
2012	0,64 nb/1000ab
2013	0,95 nb/1000ab
2014	x
2015	1,10 nb/1000ab
2016	1,81 nb/1000ab
2017	1,93 nb/1000ab
2018	2,60 nb/1000ab
2019	1,98 nb/1000ab

Assim, conclui-se que, com a retomada da operação pública, houve aumento *i)* de tarifa; *ii)* de índices de perdas de água; *iii)* de interrupções não programada; e *iv)* de registro de reclamações dos usuários.

Vê-se, portanto, que a remunicipalização se deu ao final do contrato de concessão, e não por falta de cumprimento de metas. Realizou-se depois da infraestrutura já ter sido construída pela iniciativa privada, o que aplacou significativamente o custo de manutenção dos sistemas. Logo, é preciso muita cautela nessa comparação direta entre operação pública e operação privada no contexto de Paris.

Nos Estados Unidos, a história da remunicipalização enfrenta grandes embates quanto às cláusulas para a rescisão dos contratos,

316 Tradução do trecho: Taux de réclamations: Cet indicateur exprime le niveau de réclamations écrites enregistrées par le service de l'eau, rapporté à 1000 abonnés.

envolvendo custos elevados, a exemplo da cidade de Indianápolis, pressionada pela população após escândalos de corrupção e má prestação dos serviços por parte do operador privado. Outras cidades tinham privatizado os serviços na década de 1990 devido a problemas relacionados à qualidade da água. Atlanta, no fim da década de 1990, convivia com expressivo aumento populacional em sua região metropolitana, momento em que já não detinha a infraestrutura de saneamento necessária para a prestação de serviços para toda população³¹⁷. Assim, necessitava de altos investimentos e concomitantemente de diminuição nos custos de operação para viabilizar a universalidade do serviço; por isso, em 1998, realizou um contrato de concessão com a *United Water* – uma subsidiária da *Suez Lyonnaise* – por vinte anos, com metas de redução de U\$50 milhões para U\$22 milhões anuais em gastos na operação dos sistemas de água e esgoto³¹⁸.

Contudo, houve uma série de descumprimentos contratuais relatados pelo poder público em 2003, notadamente a existência de alertas frequentes da concessionária para que os usuários consumissem a água apenas após fervê-la³¹⁹. Importante esclarecer que esse fato, posteriormente, foi considerado como consequência de ocorrências que fugiam ao controle do parceiro privado³²⁰. Além disso, a *United Water* relatou ao poder local a necessidade de reequilibrar o contrato, uma vez que os custos de manutenção da rede de saneamento mostraram-se muito maiores do que o estimado

317 SEGAL, Geoffrey. **What Can We Learn From Atlanta's Water Privatisation**. Reason Foundation, 2003. Disponível em: <<https://reason.org/commentary/what-can-we-learn-from-atlanta/>>. Acesso em 21 de junho de 2021.

318 **Remunicipalisation of Water Utilities: a Desk Review of Selected Case Studies**. Disponível em: <https://www.water.org.uk/wp-content/uploads/2019/10/Re-municipalisation-case-study-review-25.07.19_FINAL.pdf>. Acesso em 25 de junho de 2021

319 JEHL, Douglas. **As Cities Move to Privatize Water, Atlanta Steps Back**. THE NEW YORK TIMES, 10 de fevereiro de 2003. Disponível em: <<https://www.nytimes.com/2003/02/10/us/as-cities-move-to-privatize-water-atlanta-steps-back.html>>. Acesso em 21 de junho de 2021.

320 **Remunicipalisation of Water Utilities: a Desk Review of Selected Case Studies**. Disponível em: <https://www.water.org.uk/wp-content/uploads/2019/10/Re-municipalisation-case-study-review-25.07.19_FINAL.pdf>. Acesso em 25 de junho de 2021

inicialmente pelos instrumentos contratuais³²¹. Fala-se, inclusive, em um custo 10x (dez vezes) superior ao previsto na modelagem para a reparação dos canos sanitários³²². Nesse aspecto, aponta-se que o principal fator que levou ao erro de projeção de gastos teria sido a diminuição dos custos de operação feita pelo próprio poder local nos 2 (dois) anos anteriores à celebração do contrato, quando o serviço era prestado diretamente, aspecto que não foi levado em consideração para os estudos de viabilidade econômico-financeira³²³. Outrossim, houve problemas de repartição de riscos: operador privado e poder local não foram capazes de avaliar, de forma amigável, quem deveria suportar, e em qual grau, os riscos específicos da operação³²⁴. A consequência de tamanho desencontro entre operador privado e o poder local foi o natural encerramento do contrato, com a reestatização do serviço.

-
- 321 **Remunicipalisation of Water Utilities:** a Desk Review of Selected Case Studies. Disponível em: <https://www.water.org.uk/wp-content/uploads/2019/10/Re-municipalisation-case-study-review25.07.19_FINAL.pdf>. Acesso em 25 de junho de 2021.
- 322 “Critics fail to note that the water system United inherited in 1999 was in much greater disrepair than the city had disclosed. For example, in its contract with United, the city estimated that 1,171 water meters per year would require repairs. By contrast, in the first year of the contract, 11,108 meters broke. United repaired more than 36,000 meters between 1999 and 2002, 889 percent more meters than the city included in the contract. Further, a performance review of United, undertaken at the request of the city, resulted in scores averaging 97 out of 100, another fact that critics ignore.” TRUTH FROM THE TAP. **The Truth About Private Water in Atlanta, GA.** Disponível em: <http://truthfromthetap.com/wp-content/uploads/2015/04/TruthFromTheTap_CaseStudy_ATLANTA_040215.pdf>. Acesso em 21 de junho de 2021.
- 323 “The principal factor contributing to the disparity between the projected and actual savings was, the fact that the city had begun to lower its operating costs for water services during the two years preceding the start of the contract, yet these lower operating costs had not been factored into the calculation of projected savings from private management of the water system”. **Remunicipalisation of Water Utilities:** a Desk Review of Selected Case Studies. Disponível em: <https://www.water.org.uk/wp-content/uploads/2019/10/Re-municipalisation-case-study-review25.07.19_FINAL.pdf>. Acesso em 25 de junho de 2021.
- 324 **Remunicipalisation of Water Utilities:** a Desk Review of Selected Case Studies. Disponível em: <https://www.water.org.uk/wp-content/uploads/2019/10/Re-municipalisation-case-study-review25.07.19_FINAL.pdf>. Acesso em 25 de junho de 2021.

Ainda assim, o processo de remunicipalização subsequente aumentou os índices de perdas de água³²⁵ e as tarifas praticadas³²⁶, sendo apontada como a mais cara do país³²⁷. Um estudo recente concluiu que não era razoável operar os sistemas com os custos previstos no contrato de concessão, o que levou ao sacrifício de grande parte das metas, apontando para a essencialidade de um desenho realista da licitação³²⁸. Em outras palavras, houve um erro evidente na modelagem, responsabilizando-se o parceiro privado pelas dificuldades de uma operação que estava construída a partir de premissas e números equivocados. Em realidade, o que ficou claro bem mais tarde, quando o Estado assume a operação, vivenciado essa experiência na prática, tornou-se possível mensurar os custos reais da operação.

Segundo conclusão de Gesner Oliveira:

[...] Esta concessão demonstra a importância do desenho realista na licitação de concessões de

-
- 325 “A city audit found that the city loses as much as 30% of the water produced. Water losses had increased 17% from 6.9 billion gallons in 2013 to 8.1 billion gallons in 2015. The Department of Watershed Management’s consultant recommended an active leak detection strategy in 2014. However, as of 2017, the department had yet to implement the recommendation”. **Remunicipalisation of Water Utilities: a Desk Review of Selected Case Studies**. Disponível em: <https://www.water.org.uk/wp-content/uploads/2019/10/Re-municipalisation-case-study-review25.07.19_FINAL.pdf>. Acesso em 25 de junho de 2021.
- 326 “FWW and other critics ignore the fact that water rates have increased significantly under city control. In 2001, under United’s management, a household using 15,000 gallons of water per month was charged \$177.22 for water and sewer. Now in Atlanta, that same household is charged \$412.92, greatly outpacing the rate of inflation. Between 2001 and 2012, Atlanta’s rates increased 233 percent, the largest rate spike of any city in the U.S.6 As of 2011, Atlanta had the highest water rates in the United States”. TRUTH FROM THE TAP. **The Truth About Private Water in Atlanta, GA**. Disponível em: <http://truthfromthetap.com/wp-content/uploads/2015/04/TruthFromTheTap_CaseStudy_ATLANTA_040215.pdf>. Acesso em 21 de junho de 2021
- 327 “Now back under public control, Atlanta’s water system has been plagued with problems, from skyrocketing water rates to faulty meters and erratic billings. As of 2011, Atlanta had the highest water rates of any major U.S. city, and inconsistent and incorrect billings have even led to a class-action lawsuit against the city”. TRUTH FROM THE TAP. **The Truth About Private Water in Atlanta, GA**. Disponível em: <http://truthfromthetap.com/wp-content/uploads/2015/04/TruthFromTheTap_CaseStudy_ATLANTA_040215.pdf>. Acesso em 21 de junho de 2021
- 328 OLIVEIRA, Gesner *et al.* **Estudo Técnico: Remunicipalização dos Serviços de Saneamento Básico**. São Paulo: GO Associados, 2018, p. 12.

saneamento, tanto do ponto de vista do poder concedente quanto do operador privado. O foco unicamente na redução de gastos pode comprometer outras metas operacionais relevantes, levando ao fracasso do contrato.³²⁹

Nessa medida, da mesma forma das razões analisadas no caso de Paris e de Buenos Aires, Atlanta não se mostra um evidente caso de reestatização por deficiência do modelo de gestão privada dos serviços de saneamento, como precipitadamente pode-se entender. Conforme analisado, a retomada da gestão pelo município foi ocasionada, especificamente, por um erro de cálculo em momento pré-contratual, fazendo com que a operação, sendo ela privada ou pública, não alcançasse as metas estabelecidas. Estando os valores de referência dos serviços equivocados desde a origem, não havia a possibilidade da gestão eficiente pela companhia privada, o que foi revelado concretamente, logo depois, com a assunção dos serviços pela gestão pública.

Em resumo, é preciso ter em mente as principais causas da remunicipalização por insucesso nas concessões em experiências internacionais, até mesmo para projetar-se o modelo mais aderente ao contexto do Brasil:

(i) Política de preços não factível. De acordo com o estudo, instaurar “tarifas abaixo do custo de operação é uma prática populista que onera o orçamento público, como ocorreu no caso de Buenos Aires, ou reduz a capacidade de investimento, como no caso de Paris”.³³⁰

(ii) Desenho contratual insuficiente, com falta de informação sobre ativos e licitações com metas irrealistas e insustentáveis.

329 OLIVEIRA, Gesner et al. **Estudo Técnico:** Remunicipalização dos Serviços de Saneamento Básico. São Paulo: GO Associados, 2018, p. 21. Disponível em <<https://goassociados.com.br/wp-content/uploads/2018/11/Parecer-remunicipaliza%C3%A7%C3%A3o-saneamento.pdf>>. Acesso em 29 mar. 2021.

330 OLIVEIRA, Gesner et al. **Estudo Técnico:** Remunicipalização dos Serviços de Saneamento Básico. São Paulo: GO Associados, 2018, p. 21. Disponível em <<https://goassociados.com.br/wp-content/uploads/2018/11/Parecer-remunicipaliza%C3%A7%C3%A3o-saneamento.pdf>>. Acesso em 29 mar. 2021.

(iii) Problemas de regulação: falta de independência e assimetria de informação.

(iv) Falta de transparência e carência de regulação adequada.

Essas são importantes lições a levar em conta quando da elaboração dos instrumentos que tendem a seguir à recente aprovação do Novo Marco do Saneamento Básico pelo Congresso Nacional em nosso país. Para ilustrar a relevância dessas considerações, tomemos a prescrição do Novo Marco de que os contratos definam metas rígidas de universalização, impondo o prazo final de 31 de dezembro de 2033. Isso pode representar um problema ao desenho contratual, na medida em que impede a flexibilização dos contratos para reestabelecer o equilíbrio econômico-financeiro.

Conforme vimos, um desenho contratual realista, com metas factíveis, é essencial ao sucesso da abertura para o capital privado. Exige, por sua vez, uma moldura contratual dinâmica para dar conta das incertezas relativas à celebração do contrato, especialmente devido às dificuldades informacionais. Para o caso brasileiro, concluímos, então, que embora a intenção de impor uma meta rígida para a universalização seja bem-intencionada, talvez se prove necessário muito brevemente a revisão dessas metas, admitindo-se a incapacidade de concretizá-las em prazo tão ambicioso, migrando os parâmetros do campo legal para o infralegal, a fim de conseguir maior flexibilidade para possíveis adaptações que surgirão ao longo do caminho.

Dada a precariedade do atual sistema de prestação de contas, há um deficit informacional bastante grande, produzindo assimetrias geradoras de insegurança aos diferentes grupos de interesse que analisam as potencialidades desse novo mercado. O deficit é causa frequente de desequilíbrio contratual nos vínculos atuais e deve produzir o mesmo efeito para pactuações futuras. Assim, caso não se cogite um espaço maior para flexibilizar as metas, hoje fixadas em lei, as consequências se agravarão, seja o aumento drástico das tarifas para reconstruir o ponto de equilíbrio dos contratos ou até mesmo, no limite, a inviabilidade econômica da prestadora de serviços.

Ademais, um desenho contratual sensato é imprescindível para o sucesso da abertura ao capital privado — uma moldura contratual dinâmica para dar conta das incertezas no momento de celebração do contrato, especialmente no que diz respeito às dificuldades informacionais, o que pode ficar muito evidente na transição de contratos

de programa para contratos de concessão comum. A modelagem de PPPs ou de concessão comum, se baseada em números imprecisos ou equivocados, pode implicar desarranjos sérios entre expectativa e realidade, contaminando desde o início a relação de concedente, regulador, fiscalizador e operador.

Entre as fragilidades a serem levadas em consideração nos processos de abertura do mercado para o capital privado estão o planejamento, a regulação e a fiscalização da operação dos serviços pelos entes privados. No cenário pós-pandemia, quando se trabalhará por uma retomada rápida da economia, os títulos verdes podem beneficiar diretamente os projetos iniciados nesse contexto.

Com certeza, as agências multilaterais vão avaliar o risco cambial do Brasil e do mundo, fazendo financiamentos na moeda local se confiarem na manutenção de um ambiente de controle da inflação. No entanto, tradicionalmente, nunca representaram fonte significativa de captação de recursos para o setor. Ao mesmo tempo, é provável que os bancos públicos não tenham a mesma relevância de períodos anteriores (PLANSAB, 2013), o que confirma a convicção de que é preciso concentrar esforços na atração de investimentos privados. Na verdade, o mercado de capitais e, mais especificamente, as debêntures de infraestrutura podem ancorar parte dessa captação, assim como os bancos privados, desde que exista confiança suficiente nos projetos desenvolvidos pelo setor.

De modo a avaliar a alocação de riscos, é decisivo identificar os parâmetros utilizados para syndicar a capacidade econômico-financeira dos operadores, considerando que os seus balanços, no início de obra em contratos simultâneos, poderão sinalizar uma relativa fragilidade para os credores, diante de riscos políticos e jurídicos de projetos. Por outro lado, ao passo que os contratos demonstrarem boa performance, atingindo suas metas, sendo bem administrados os necessários aditivos e provando-se raros os atrasos nos repasses, o setor alcançará outro patamar.

Os cenários delineados em um relatório de análise de riscos são sempre dinâmicos, ou seja, quando segurança e previsibilidade consolidam-se como pressupostos dessa relação público-privada, multiplica-se o universo de interessados em participar dos processos. O serviço público de saneamento, com maior ou menor presença do capital privado, é vital para a sociedade brasileira, em particular às periferias das grandes capitais e às áreas mais distantes e

degradadas do país. Isso comprova a existência de uma contribuição importante dada à sociedade em um ambiente de negócios que se mostrou resiliente durante a pandemia.

Assim, não há dúvida, as oportunidades de investimento existem, mas o retorno sempre será a longo prazo. E, como já dito, o saneamento será um setor estratégico na retomada do crescimento, pela sua capilaridade, pelo uso extensivo de mão de obra local e pelas externalidades positivas na área da saúde e do meio ambiente.

Há uma série de requisitos técnicos para a implantação justa e eficiente de um processo de desestatização em determinado setor de prestação de serviço público. Deve-se começar por um marco regulatório consolidado, um esquema de normas razoavelmente coerente entre todos os níveis hierárquicos. É preciso ter a lei, com orientações gerais e específicas, as diretrizes e, idealmente, o detalhamento do modelo escolhido, sem implicar um engessamento que impeça naturais correções de rumo decorrentes da experiência prática da gestão.

Em segundo lugar, não é tarefa simples harmonizar o interesse público e o interesse privado – o atendimento das demandas da população e a eficiência econômica do empreendimento.

Estabelecido o marco regulatório, os modelos consolidados de exploração privada do serviço de saneamento, seja o inglês ou o francês, recomendam a criação de uma entidade reguladora, nacional ou dividida em unidades regionais. O marco regulatório especifica o conjunto de exigências transferidas à concessionária, ficando o processo de fiscalização, em tese, para a entidade reguladora, conforme observado na experiência francesa.

A dimensão real do papel dessa entidade e os riscos permanentes de captura podem ser antecipados pela compreensão do modelo inglês, que lhe atribui papel bastante relevante. Considera-se a experiência inglesa a principal referência para a conformação de uma metodologia de prestação do serviço na Argentina.³³¹ Quando

331 BONOFILIO, Nicolás; NAHÓN, Carolina. **La experiencia subnacional de servicios públicos en Argentina**: los casos de distribución de energía eléctrica y agua y saneamiento. In: XII Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, Sto. Domingo, Rep. Dominicana, 2007, p. 10.

essas etapas não estão devidamente concatenadas, ou nem sequer são satisfeitas, instala-se um ambiente de crise e fragilidade, justamente o que aconteceu na Argentina.³³²

Em qualquer contexto, a ausência de um marco legal e infralegal consistente e uma entidade reguladora autônoma e tecnicamente qualificada, em ambientes convulsionados no aspecto político e/ou econômico, pode desacreditar uma nova dinâmica de operação dessa modalidade de serviço público. Logo, e isso foi fundamental, na comparação com as primeiras experiências de desestatização do setor no Brasil, no final do século XX (anos 90), já se identifica um amadurecimento institucional – superando a experiência argentina -, que começou pela Lei n. 11.445/2007, o PLANSAB (e suas atualizações) e agora, mais recentemente, todas as mudanças impostas pela Lei n. 14.026/2020.

332 BONOFIGLIO, Nicolás; NAHÓN, Carolina. **La experiencia subnacional de servicios públicos en Argentina**: los casos de distribución de energía eléctrica y agua y saneamiento. In: XII Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, Sto. Domingo, Rep. Dominicana, 2007, p. 8. Os autores mostram e criticam o fato de que, em grande parte das privatizações do setor elétrico e de saneamento, o ente regulador foi criado simultaneamente ou ainda posteriormente à privatização.



PARTE II

**SANEAMENTO
BÁSICO E
DIREITO NO
BRASIL**



Capítulo III

Panorama Histórico do Direito Administrativo do Saneamento Básico do Brasil

1. Primeiros Passos de uma Política Nacional de Saneamento Básico

Para uma compreensão apurada do processo de formação do Direito Administrativo do saneamento básico no Brasil, é primordial o resgate de sua história. Anteriormente à formação de cidades, no projeto colonialista português, não se falava em uma política de saneamento. É só a partir da fundação de cidades e da instituição do Governo Geral em 1548 que o acesso à água potável³³³ e ao serviço de esgotamento sanitário aparecem como questões documentadas. Mesmo assim, durante todo o período em que a capital permaneceu na Bahia, em Salvador, ou mesmo nas primeiras épocas do Rio de Janeiro, os registros não permitem identificar avanços sólidos nesses serviços.³³⁴ Em observações feitas à época, nas cartas trocadas por europeus em passagem pelo Brasil, constatava-se que:

333 SOUZA, Laura de Mello. (org.). **História da Vida Privada no Brasil**: cotidiano e vida privada na América Portuguesa. São Paulo: Companhia das Letras, 1997, p. 103.

334 REZENDE, Sonaly Cristina; HELLER, Léo. **O Saneamento no Brasil**: políticas e interfaces. 2. ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2008, p. 103-104. “[...] até meados do século XVIII o Estado Brasileiro era praticamente ausente nas ações relacionadas à saúde e ao saneamento, visto que à metrópole só interessava garantir a exploração colonial. [...] A maior conquista no nível das coletividades foi representada pelo fornecimento de água à população por chafarizes, poços, cisternas e aquedutos, a partir do século XVIII, mesmo a demanda não sendo satisfatoriamente atendida. As pessoas de posses tinham água levada em potes para as casas, carregados por escravos ou transportados em lombos de animais. A população carente, todavia, pouco se beneficiara, tendo que buscar água cada vez mais longe, à medida que as cidades iam crescendo e seus mananciais sendo poluídos. A construção, manutenção e administração dos chafarizes eram realizadas pelas câmaras municipais tuteladas pelos intendentess municipais.” Destacam os autores que os primeiros →



Nos anos de 1800, as casas do Rio, construídas em terrenos úmidos, não têm fossas. Todos os detritos domésticos são atirados de qualquer maneira em barris que à noite os escravos despejam no mar. Dá para adivinhar a natureza das emanções que exalam esses barris durante o dia, em meio aos terríveis calores que reinam no lugar. Por volta das seis da tarde, uma interminável procissão desemboca de todas as ruas e dirige-se para a praia de D. Manoel. É o Rio de Janeiro, começando o seu tratamento de limpeza. Os negros carregando o barril são como o símbolo da cidade.³³⁵

Ressalta-se que, no século XIX, nem sequer França ou Portugal haviam ultrapassado o padrão medieval nesse aspecto, tanto nos equipamentos privados quanto públicos. Porém, ainda no período de D. João VI são implantados os primeiros projetos sanitaristas no Brasil, mesmo que de repercussão muito localizada.³³⁶ Com D. Pedro II, o Rio de Janeiro ganha arborização (1851), calçamento (1853), redes de esgoto (1862) e abastecimento domiciliar de água

→ chafarizes foram construídos no Rio de Janeiro (1723), em Ouro Preto (1720), São Paulo (1744) e Porto Alegre (1779).

- 335 BUENO, Eduardo. **Passado a Limpo** — História da Higiene Pessoal no Brasil. São Paulo: Gabarito de Marketing Editorial, 2007, p. 38-39. Segundo o autor, conforme registrado nos testemunhos daquele período, “[...] no interior das casas do Rio acha-se uma tina destinada a receber todas as imundícies e refugos, que, em alguns casos, é levada e esvaziada diariamente, noutros somente uma vez por semana. Se acontece desabar um súbito aguaceiro, logo surgem das portas esses barris, e despeja-se-lhes o conteúdo em plena rua, deixando-se que a enxurrada o leve. Nas casas em que não se usa desses barris, toda espécie de detrito é atirada no pátio, formando a montoeira mais repugnante de que é possível uma imaginação limpa fazer ideia. [...] As praias, os terrenos baldios e os becos apresentam camadas espessas de abominações sempre frescas”. No século XIX, a Holanda e a Alemanha já tinham preocupações nesse sentido, mas Portugal e França preservavam um padrão insuficiente de limpeza. D. João VI foi o primeiro que tentou aperfeiçoar o abastecimento de água da cidade.
- 336 REZENDE, Sonaly Cristina; HELLER, Léo. **O Saneamento no Brasil**: políticas e interfaces. 2. ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2008, p. 105. Confirmam os autores: “[...] a primeira forma de autoridade sanitária no Brasil foi criada por Dom João VI em 1808 que, após algumas modificações, passou a corresponder ao cargo de Diretor-Geral de Saúde Pública. [...] No ano de 1849 foram criadas a Comissão Central de Saúde Pública, a Comissão Central de Engenharia e, em 1850, a Junta de Higiene Pública”.

(1864), muito embora não existissem banheiros dentro das residências, “[...] assim, a elite brasileira continuava urinando e defecando em baldes, penicos e caixas — cujo conteúdo era levado para o mar ou jogado nas ruas pelos escravos. [...] O Império tinha enriquecido, mas não era nada limpo”.³³⁷

Nos Estados Unidos, a partir de 1910, com a expansão da rede de distribuição de água e esgotos e o surgimento dos banheiros modernos, essa ação torna-se uma prioridade pública e privada, além de uma tendência mundial, alcançando o Brasil, mais profundamente, depois da Segunda Guerra.³³⁸ Veja que no início do século XX o Brasil ainda não tinha definido uma política efetiva voltada ao desenvolvimento,³³⁹ e alguns municípios, inclusive, haviam optado pela desestatização³⁴⁰ para viabilizar a expansão de tais serviços.³⁴¹

Foram as grandes epidemias do início do século XX, diretamente ligadas ao processo de urbanização e industrialização, que apontaram para a compreensão do saneamento como questão coletiva a ser abordada pelo Estado. A transmissibilidade das doenças exigia, mais que qualquer outra coisa, a formulação de políticas unificadas. O período de 1910 a 1920 foi crucial, ao promover a

337 BUENO, Eduardo. **Passado a Limpo** — História da Higiene Pessoal no Brasil. São Paulo: Gabarito de Marketing Editorial, 2007, p. 46.

338 Ibidem, p. 61.

339 REZENDE, Sonaly Cristina; HELLER, Léo. *Op. cit.*, p. 127. “[...] a constituição dos sistemas coletivos de água e esgotos no Brasil teve a marca da concessão dos serviços pelas províncias às companhias privadas. O quadro epidemiológico enfrentado pela maioria das cidades brasileiras representava uma ameaça ao desenvolvimento da indústria e do comércio, já em andamento, principalmente na região sudeste, e o saneamento já era visualizado como intrinsecamente associado à viabilização das relações de produção. [...] a implementação das ações de saneamento era vista como essencial instrumento para a prevenção das doenças.”

340 Ibidem, p. 120-121.

341 Ibidem, p. 127-128. A primeira cidade do Brasil a possuir um sistema de coleta de esgotos foi o Rio de Janeiro, e a “[...] segunda cidade a contar com o sistema de esgotamento sanitário foi Recife, a partir de 1873. A concessionária dos serviços era a companhia inglesa Recife Drainage Company. [...] Essa concessão durou até 1908, tendo sido motivo de grande insatisfação por parte da população recifense, em função da reduzida área atendida pelo serviço. [...] Em Porto Alegre, o contrato de concessão do sistema de abastecimento de água pelo Governo da Província do Rio Grande do Sul à Companhia Hydraulica Porto-Alegrense, de capital inglês, foi selado em 1861”. Importante destacar, as concessionárias somente atendiam uma pequena parte das cidades, e em São Paulo, o Estado assumiu o sistema a partir de 1892.

conexão entre os planos sanitaristas e o grande problema da saúde pública que se impunha.³⁴² Ao mesmo tempo, a autonomia dos entes federativos adotada pela Constituição de 1891 pulverizava esse tipo de política, apesar de prever estatização dos serviços de saneamento. A situação impossibilitava a formação de projetos nacionais baseados na solidariedade e na cooperação, o que indica realmente que o setor começou funcionando de maneira fragmentada.

O Ministério da Saúde só viria a ser criado em 1930, e, pouco tempo depois, em 1940, o Departamento Nacional de Obras e Saneamento (DNOS), justamente no período em que se discutem as condições e o interesse da iniciativa privada em permanecer titular das concessões dessa modalidade de serviço público. A responsabilidade pelo serviço é transferida para os municípios que, mais tarde, obterão o apoio da União, e, residualmente, dos estados, para a universalização e melhoria das estruturas existentes.

Em 1942 surgem as primeiras estruturas administrativas concebidas para construir e executar políticas para o setor de saneamento: o Serviço Especial de Saúde Pública (SESP), para a Região Amazônica, Vale do Rio São Francisco e do Rio Doce.³⁴³ Logo depois, o Serviço Autônomo de Água e Esgoto (SAAE) na Região Nordeste e na Região Sul.

Simplificadamente, portanto, pelo menos até o ano de 1970, os serviços permaneciam uma responsabilidade dos municípios, segundo o arranjo herdado do período colonial — o que até explica a redação final da Constituição Federal de 1988, que relaciona de maneira pouco clara os assuntos de interesse local com o saneamento básico.³⁴⁴ A experiência mais comum no Brasil envolvia autarquias municipais, diretamente responsáveis pelas ações de saneamento no seu âmbito, embora os estados, nos anos 1960, já

342 CARVALHO, Vinícius Marques de. **O Direito do Saneamento Básico**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 104.

343 A criação da SESP decorreu do convênio firmado entre o governo brasileiro e o governo norte-americano, no Rio de Janeiro, em 1942, durante a terceira Reunião de Consulta aos Ministérios das Relações Exteriores das Repúblicas Americanas, convocada pelo Chile, durante a Segunda Guerra Mundial. Ata da reunião disponível em: <http://www.oas.org/council/pr/RC/atas.asp>. Acesso em: 6 nov. 2020.

344 REZENDE, Sonaly Cristina; HELLER, Léo. **O Saneamento no Brasil**: políticas e interfaces. 2. ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2008, p. 127.

estivessem instituindo as primeiras companhias estaduais que, mais tarde, teriam atuação destacada no setor. A tradição brasileira foi concebida dentro da perspectiva de que os municípios, pelo interesse predominante e local, tinham a responsabilidade de desenvolver essa política pública nos seus limites territoriais.

Após o advento da Lei n. 11.445/2007, a perspectiva dos municípios compartilharem essas responsabilidades com outras pessoas jurídicas, de direito público ou de direito privado, foi ficando mais evidente. Por fim, a possibilidade da União, e, complementarmente, do estado, de assumir a coordenação técnica do setor, a partir do novo papel atribuído à Agência Nacional das Águas (ANA), é um dado de novidade importante dentro das perspectivas traçadas pelo Novo Marco Legal do Saneamento, a partir da Lei n. 14.026/2020. Em realidade, a legislação organizou, aos poucos, também motivada pelas decisões judiciais do STF, essa complexa teia de competências legislativas e administrativas, divididas entre os diversos entes da federação.

2. O Plano Nacional de Saneamento (PLANASA)

No final dos anos 1960, o cenário internacional de investimentos passou a sinalizar estímulos para a centralização dos sistemas de saneamento, precipitando o surgimento do Plano Nacional de Saneamento (PLANASA).³⁴⁵ Em 1968 é instituído o Sistema Financeiro de Saneamento (SFS), administrado pelo Banco Nacional da Habitação (BNH), a base do PLANASA, que começou a funcionar de forma efetiva a partir de 1971. Trata-se, a rigor, da primeira política nacional de saneamento desenvolvida no Brasil, fortalecendo a União, e, principalmente, os estados, a partir do controle dos investimentos e das operações em detrimento da autonomia dos municípios³⁴⁶. A titularidade do serviço permanecia dos municípios, mas, na prática, foi montado um sistema que privilegiava o protagonismo da União

345 Ibidem, p. 210.

346 GALVÃO JUNIOR, Alceu de Castro *et al.* Análise de Contratos de Concessão para a Prestação de Serviços de Água e Esgoto no Brasil. **Revista de Engenharia Sanitária e Ambiental**, v. 11, n. 4, out./dez. 2006, p. 353-354.

e dos estados na condução da política pública, criando-se um equilíbrio entre centralismo e regionalização. A União tutelava as políticas de financiamento do setor, mas cabia aos estados a operação do sistema a partir da criação das companhias estaduais.

Durante o regime militar, desenha-se e executa-se um projeto de expansão em termos de investimento em estrutura, com centralização de planejamento e regionalização da operação, sem afastar a competência municipal. O Decreto-Lei n. 949/1969, que instituiu o PLANASA,³⁴⁷ permitiu a avocação pelo governo federal da responsabilidade de estipular as diretrizes, além de comprometer-se com uma política de investimentos para o setor³⁴⁸ em específico, pelo financiamento de companhias estaduais.

As vinte e sete companhias estaduais criadas progressivamente assumiriam, nos seus territórios, a operação do sistema, da captação à distribuição. A eficiência econômica para a operação se daria a partir da adoção de mecanismos de compensação entre as localidades, ainda que de forma pouco sistemática — o denominado “subsídio cruzado”.³⁴⁹ Inegavelmente, com externalidades positivas e negativas, consolidou-se um modelo, uma política pública de orientação nacional, mas com participação massiva dos subnacionais,

347 CUNHA, Alexandre dos Santos *et al.* Poder Concedente e Marco Regulatório no Saneamento Básico. **Cadernos Direito GV**, v. 2, São Paulo, mar. 2006, p. 16. “[...] o Plano Nacional de Saneamento — PLANASA conferia ao governo federal atribuições de financiamento, política tarifária e definição de diretrizes, e aos governos estaduais, por intermédio de companhias estaduais, a expansão e a execução dos serviços de água e esgoto. O PLANASA incorporava, dessa forma, dois níveis de delegação: primeiro, entre os municípios e as companhias estaduais para prestação dos serviços; segundo, entre estados e governo federal, para planejamento e financiamento do setor. Durante a vigência do Plano, foram investidos mais de 9 bilhões de dólares na expansão da infraestrutura e prestação de serviços. Entre 1970 e 1985, a cobertura dos serviços de água e esgoto aumentou, respectivamente, de 54,4% e 22,3% em 1970 para 87% e 43% em 1985.”

348 TRINDADE, Karla Bertocco. A Construção de um Novo Modelo Institucional para o Saneamento no Estado de São Paulo. In: MOTA, Carolina. (coord.). **Saneamento Básico no Brasil: aspectos jurídicos da Lei Federal n. 11.445/2007**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 290.

349 Em algumas localidades, em razão da baixa densidade populacional, ou da própria topografia da cidade, a prestação do serviço mostrava-se muito onerosa, sendo impossível recuperar os investimentos feitos apenas com as contribuições daqueles usuários. Assim, era preciso exigir pagamentos maiores dos usuários de municípios com resultado positivo na operação, o que permite a utilização do denominado subsídio cruzado, a metodologia que até hoje sustenta a equação econômico-financeira da operação.

mais os estados, menos os municípios. Uma decisão de política de governo, que, em grande medida, mostrou-se adequada para o momento. A maior prova disso é a longevidade do modelo e a sua resiliência, mesmo com a sucessão constante de hegemonias políticas no contexto nacional, o que contempla a transição de um Regime Autoritário (1964-1988) para um Estado Democrático de Direito (1988 até os dias atuais).

Como antes referido, a União dirigiria superficialmente o projeto, que passa a ser assumido paulatinamente pelos estados por meio de suas estruturas privadas, pessoas jurídicas de direito privado, as empresas estatais. Essa estruturação sobrevive hoje, visto que na maioria dos municípios o serviço de acesso à água potável e ao esgotamento sanitário é atribuído às companhias estaduais, mesmo que existam exemplos de descentralização para autarquias do próprio município, ou, mediante licitação, para entidades privadas. Tal alternativa vem se expandindo nos últimos anos — o caso da licitação na Região Metropolitana de Alagoas (BRK Ambiental, setembro de 2020), do Rio Grande do Sul (AEGEA, novembro de 2019) e dos municípios de Cariacica e Viana, no Espírito Santo (AEGEA, outubro de 2020).

Os estados, a partir do Plano Nacional de Saneamento (PLANASA), ficaram encarregados de criar companhias públicas, entidades integradas às suas administrações indiretas, com o formato de pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos — dessa categorização decorria um regime jurídico híbrido, hoje regulado pela Lei n. 13.303/2016. As entidades deveriam trabalhar pela expansão das redes de acesso à água potável e ao esgotamento sanitário – o foco desse projeto era na realização de obras -, além da disponibilização do serviço aos usuários mediante a cobrança de tarifas que não necessariamente correspondiam ao custo real do serviço. Havia essa convicção de que em muitas cidades o empreendimento não seria sustentado apenas com tarifas pagas pelos usuários locais, tornando imprescindível a alocação de recursos públicos ou o desenvolvimento de um ponto de equilíbrio mediante compensações cruzadas entre os municípios operados — o chamado “subsídio cruzado”. Como dito outras vezes, não era um modelo que contava com a construção de uma política tarifária sustentada no estresse de uma disputa entre interessados na prestação do serviço, o que se revelou um

fato gerador de ineficiência, pelo menos para um conjunto importante de sistemas.

Naquele momento histórico, obviamente, colocou-se um conflito em relação à titularidade do serviço, pois o PLANASA compreendia uma aproximação da União com os estados, a despeito de depender da concordância dos municípios em delegar às companhias estaduais a operação do sistema. Diga-se de passagem, uma concordância incentivada (o uso dos *spending powers*), pois condicionava o acesso aos recursos federais à aderência à sistemática proposta. Sem dúvida, esse mesmo raciocínio assemelha-se ao método utilizado pelo Novo Marco Legal do Saneamento, a Lei n. 14.026/2020, para estimular a formação de unidades regionais (pela iniciativa dos estados) e/ou blocos de referência (atribuição residual da União). Em outras palavras, a lógica permanece a mesma, visto que, para contar com algum nível de financiamento público federal, nessa nova ordem, as localidades precisam estar submetidas às agências reguladoras que incorporarem as boas práticas catalogadas pela ANA, sendo algumas delas reveladas por meio de uma ação normativa apresentada no formato de normas de referência nacional.

A titularidade do serviço, no início do PLANASA, estava garantida aos municípios, mas ficou claro que o caminho mais viável seria assimilar a entrada simultânea da União e dos estados nesse processo, diante do fato de que a adesão ao novo formato era também uma condição para o aporte de recursos do BNH para o sistema. Por isso, nota-se a existência de uma tradição, de uma experiência anterior, retomada como estratégia pelo Novo Marco Legal do Saneamento (2020). De modo a aumentar o protagonismo do governo federal na condução dessa política pública – na lógica de organizar melhor o sistema –, discriminam-se novas competências para a ANA, agora intitulada “Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico”, cuja relevância e efetividade dependerão da internalização e propagação dessas normas de referência pelos reguladores subnacionais.

A dinâmica implantada no PLANASA em 1971, uma espécie de transição forçada, com sucessão contratual de titularidade na operação, decorreu também das dificuldades vivenciadas na maioria

dos municípios³⁵⁰ para responder por demandas de investimentos indispensáveis à universalização do serviço. O plano objetivava alcançar 80% da população urbana, viabilizando o acesso à água potável de qualidade e quantidade suficientes, e, pelo menos, 50% em relação aos serviços de esgotamento sanitário. Aqui, começa-se a discutir com maior clareza a necessidade de metas objetivas e urgentes para o setor, diante da precariedade das estruturas existentes. Era uma política pública essencial que continuava negligenciada, mesmo nas grandes cidades, muito embora a situação mais grave estivesse nas zonas rurais e áreas de periferia. No PLANASA, havia um foco muito maior na construção, não propriamente na operação, e como consequência, na fixação (e fiscalização) de metas de desempenho. O sistema era autorregulado e o desenho tarifário não era voltado para a eficiência. Nesse contexto, privilegiou-se os investimentos na cobertura de água, negligenciando-se o serviço de esgoto. Fez-se muito mais nas áreas urbanas, ficando para trás a zona rural.

Dessa forma, em muitos estados brasileiros, uma parte importante do território não está protegida pelos contratos de programa. Em outras palavras, o contrato de programa – regra geral – somente abrange o centro urbano e áreas contíguas, enquanto boa parte da zona rural dos municípios não tem cobertura contratual. Para mudar essa realidade, no aditamento obrigatório dos contratos de programa, pode-se cogitar a ampliação de escopo, de área de abrangência do contrato, nos limites territoriais daquela cidade, muito embora, é importante que se diga, isso poderá representar algum nível de impacto no valor final da tarifa. É algo a se considerar na experiência prática dos aditamentos, sabendo-se que é diretriz obrigatória proteger o equilíbrio econômico-financeiro das operações.

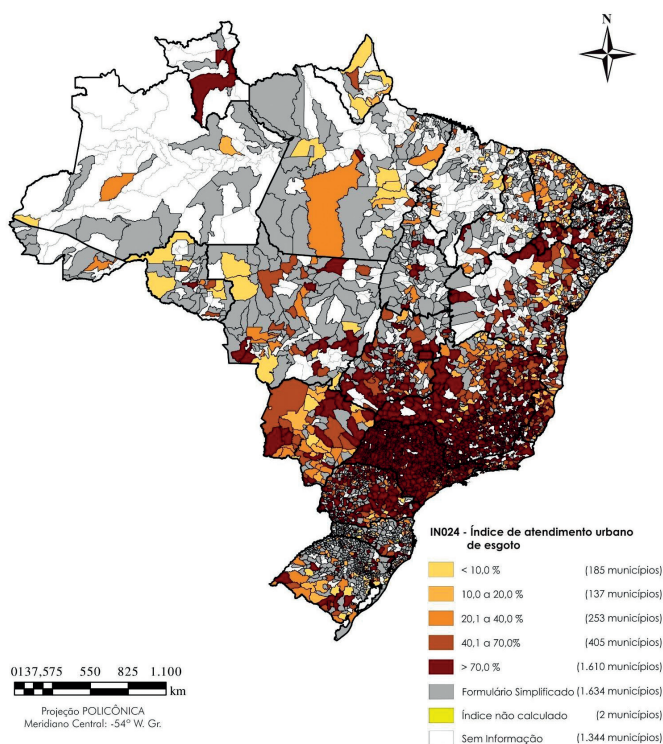
O fato é que, no PLANASA, com o passar do tempo, extrapolou-se a meta estabelecida para a água, mas houve falta de foco

350 DANTAS, Camila Pezzino Balaniuc. A questão da competência para a prestação do serviço público de saneamento básico no Brasil. In: PICIN, Juliana; FORTINI, Cristiana. (orgs.). **Saneamento Básico**: estudos e pareceres à luz da Lei n. 11.445/2007. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009, p. 30.

(e recurso) na questão da coleta e do tratamento de esgoto, o que consolidou um deficit grave que persiste até a atualidade.³⁵¹

Confira-se o mapa do índice de atendimento urbano por rede coletora de esgoto (IN024 do SNIS), divulgado pelo Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento:

Mapa do índice de atendimento urbano por rede coletora de esgotos (IN024) dos municípios com prestadores de serviços participantes do SNIS em 2019, distribuído por faixas percentuais, segundo município



Fonte: Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento – SNIS (2019).³⁵²

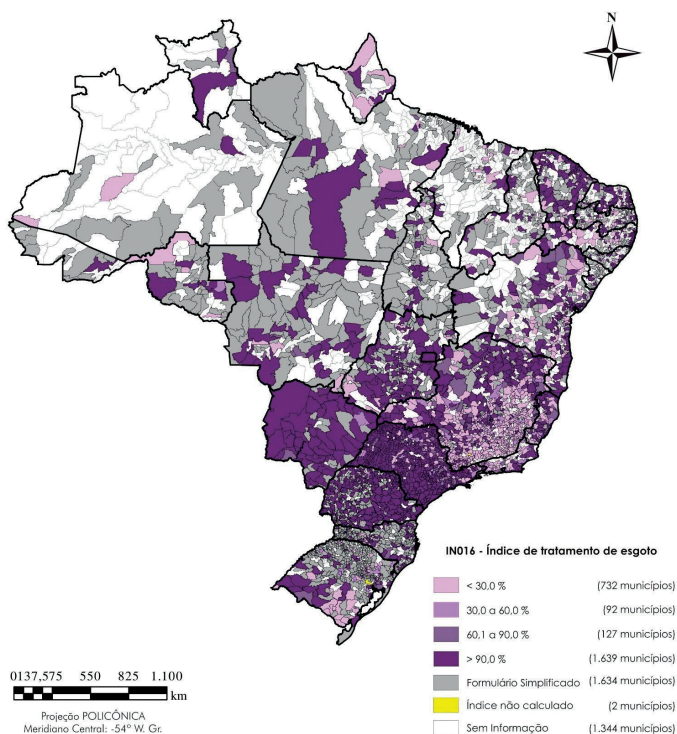
351 Segundo dados do Sistema Nacional de Informação sobre Saneamento — SNIS. **Diagnóstico dos Serviços de Água e Esgoto**, 2019. Disponível em: <<http://www.snis.gov.br/diagnosticos>>. Acesso em: 6 fev 2021.

352 Sistema Nacional de Informação sobre Saneamento — SNIS. **Diagnóstico dos Serviços de Água e Esgoto**, 2019. Disponível em: <<http://www.snis.gov.br/diagnosticos>>. Acesso em: 6 fev 2021.



Abaixo, veja-se o mapa do índice de tratamento de esgoto coletado (IN016 do SNIS) dos municípios com prestadores de serviços integrados ao Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento:

Mapa do índice de tratamento de esgoto coletado (IN016) dos municípios com prestadores de serviços participantes do SNIS em 2019, distribuído por faixas percentuais, segundo município



Fonte: Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento – SNIS (2019).³⁵³

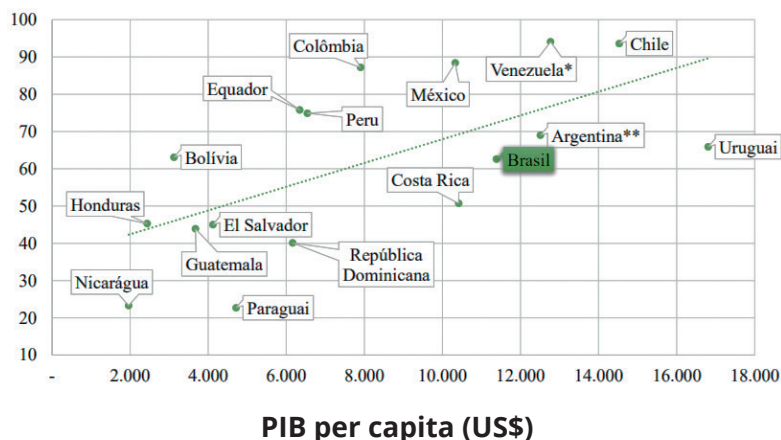
Conforme Relatório 2019 do Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento, observa-se que “o índice do país [de tratamento de esgoto] chega a 49,1% para a estimativa dos esgotos gerados e 78,5%

353 Sistema Nacional de Informação sobre Saneamento — SNIS. **Diagnóstico dos Serviços de Água e Esgoto**, 2019. Disponível em: <<http://www.snis.gov.br/diagnosticos>>. Acesso em: 6 fev 2021.

para os esgotos que são coletados”³⁵⁴, o que representou um incremento de apenas 5,1%.

Confira-se, ainda, o índice de coleta de esgoto no Brasil, em relação Produto Interno Bruto (PIB), comparado a outros países de menor riqueza:

Índice de coleta de esgoto no Brasil em relação ao PIB



Fonte: ECLAC 2015, SNIS 2014 and World Bank. Elaboration: GO Associados³⁵⁵.

* GDP per capita of 2012.

** For Argentina, the study only displayed urban sewage coverage.

Examinando apenas essa simples amostra de dados, é possível concluir que o Brasil tem ainda muito a evoluir no tema do esgotamento sanitário, sobretudo quando comparado a outros países com maiores deficiências.

Logo, em algumas localidades, foram desenvolvidas modelagens voltadas à concessão do serviço de esgotamento sanitário para operadores privados, ante a urgência de retomar os fluxos

354 Sistema Nacional de Informação sobre Saneamento — SNIS. **Diagnóstico dos Serviços de Água e Esgoto**, 2019. Disponível em: <<http://www.snis.gov.br/diagnosticos>>. Acesso em: 6 fev 2021.

355 OLIVIERA, Gesner (et al.). **Aspectos da regulação do saneamento básico**. Disponível em <https://gei-sa.fgv.br/sites/gei-sa.fgv.br/files/apresentacao_ibre_v2.pdf>. Acesso em 22 fev. 2021.

de investimentos no setor³⁵⁶ — o caso da PPP da CORSAN para a Região Metropolitana de Porto Alegre, no Rio Grande do Sul (2019); ou da Grande Vitória, municípios de Cariacica e Viana, no Espírito Santo (2020). No passado, as fragilidades nessa divisão do serviço de saneamento — a coleta e o tratamento de esgoto — não encontravam no poder público, ou no investidor privado, capacidade ou interesse para o enfrentamento desse deficit. Duvidava-se da eficiência econômica de uma operação que abrangesse apenas o serviço de tratamento de esgoto. Todavia, exemplos recentes parecem contrastar convicções anteriores, quando o modelo de negócio apresentado também envolve ações voltadas à redução de perdas. Esse, sem dúvida, é um grande passivo histórico do setor no Brasil e no mundo. Diante da obrigatoriedade de atrair a liquidez de novos financiadores e investidores, buscou-se criar um ambiente favorável para uma convivência entre diferentes modelos, com mais segurança jurídica e, conseqüentemente, maior competitividade. O BNDES, quando provocado pelos estados, tem construído modelagens, não apenas envolvendo a concessão plena, mas também delegando somente o esgotamento sanitário, conforme o caso concreto. E, nos dois exemplos anteriores, diante da competitividade observada nas licitações – a região metropolitana de Porto Alegre (2019) e no Espírito Santo (2020) –, parece ter sido possível demonstrar a viabilidade dos projetos.

A título exemplificativo, cita-se o fato de que as 26 Companhias Estaduais de Saneamento realizaram algum tipo de parceria público-privada (PPP), conforme os seguintes casos:

- Casal – Companhia de Saneamento de Alagoas: o PPP para a construção e a operação de um novo sistema adutor de água; o PPP para a implantação e a operação do sistema de esgotamento sanitário da parte alta da Cidade de Maceió/AL; o Locação de ativos, precedida da concessão do direito real de uso

356 DEMOLINER, Karine Silva. **Água e Saneamento Básico**: regimes jurídicos e marcos regulatórios no ordenamento brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 113.
Ver também: DANTAS, Camila Pezzino Balaniuc. *Op. cit.*, p. 31.

das áreas e da execução das obras de implantação de sistema de esgotamento sanitário nos bairros do Farol, Pinheiros, Pitanguinha, Gruta de Lourdes, Canaã, Santo Amaro e Jardim Petrópolis, da cidade de Maceió/AL.

- Cesan - Companhia Espírito Santense de Saneamento: o PPP para a prestação dos serviços de esgotamento sanitário da cidade de Serra/ES. o PPP para a prestação dos serviços de esgotamento sanitário em Vila Velha/ES.
- Compesa - Companhia Pernambucana de Saneamento: o PPP para a prestação dos serviços de esgotamento sanitário na Região Metropolitana do Recife e no município de Goiana/PE.
- Copasa - Companhia de Saneamento de Minas Gerais: o PPP para a operação e manutenção do sistema de abastecimento de água potável do Rio Manso/MG.
- Embasa - Empresa Baiana de Águas e Saneamento: o PPP para a construção e operação do sistema de disposição oceânica do Jaguaribe/BA.
- Sabesp - Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo: o Locação de ativos para o financiamento, construção e préoperação do sistema de esgotamento sanitário Pararangaba/SP, composto de estação de tratamento, linhas de recalque, estações elevatórias e coletores tronco na Zona Leste de São José dos Campos/SP; o Locação de ativos para a construção e operação do sistema de esgotamento sanitário em Campos do Jordão/SP; o Parceria estratégica para a construção de estação de reúso de água industrial para o ABC Paulista/SP: projeto Aquapolo Ambiental; o Parceria estratégica para a prestação dos serviços de água potável e de esgotamento sanitário em Mairinque/SP; o Parceria estratégica para o oferecimento de soluções em tratamento de efluente não domésticos; o Parceria estratégica para a prestação dos serviços de abastecimento de água potável e de esgotamento sanitário em Andradina/SP; o Parceria estratégica para a prestação dos serviços

de abastecimento de água potável e de esgotamento sanitário em Castilho/SP; o Parceria estratégica para a modernização, implementação e gestão do sistema de tratamento de esgotos em Mogi Mirim/SP; o PPP para operação do sistema produtor de água potável do Alto do Tietê; o PPP para operação do sistema produtor de água potável de São Lourenço;

- Saneago – Companhia Saneamento de Goiás: o Subdelegação da prestação regionalizada dos serviços públicos de esgotamento sanitário e dos serviços complementares a eles relacionados, no âmbito dos municípios de Aparecida de Goiânia/GO, Jataí/GO, Rio Verde/GO e Trindade/GO
- Agepisa - Águas e Esgotos do Piauí S.A: o Subconcessão dos serviços de abastecimento de água potável e de esgotamento sanitário, incluindo gestão comercial na área urbana de Teresina/PI.³⁵⁷

No PLANASA, tem-se uma concentração de responsabilidades importantes com a União, mas os estados obrigam-se a operar o serviço, a partir da vinculação do município com a companhia estadual daquela região. Quantitativamente, alcançou-se relativo sucesso com a implantação do PLANASA³⁵⁸, principalmente em razão do volume de recursos destinados ao sistema pelo governo federal.³⁵⁹ No entanto, com a diminuição do aporte de recursos públicos federais e a desestruturação do formato original do modelo, após a

357 Fundação Escola de Sociologia e Política de São Paulo - FESPSP. SCAZUFCA, Pedro. **A Experiência Prática com Modelos de Parcerias para Alavancar Investimentos em Saneamento no Brasil**. São Paulo: FESPSP, 2020, p. 19-21.

358 CUNHA, Alexandre dos Santos *et al.* Poder Concedente e Marco Regulatório no Saneamento Básico. **Cadernos Direito GV**, v. 2, São Paulo, mar. 2006, p. 9. Segundo dados desse trabalho, “[...] entre 1970 e 1985, a cobertura dos serviços de água e esgoto aumentou, respectivamente, de 54,4% e 22,3% em 1970 para 87% e 43% em 1985. Como agentes centrais de implementação do Plano, as companhias estaduais de saneamento foram fortalecidas pelo modelo adotado”.

359 TRINDADE, Karla Bertocco. A Construção de um Novo Modelo Institucional para o Saneamento no Estado de São Paulo. In: MOTA, Carolina. (coord.). **Saneamento Básico no Brasil: aspectos jurídicos da Lei Federal n. 11.445/2007**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 291. “[...] apesar do centralismo do modelo e da falta de participação dos Municípios, os níveis de abastecimento de água e coleta de →

extinção do Banco Nacional da Habitação (BNH), e, em seguida, do próprio PLANASA³⁶⁰, as companhias estaduais passaram a acumular as funções de financiamento, planejamento, regulação e fiscalização do serviço, produzindo distorções e disfuncionalidades. Além das restrições financeiras observadas na crise dos anos 80 (século XX), já se identificava problemas de eficiência operacional.

Os municípios continuaram excluídos da gestão do sistema, na medida em que não lhes era permitido desempenhar as competências típicas de um poder concedente,³⁶¹ ficando boa parte das responsabilidades pelo desenvolvimento das políticas do setor sob o controle das companhias estaduais. Nesse contexto, essas não apenas operavam o sistema, mas acabavam, na prática, monopolizando também a regulação e a fiscalização, o que, obviamente, não poderia produzir bons resultados. Na prática, concentrando-se apenas na ampliação das redes e privilegiando a realização de obras, a autorregulação não era suficiente para produzir operações eficientes.

Com a desidratação do PLANASA, ainda nos anos 1980 e no início dos anos 90, observou-se uma retração no fluxo de investimento para o setor³⁶², visto que os estados não tinham capacidade

→ esgotos cresceram significativamente, com investimentos da ordem de US\$ 9 bilhões no período.”

360 GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. A Evolução Jurídica do Serviço Público de Saneamento Básico. In: OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; POZZO, Augusto Neves. (coords.). **Estudos sobre o Marco Regulatório do Saneamento no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 24.

361 TRINDADE, Karla Bertocco. *Op. cit.*, p. 291. A autora esclarece que “[...] nos instrumentos de concessão firmados nesse período, vinculados aos convênios celebrados pela União com os Estados e as companhias estaduais, não era prevista a participação dos municípios. A figura do Município como poder concedente era quase uma ficção, considerando que todas as funções relevantes, tais como planejamento e definição de tarifas, ficavam repartidas entre Estado e União. [...] Nesses ajustes não era possível identificar a tensão entre poder concedente e concessionário, característica das concessões contemporâneas, decorrente da busca da lucratividade pelo parceiro privado”.

362 Em 1985, no governo Sarney, surge o Programa de Abastecimento de Água e Saneamento para População de Baixa Renda da Zona Urbana (PROSANEAR), que incluía também o esgotamento sanitário, a drenagem urbana e o manejo de resíduos sólidos em favelas e periferias — mas que teve uma resolutividade muito limitada. Nos governos Collor de Mello e Itamar Franco não existem registros relevantes de políticas públicas nesse setor, sobrevivendo no período, mas com déficit de investimento, o modelo instalado pelo PLANASA. Sem o acompanhamento federal, os estados, em sua maioria, deixaram as companhias estaduais desassistidas, cabendo a cada uma delas resolver suas demandas a partir de uma →

para sustentar o modelo concebido pelo governo federal no processo de organização do sistema. Por isso mesmo, com a Resolução n. 076/1992, o Conselho Curador do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço extinguiu o PLANASA.

A política de saneamento concebida durante o regime militar baseava-se na centralização de poder nas esferas federal e estadual, em detrimento dos municípios e da própria comunidade.³⁶³ Esse primeiro movimento de operação regionalizada dos sistemas, superando os riscos de uma fragmentação desordenada, permitiu a adoção do subsídio cruzado, ou seja, mesmo reconhecendo-se alguns defeitos, o modelo PLANASA tentava propiciar escala, a fim de garantir a eficiência econômica das operações.

De qualquer forma, a Constituição Federal de 1988 desenhou uma complexa distribuição de competências legislativas e administrativas em matéria de saneamento básico no Brasil. Os quatro artigos dedicados ao tema (arts. 23, IX; 30, V; 25, §3º; e 200) são o reflexo da construção das políticas de saneamento iniciadas em 1942. Atribuiu-se aos municípios a titularidade dos serviços de saneamento quando predomina o interesse local, mas também foi estabelecido que a matéria é de competência comum de todos os entes federados, que devem cooperar entre si, desenvolvendo ações conjuntas.³⁶⁴ Mesmo que isso não tenha esclarecido totalmente algumas questões, o que ensejou a mediação do Poder Judiciário — pelo Supremo Tribunal Federal —, aos poucos, percebeu-se a obrigatoriedade de uma harmonização entre o conceito e a dimensão de interesse local e interesse comum, estruturas isoladas e compartilhadas, e o federalismo cooperativo.

→ política tarifária capaz de, pelo menos, garantir a infraestrutura existente com um nível aceitável de desempenho.

363 GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. A Evolução Jurídica do Serviço Público de Saneamento Básico. In: OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; DAL POZZO, Augusto Neves. (coords.). **Estudos sobre o Marco Regulatório do Saneamento no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 22-23.

364 BARROSO, Luis Roberto. Saneamento: competência constitucional da União, Estados e Municípios. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 153, jan./mar. 2002, p. 255-270.

3. O Programa de Modernização do Setor de Saneamento (PMSS)

Sob direta influência das políticas concebidas pelo Banco Mundial, em harmonia com o Fundo Monetário Internacional (FMI), o Brasil começa a desenhar um novo rumo para o setor, quando surge, em 1993, o Programa de Modernização do Setor de Saneamento (PMSS). Na base desse projeto, a intenção era diminuir a presença do Estado nessa modalidade de serviço público, depois aprofundada pelo Plano Nacional de Desestatização (PND), a Lei n. 9.491/1997, pela Reforma Administrativa, a Emenda Constitucional n. 19/1998, a Lei n. 9.886/2000 e todo o conjunto de fontes normativas que instituíram, naquele período, novos marcos regulatórios para diferentes setores da economia nacional – estava iniciando a transição no Brasil do modelo de Estado Burocrático para o denominado Estado Gerencial. A propósito, não se pode confundir o Plano Nacional de Desestatização (PND, 1997), com o Plano Nacional de Desenvolvimento (PND I e II, 1960/1970), sendo esse último, um período de ampliação da infraestrutura no país e o aprimoramento de setores relevantes da economia, no mesmo contexto do surgimento do BNDES (1952), da Petrobrás (1953), da Eletrobrás (1962) e da Telebrás (1972) – dentro da perspectiva de presença efetiva do financiamento público. Com a crise fiscal e financeira vivida pelo Estado Brasileiro entre o final dos anos 70 e durante os anos 80, naturalmente o poder de investimento em infraestrutura reduz rapidamente, o que explica as reformas constitucionais e legislativas propostas ao longo dos anos 90. Nas décadas seguintes, de maneira consistente, pode-se observar que o investimento em infraestrutura no Brasil foi reduzindo consideravelmente, em especial, no setor de saneamento, com ênfase para os anos de 2015/2016. Como reação, a Lei n. 13.334/2016 cria o Programa de Parcerias de Investimentos (PPI), procurando acelerar os processos político-administrativos voltados para a ampliação das relações entre o setor público e o setor privado, nas mais diferentes hipóteses de desestatização como método para incentivar investimentos privados na infraestrutura do país³⁶⁵.

365 Nos termos do artigo 2º da Lei que cria o Programa de Parcerias e Investimentos: Art. 2º São objetivos do PPI: →

A primeira fase do Programa de Modernização do Setor de Saneamento (PMSS) começou em 1993 e encerrou-se em 2000, tendo como objetivo principal a reordenação institucional do sistema. No setor elétrico e nas telecomunicações o capital privado foi decisivo na retomada. No saneamento, por sua vez, tentava-se propiciar condições para uma transição do sistema público, operado por autarquias municipais ou companhias estaduais, para um sistema privado, com uma proposta semelhante ao desenho implantado na Argentina – um modelo híbrido, equilibrando características do sistema inglês e do sistema francês. Os dois caminhos normativos abertos foram as licitações e os contratos de concessão, sob as diretrizes da Lei n. 8.987/1995. Essa lei, ainda que muito criticada – mesmo após a Lei n. 11.079/2004 –, segue vigente, existindo projetos de lei em andamento no Congresso Nacional, não apenas oferecendo maiores garantias para os contratados, mas também simplificando os processos de disputa. Nesse contexto, a nova lei de Licitações e Contratos Administrativos, a Lei n. 14.133/2021, sugere que outras transformações são esperadas nesse âmbito do direito administrativo nacional.

Se no PLANASA o foco principal era universalizar a rede a partir da realização de obras físicas, projetos de estrutura, no PMSS buscava-se uma evolução das instituições que orbitam no setor, os projetos estruturantes.

Em realidade, para a consecução do projeto, não bastava privatizar as companhias estaduais, visto que os municípios, com o advento do termo contratual, poderiam simplesmente incorporar

-
- I - ampliar as oportunidades de investimento e emprego e estimular o desenvolvimento tecnológico e industrial, em harmonia com as metas de desenvolvimento social e econômico do País;
 - II - garantir a expansão com qualidade da infraestrutura pública, com tarifas adequadas;
 - III - promover ampla e justa competição na celebração das parcerias e na prestação dos serviços;
 - IV - assegurar a estabilidade e a segurança jurídica, com a garantia da mínima intervenção nos negócios e investimentos;
 - V - fortalecer o papel regulador do Estado e a autonomia das entidades estatais de regulação; e
 - VI - fortalecer políticas nacionais de integração dos diferentes modais de transporte de pessoas e bens, em conformidade com as políticas de desenvolvimento nacional, regional e urbano, de defesa nacional, de meio ambiente e de segurança das populações, formuladas pelas diversas esferas de governo.

esses equipamentos públicos, segundo o art. 42 da Lei n. 8.987/1995 e, posteriormente, o art. 58 da Política Nacional de Saneamento Básico – Lei n. 11.445/2007, conforme a competência que lhe foi atribuída no art. 30, inciso V, da Constituição Federal de 1988. Da forma como o sistema estava organizado, as companhias estaduais tinham pouco valor no mercado, porque os serviços contratados, em uma eventual privatização, retornavam para os municípios. Muito embora, como dito em outras ocasiões, restaria para trás uma complexa discussão a respeito dos passivos indenizatórios decorrentes da infraestrutura instalada pelas companhias estaduais com recursos próprios. Em outras palavras, ocorreria a extinção do vínculo entre companhias estaduais e os municípios, esvaziando o sentido de um movimento de desestatização das entidades administrativas estaduais de direito privado.

Levando isso em conta, um projeto de lei que tramitou no Congresso Nacional (PL n. 266/1996), de autoria do senador José Serra, ambicionava transferir a titularidade do serviço de saneamento dos municípios para os estados, visto que a lógica da escala aparentemente fica melhor protegida quando reforçam-se os pressupostos do federalismo cooperativo. Dentro de certos limites, seguiu essa linha o Novo Marco Legal (Lei n. 14.026/2020), ao incentivar de diferentes maneiras a organização de unidades regionais pelos estados, repetindo a importância de construir escalas e, assim, garantir sustentabilidade e inclusão para o sistema de saneamento básico no Brasil.

O projeto de lei proposto pelo senador José Serra determinava que nas hipóteses de um mesmo sistema de produção de água servir a mais de um município, o assunto tornava-se uma competência do estado. A tese e o projeto foram rejeitados na Casa Legislativa. Mas a ideia transitou pelo Congresso Nacional, indicando a existência de um grupo de parlamentares que identificava nesse novo desenho um possível modelo para o setor no futuro. O incentivo à participação do setor privado e a regionalização, nesse projeto, tinham uma presença marcante e antecipatória em relação aos debates seguintes que culminaram na reprogramação de todo o sistema, o que se iniciou pela Lei n. 11.445/2007 e aprofundou-se com a Lei n. 14.026/2020.

A Lei n. 9.491/1997 estabeleceu o Programa Nacional de Desestatização, indicando no seu art. 1º a necessidade imediata de o Estado reordenar a sua posição estratégica na economia.

Para tanto, era preciso reduzir a dívida pública, estimular a retomada de investimentos nos setores transferidos à iniciativa privada, modernizar a infraestrutura do país e permitir que a União concentrasse os seus esforços nas atividades em que sua participação fosse realmente fundamental para a consecução das prioridades nacionais.

O arcabouço jurídico para a implementação dessa visão de Estado estava sendo moldado para acelerar uma transição, ainda que com dificuldades conjunturais, principalmente políticas, para uma solução mais ampla.³⁶⁶ Por isso, seguindo essa linha, têm importância a Lei n. 8.987/1995 e a Lei n. 9.074/1995, ambas determinando regras novas para a outorga de concessões e permissões, sempre depois de licitação, em conformidade com o artigo 175 da Constituição Federal. Deu-se também tal transição na telefonia, com a Emenda Constitucional n. 8/1995 e a Lei n. 9.472/1997, na indústria elétrica, com a Lei n. 9.427/1996 e, até certo ponto, na indústria do petróleo, com a Emenda Constitucional n. 9/1995 e a Lei n. 9.478/1997. Enquanto outros setores conseguiram uma rápida reação, no saneamento persistiu a dificuldade de reunir recursos suficientes para, em uma situação limite, pelo menos enfrentar a depreciação dos ativos, para evitar um retrocesso nos patamares atuais de cobertura da rede.

366 A mudança ocorrida na geopolítica internacional a partir do início dos anos 1990 repercutiu decisivamente para o estabelecimento de uma discussão em torno do modelo de Estado proposto pela Constituição Brasileira de 1988. Influenciada em grande parte pela Constituição Portuguesa de 1976 (também uma Constituição analítica que sucede, contudo, naquele caso, um processo revolucionário) e, talvez, em menor medida, pela Lei Fundamental de 1949 (a atual Constituição Alemã), a Constituição Brasileira acaba reproduzindo essa tensão, ao adotar simultaneamente dois diferentes modelos: por um lado, o caso português, porque amplo é o espaço de intervenção estatal; por outro, a influência alemã e o respeito à dignidade da pessoa humana como um valor fundamental — não se deve esquecer que, logo após a experiência negativa de duas guerras, a Alemanha sublinha o seu texto com o imperativo da não exclusão. Desse conflito, decorreram várias mudanças no texto constitucional. Na legislação infraconstitucional, o Programa Nacional de Desestatização projeta “[...] permitir que a Administração Pública concentre seus esforços nas atividades em que a presença do Estado seja fundamental para a consecução das prioridades nacionais [...]” (Lei n. 9.491/1997, art. 1º, V). O poder constituinte derivado, influenciado por esse novo momento, aprovou as Emendas Constitucionais n. 5/1995, n. 6/1995, n. 7/1995, n. 8/1995, n. 9/1995, n. 19/1998 e n. 36/2002, que alteraram de forma contundente a conformação proposta pelo poder constituinte originário para o Estado brasileiro.

Indicando a existência de uma convicção a respeito do tema, surge o PL n. 4147/2001 – repetindo o PL n. 53/1991 –, de iniciativa do Poder Executivo, tentando instituir as diretrizes nacionais para o setor, mas sempre enfatizando a necessidade de uma transição do modelo público para o modelo privado. Destaca-se no projeto a distinção entre interesse local e interesse comum, aparecendo em detalhes no artigo 2º, incisos II e III — separando o espaço de competência dos estados em relação ao interesse local dos municípios. Em síntese, o serviço de interesse local continuava uma competência dos municípios, enquanto os de interesse comum seriam aqueles em que uma das atividades, infraestruturas ou instalações operacionais repercutam em dois ou mais municípios, integrantes ou não de região metropolitana, aglomeração urbana ou microrregião — tornando-se competência do estado. Assim estava expresso no artigo 4º do referido projeto de lei:

[...] É titular dos serviços públicos de saneamento básico:

I — o Município, nos serviços de interesse local;

II — o Distrito Federal, em sua área geográfica;

III — o Estado, nos serviços de interesse comum. [...].

Dessa maneira, os estados assumiriam a titularidade do serviço de saneamento básico em inúmeras localidades, podendo criar condições para a privatização das companhias públicas, de modo

semelhante ao que estava ocorrendo no setor de telefonia³⁶⁷ e energia elétrica.³⁶⁸

Desde o PLANASA, com a criação do BNH e com recursos do FGTS, o governo federal controlava essa política, comandando o processo de aderência dos municípios às metodologias propostas pelas companhias estaduais. Em certa medida, já se vivia a experiência prática de uma regionalização, mas pensada para todo o Estado, como um bloco só, sustentado pela dinâmica do subsídio cruzado. Agora, a maior diferença é pensar uma regionalização para grupos menores de municípios (ou não, caso criem-se regiões a partir

367 O Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei n. 4.177/1962) surgiu para organizar a prestação do serviço de telefonia no Brasil. Originalmente, esses serviços eram competência do município, em decorrência do próprio alcance da tecnologia. Até então, as empresas prestadoras atuavam por concessão do município ou do estado, e os parâmetros estabelecidos nos contratos de outorga representavam um balizamento estatal. Desde 1965, a Empresa Brasileira de Telecomunicações (Embratel) e, a partir de 1972, a Telebras (concessionária-geral), por meio da Lei n. 5.792, assumiram, paulatinamente, a exploração dos serviços de telefonia. A Constituição de 1988, ao admitir o paradigma do monopólio natural para o setor, entendeu que somente a União poderia explorar os serviços de telecomunicações, diretamente ou via concessões dadas a empresas sob o controle acionário estatal. Além da União (Sistema Telebras), Rio Grande do Sul (CRT), Londrina (Sercomtel) e Ribeirão Preto (Ceterp), acompanhados de uma empresa privada (CTBC Telecom), absorviam praticamente todos os serviços oferecidos. A Emenda Constitucional 8, de 15 de agosto de 1995, ofereceu condições à redefinição de políticas do setor — na prática, desencadeada com a Lei n. 9.525/1996, que possibilitou a entrada de empresas privadas, condicionadas a uma composição de capital que admitisse a participação majoritária do capital nacional. A banda B, aberta aos vencedores de processos licitatórios, partia de um recorte do território brasileiro em dez áreas, que, aos poucos, seriam outorgadas. A Lei Geral das Telecomunicações (Lei n. 9.472/1997), concebendo pessoas jurídicas de direito público encarregadas da fixação dos novos padrões de regulação, foi responsável, assim, pela superação do paradigma do monopólio natural.

368 Ainda nos anos 1990 do século XX, pareceu inevitável trabalhar com a lógica de atração dos investimentos estrangeiros para o setor energético (a indústria elétrica), o que retirou do Estado o papel de agente indutor desse setor da economia nacional. A Emenda Constitucional n. 8/1995 e o renovado artigo 21, inciso XII, *b*, somaram-se às Leis n. 8.897/1995, n. 9.074/1995, n. 9.427/1996 e, por último, n. 9.648/1998. Enfim, todas juntas não só privatizaram o setor, mas também criaram um regime de livre negociação na compra e venda de energia elétrica em nosso país. Dessa maneira, o financiamento passa a depender de recursos públicos (BNDES) e privados, com uma consequente especialização no processo de geração, transmissão, distribuição e comercialização, no mesmo momento em que agentes privados assumem um papel de relevância, criando nichos de competição nas etapas de geração e comercialização. A ANEEL (Agência Nacional de Energia Elétrica), o ONS (Operador Nacional do Sistema Elétrico) e o MAE (Mercado Atacadista de Energia Elétrica), esse último criado pela Lei n. 10.433/2002, estariam na base desse modelo.

dos contratos de programa vigentes), aproximando interesses em torno das bacias – quando possível -, formando escala de serviço e faturamento. Além disso, também é uma possibilidade, pode-se cogitar de unidades regionais que abranjam amplas regiões dos estados (no Amapá e no Mato Grosso do Sul formou-se um bloco abrangendo todo o estado, enquanto no Rio de Janeiro são quatro blocos), por exemplo, repetindo o desenho que já está fixado pela existência de contratos de programa vigentes com a companhia estadual local – um exemplo prático já desenvolvido em vários Estados. Em alguns casos, mais da metade do território do estado poderá estar contemplado por uma unidade regional, o que permitirá, com algumas adequações, nesse coletivo de municípios, a preservação do subsídio cruzado. Na verdade, a proposta de formar unidades regionais (o exemplo de Minas Gerais), ou mesmo microrregiões (a opção da Bahia, do Ceará, do Espírito Santo, do Maranhão, da Paraíba, do Paraná, do Rio Grande do Norte, de Roraima, em alguma medida, pode viabilizar a continuidade do subsídio cruzado, desde que seja possível criar uma governança que efetivamente represente e organize esse conjunto de interesses, que podem ou não operar com dependência de estruturas compartilhadas.

Desconsiderar tal modelo, na perspectiva dos municípios, representava uma dificuldade em acessar os recursos federais para o setor – justamente o que é agora reforçado, em outra perspectiva, pelo novo marco legal. E por isso mesmo, em algum momento, a regionalização precisará acontecer. Ou seja, o que antes já se destacou, com a aprovação do Novo Marco Legal do Saneamento, repete-se a estratégia de incentivar a aderência dos municípios – de maneira individual ou coletiva – ao plano do governo federal ou dos governos estaduais, na medida em que o acesso aos investimentos públicos, apenas para dar dois exemplos, dependerá da internalização das diretrizes estabelecidas pela agência reguladora nacional ou da formação de unidades regionais ou blocos de referência (alguns dos formatos possíveis para a regionalização) – nos termos do Decreto Federal n. 10.588/2020.

A criação de coletivos municipais pela atuação dos consórcios já era possível, mas a configuração de unidades regionais ou de blocos de referência representam uma novidade. Além de propiciar, em tese, uma escala satisfatória para a operação – um de seus objetivos –, estabeleceu-se um conjunto de incentivos para a adoção da

prestação regionalizada, como, por exemplo, o aumento do prazo para o atingimento das metas de universalização (no caso, 2040), o acesso facilitado aos recursos não onerosos da União e um amparo técnico constante (Decreto Federal n. 10.588/2020).

Na década de 1990, no caso do serviço de saneamento, a ação governamental de privatização do setor estava definida pelos princípios do Programa de Modernização do Setor de Saneamento,³⁶⁹ apenas para reafirmar, criado em 1993.³⁷⁰

Porém, tendo sobrevivido a três governos, o programa passou por modificações, sem realizar completamente a intenção inicial.³⁷¹ Desde a sua pactuação, o PMSS concentrava-se em estimular a desestatização do sistema. Todavia, a convicção de inúmeros setores de que era preciso conceber um sistema nacional que incentive a participação privada no serviço de saneamento sempre encontrou muita resistência no Brasil³⁷² – e não foi diferente naquele período.³⁷³ Na verdade, em todo o mundo, existem experiências contemporâneas

369 DEMOLINER, Karine Silva. **Água e Saneamento Básico**: regimes jurídicos e marcos regulatórios no ordenamento brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 116.

370 VIEGAS, Eduardo Coral. **Visão Jurídica da Água**. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2005, p. 62-64.

371 BRITO, Ana Lúcia *et al.* **Panorama do Saneamento Básico no Brasil**: Avaliação Político-Institucional do Setor de Saneamento Básico, Volume IV. Brasília, Ministério das Cidades/Secretaria Nacional de Saneamento Ambiental, 2011, p. 60. “O histórico do PMSS revela relativa estabilidade institucional por perpassar cinco administrações na esfera do governo federal (1993-1994; 1995-1998; 1999-2002; 2003-2006; 2007-2010) e sobreviver ao projeto político de três presidentes da República [...]. Nessa trajetória, o Programa assumiu posições diferenciadas na estrutura organizacional da União e, sobretudo, desempenhou um papel condizente com o projeto político dominante de cada governo.”

372 CARVALHO, Vinícius Marques de. Elementos para a Implementação do Novo Marco Regulatório na Gestão dos Serviços de Saneamento Básico no Brasil (série GV Law). In: SCHAPIRO, Mário Gomes. (coord.). **Direito e Economia na Regulação Setorial**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 215-216.

373 Banco Mundial. A Agenda da Água no Brasil: uma perspectiva do Banco Mundial. In: **O Pensamento do Setor de Saneamento no Brasil**: Perspectivas Futuras, PMSS, Presidência da República, Secretaria Especial de Desenvolvimento Urbano — SEDU/PR, Série Modernização do Setor de Saneamento, IPEA/BIRD/UNDP, 2002, p. 89. “[...] a participação do setor privado — se bem concebida — poderia melhorar a eficiência, mas é um tema controverso no Brasil e nem sempre tem sido usada com sabedoria. A participação do setor privado deve ser cuidadosamente desenhada para assegurar que melhorará a eficiência dos serviços existentes e gerará fundos para investimento para os projetos de maior prioridade, tais como o de melhores serviços para os pobres e coleta e tratamento de água residuais.”

de desestatização e de reestatização, sugerindo que o momento histórico de cada país, sua condição fiscal e a existência (ou inexistência) de infraestrutura instalada tornam-se fatores decisivos para a identificação do melhor modelo para um determinado caso concreto. Reforça-se: é preciso atentar-se ao contexto de escolha da modalidade de prestação do serviço, sobretudo porque não existe uma única forma de execução de tal política pública, tampouco uma que se adeque a todas as necessidades circunstanciais. Há, na decisão político-administrativa, forte correlação entre os dilemas conjunturais do setor e a capacidade de investimento do Estado, observando-se, como flutuação natural das coisas, ciclos de concessão, de privatização e, até mesmo, de reestatização do setor, sem que isso implique a eleição de um único modelo como mais adequado para todas as circunstâncias.

A tentativa de viabilizar o interesse público, o que significa universalização, equidade, integralidade, solidariedade, sustentabilidade e participação social, com uma taxa de retorno atrativa para eventuais investimentos privados, diante das peculiares características que o sistema possui no Brasil, sempre foi algo complexo.³⁷⁴ A demanda real para ações de curto prazo está concentrada em regiões distantes dos grandes centros e habitadas, em sua maioria, por comunidades financeiramente empobrecidas,³⁷⁵ o que dificulta a recuperação, apenas com a cobrança de tarifa, dos custos do empreendimento.³⁷⁶ Nesses casos, a participação pública é necessária para mediar os interesses privados e públicos envolvidos na formatação desses modelos, e, se preciso, sustentar uma política de subsídios para garantir a integridade dos projetos. O papel do Estado,

374 CARVALHO, Vinícius Marques de. *Op. cit.*, p. 184-185.

375 A universalização, nos locais em que se percebe a inexistência de infraestrutura adequada, dificilmente realiza-se observando simultaneamente o princípio da equidade, visto que a segregação social no Brasil confunde-se com a segregação espacial.

376 CARVALHO, Vinícius Marques de. *Op. cit.*, p. 188-189. No mínimo, quando o tema é *saneamento básico*, “[...] a universalização exige, para sua própria eficácia social, estratégias concernentes e planejadas, até porque universalizar os serviços de saneamento significa, em primeiro lugar, garantir a todos o acesso à rede de distribuição de água e coleta de esgoto, assegurar que ninguém seja excluído do serviço em virtude da incapacidade de pagamento e, por fim, garantir o tratamento do esgoto coletado”.

por exemplo, no exercício do poder regulamentar – seja a regulação contratual ou a discricionária – é fundamental para impedir condutas oportunistas dos operadores públicos ou privados. A propósito, essa é uma vantagem da regulação por agência (ou discricionária), na medida em que a sua dinâmica é mais adequada para o enfrentamento de ações oportunistas do contratado, seja uma companhia estadual ou um concessionário privado.

Essa questão deverá ser resolvida, pois as transformações propostas pelo Novo Marco Legal do Saneamento rapidamente impactarão o cotidiano de diferentes localidades. Um ponto positivo que merece destaque é a autorização para levar infraestrutura mínima, em formatos adaptados, a áreas degradadas, de difícil acesso ou com problemas de reconhecimento formal, mas já consolidadas. Evidentemente, em muitos casos, as estruturas serão pensadas para aquele contexto, no sentido de ampliar a capacidade inclusiva dessa política pública, transcendendo a necessidade tradicional de projetos complexos, mas focando na imediata instalação de infraestrutura suficiente para concretizar o acesso ao serviço de água potável e esgotamento sanitário.

Em relação ao Programa de Modernização do Setor de Saneamento (PMSS, 1993), as mudanças no cenário político nacional acabaram determinando outro caminho, outras prioridades, porém, tudo retornou com força dado o debate desencadeado pelo Novo Marco Legal aprovado no Congresso e as primeiras entregas decorrentes da Lei n. 13.334/2016, que instituiu o Programa de Parcerias de Investimentos. E mesmo com a interrupção no âmbito nacional, foram desenvolvidas iniciativas concretas nessa direção: alguns municípios, na condição de titulares do serviço, desestatizaram os seus sistemas no início dos anos 2000 (o exemplo de Limeira, em São Paulo).

Ainda assim, é importante recordar que o programa passou por uma segunda fase a partir do acordo de empréstimo n. 4292/BR firmado com o BIRD, em 1999, e evoluiu em 2003 para uma ação permanente do governo brasileiro, ligada ao Ministério das Cidades, e um dos instrumentos da Política Nacional de Saneamento. Mais tarde, as discussões que antecederam o Plano Nacional de Saneamento (2013) vincularam o grau de intervenção do Estado no desenvolvimento dessa política pública à estabilidade do país. Se a nação vive uma crise econômica importante, o que determina uma diminuição

do poder de investimento em infraestrutura, seja para a instalação ou manutenção das redes, concentrar no Estado a responsabilidade de desenvolver determinadas políticas públicas não parece ser a melhor estratégia.

A Lei n. 11.107/2005 (que trata dos consórcios públicos e dos contratos de programa), o marco regulatório nacional — a Lei n. 11.445/2007 — e o Plano Nacional de Saneamento Básico (PLANSAB, 2013) significaram a retomada de um protagonismo do governo federal na construção de uma política pública voltada à universalização do saneamento básico e sustentabilidade social (equidade), econômica e ambiental. Mas, logo isso ficou comprovado, não era o suficiente para enfrentar o déficit de infraestrutura diagnosticado no setor, agravado com o aprofundamento da crise fiscal vivida pelo Estado brasileiro.

4. A Lei n. 11.445/2007 na Nova Ordem Constitucional

O ciclo político iniciado em 2003 desembocou no PL n. 5.296/2005, aprovado e convertido na Lei n. 11.445/2007, que dispõe sobre as diretrizes nacionais de uma nova política de saneamento básico para o Brasil. Conforme essa normativa, o município estaria autorizado a prestar o serviço na forma direta centralizada, direta descentralizada, com gestão associada entre os entes federados, indireta com empresas estatais ou indireta com empresas privadas.

A gestão do sistema compreenderia planejamento, regulação, fiscalização e prestação – desde que devidamente implementadas as condições necessárias à operacionalização do serviço de saneamento básico nesses moldes. Muitas dessas ideias permanecem válidas, pois a Lei n. 11.445/2007 continua vigente e produzindo os seus efeitos em tais aspectos, embora não integralmente. Nesse cenário, as mudanças desencadeadas pela Lei n. 14.026/2020, ainda que importantes, não desconstruíram o centro, o núcleo duro do modelo imposto pela Lei n. 11.445/2007. Ao contrário, as mudanças propostas reforçaram o discurso de que é preciso enfrentar o déficit de infraestrutura no setor a partir de um sistema mais amistoso aos investimentos privados.

Com a Lei n. 11.445/2007 surge um catálogo ampliado de princípios para a prestação do serviço público de saneamento básico, no

artigo 2º e seus incisos. Entre eles estão a universalização – ampliação progressiva do acesso de todos os domicílios ocupados ao saneamento básico –, integralidade, adequação – para que atenda às necessidades de saúde pública e proteção do meio ambiente –, eficiência, equidade, publicidade – com o enfoque da transparência –, participação – ou princípio do controle social –, segurança e qualidade. Por fim, redefiniu-se o conceito de saneamento para incluir, além do abastecimento de água potável e esgotamento sanitário, a limpeza urbana e o manejo de resíduos sólidos, a drenagem e o manejo de águas pluviais urbanas (Lei n. 11.445/2007, art. 3º).

Com base nessa orientação, inaugura-se o Programa de Desenvolvimento do Setor Água (INTERÁGUAS),³⁷⁷ concebido para aperfeiçoar a trajetória de ações anteriores, como o Programa de Modernização do Setor de Saneamento (PMSS). Passa-se a defender a recuperação das estruturas públicas destinadas à prestação do serviço de saneamento. Barrado o acesso às linhas de crédito internacionais para a ampliação da infraestrutura, pelo fato de a União não trabalhar com a ideia de desestatizar o sistema, a alternativa foi captar recursos com a intenção de propiciar o fortalecimento da capacidade de planejamento e gestão no setor, enfatizando as regiões menos desenvolvidas do país. O objetivo principal era qualificar o poder público em todas as esferas, para uma coordenação e operação qualificada dessa modalidade de serviço público.

No ano de 2008, o governo brasileiro, mediante ação conjunta do Ministério do Meio Ambiente, do Ministério da Integração Nacional e do Ministério das Cidades, decidiu que o investimento em infraestrutura hídrica seria responsabilidade do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC) – com recursos públicos –, uma visão (e situação) completamente diferente da conjuntura atual no Brasil. O documento, uma carta-consulta à Comissão de Financiamentos Externos (COFLEX), envolveu o INTERÁGUAS, revelando a perspectiva de um acordo de empréstimo (confirmado em dezembro de 2011) a ser celebrado pelo Brasil e o Banco Internacional para Reconstrução e

377 Ministério do Meio Ambiente, Ministério da Integração Nacional, Ministério das Cidades, Programa de Desenvolvimento do Setor Água — INTERÁGUAS, Carta-Consulta à Comissão de Financiamentos Externos — COFLEX. Brasília, 27 abr. 2009, p. 8-11.

Desenvolvimento – BIRD (Banco Mundial), acompanhado de uma contrapartida financeira nacional.

Consolida-se uma tendência de ampliação dos investimentos em infraestrutura, com recursos federais, nos estados e municípios, restando às operações com os organismos multilaterais a criação de programas de assistência técnica, justamente o caso do INTERÁGUAS, pois esse financiamento internacional buscava cooperação técnica para auxiliar na elaboração e implementação de projetos de estrutura que depois seriam efetivados com recursos públicos. Dentro dessa perspectiva, no dia 15 de dezembro de 2011, o Brasil e o Banco Mundial estabeleceram o acordo de financiamento, envolvendo apenas cooperação técnica, na medida em que as obras de infraestrutura, insiste-se, seriam financiadas com aporte de recursos públicos.³⁷⁸

O Banco Mundial, dessa forma, construiu uma parceria sem condicionar, a partir do empréstimo, a desestatização do serviço,³⁷⁹ mas tão somente promover o desenvolvimento do setor com ações estruturantes voltadas para facilitar a universalização dos serviços públicos de saneamento básico — inclusive, colaborando para a revitalização dos prestadores públicos.

378 Loan number 8.074-BR, Loan Agreement (Federal Integrated Water Sector Project — Programa de Desenvolvimento do Setor Água — INTERÁGUAS), between Federative Republic of Brazil and International Bank for Reconstruction and Development, dec. 15, 2011.

379 Ministério do Meio Ambiente, Ministério da Integração Nacional, Ministério das Cidades, Programa de Desenvolvimento do Setor Água — INTERÁGUAS, Carta-Consulta à Comissão de Financiamentos Externos — COFIEX. Brasília, 27 abr. 2009, p. 13-14. “O Banco Mundial já acumula vasta experiência no financiamento de projetos na área de recursos hídricos no Brasil, especialmente no Nordeste Brasileiro, com destaque para a exitosa parceria estabelecida no desenho, implementação e financiamento dos Programas PROÁGUA, SEMI-ÁRIDO e PROÁGUA NACIONAL. [...] Na área do saneamento há também referências de grande contribuição do Banco Mundial no desenvolvimento técnico, político-institucional e da gestão dos serviços em diversas experiências históricas exitosas. Em especial, vale destacar o Programa de Modernização do Setor de Saneamento (PMSS) e o Projeto de Assistência Técnica ao Prosanear — PAT-PROSANEAR. O primeiro com foco principal na estrutura institucional, assistência técnica e estados e municípios, apoio a regulação, estudos, sistemas de informações, dentre outros itens importantes. O segundo, sobretudo, com foco no desenvolvimento de metodologia inovadora na elaboração de estudos e projetos de saneamento integrado em áreas de assentamentos precários.”

Como exemplo, podem-se citar os projetos Fundo Nacional do Meio Ambiente (FNMA), o Programa Nacional do Meio Ambiente (PNMA), o Fundo Nacional do Meio Ambiente II (FNMA II), o Programa de Desenvolvimento Sustentável do Pantanal I, o Programa Nacional do Meio Ambiente II (PNMA II), o Programa de Desenvolvimento Integrado do Noroeste do Brasil (POLONOROESTE), o Plano Agropecuário e Florestal de Rondônia (PLANAFLORO), o Projeto de Desenvolvimento Agroambiental do Estado de Mato Grosso (PRODEAGRO), o Projeto de Desenvolvimento Sustentável de Recursos Hídricos (PROÁGUA/Semiárido), o PROÁGUA NACIONAL, o PMSS I e II e o PAT-PROSANEAR (apoio a projetos e implantação de obras de saneamento em assentamentos precários).

A intenção do governo federal era permanecer com o controle do processo – e, de fato, dentro das limitações conhecidas, realizou investimentos no setor – da concepção à operação do sistema, na última década. Todavia, é bom que se diga, não foram suficientes e, desde o término do INTERÁGUAS, em 2015, observou-se novamente uma estagnação. A realidade é que não existe, nesse momento, nenhuma perspectiva de o Estado recuperar a sua capacidade de financiar o setor, e várias são as razões, políticas e econômicas, indicando que o caminho proposto pelo Novo Marco é a alternativa possível para um aperfeiçoamento do sistema brasileiro na perspectiva dos usuários do serviço. O próprio BNDES, nos últimos anos, mudou significativamente o escopo da sua atuação, concentrando-se muito mais na estruturação de concessões nos mais diferentes setores.

O ponto de destaque do Novo Marco Legal resume-se a criar um ambiente seguro para atrair o capital privado e extrair da competitividade habitual dos processos licitatórios tarifas proporcionais ao serviço efetivamente prestado. Sem dúvida, será preciso bastante realismo na estruturação das modelagens, pois o valor das tarifas responde pela infraestrutura instalada e pelo nível de operação atual, desconsiderando os novos parâmetros das metas consolidadas pelas mudanças necessárias no setor.

5. O Plano Nacional de Saneamento Básico (PLANSAB)

O Marco Legal do Saneamento Básico do Brasil, a Lei n. 11.445/2007, orientou os titulares dos serviços a planejarem a gestão

mediante a adoção de políticas de saneamento (art. 9º), guiados por um plano federal, que tem por objetivo contribuir para o desenvolvimento nacional e a redução das desigualdades regionais. Assim, entrou em cena o substituto do PLANASA, o Plano Nacional de Saneamento Básico (PLANSAB, 2013), entregue seis anos após a promulgação da Lei n. 11.445/2007. Essa demora prejudicou bastante a expectativa criada em função do Novo Marco naquela época, muito embora mereça destaque a vantagem de ter transitado por múltiplas instâncias representativas do controle social, inclusive o ambiente acadêmico. A distância de 2007 até 2013, pensando em planejamento, equilíbrio econômico-financeiro dos projetos e o fato de que as cidades são corpos vivos que se modificam constantemente, evidencia um prejuízo para o desenvolvimento estável e consistente dessa política pública. Existia a proposta de uma transição controlada, de um aperfeiçoamento gradativo do setor, combinando formalização, regulação e controle social, mas a prática determinou uma aplicação contida das intenções mais destacadas da Lei n. 11.445/2007. Em certa medida, a Lei n. 14.026/2020 surge para retomar essas primeiras intenções, agora com uma ênfase destacada ao incentivo à participação privada no setor.

Desde o início, nos estudos desenvolvidos para a confecção do PLANSAB, os técnicos trabalharam nas suas conclusões com três diferentes cenários. O documento foi elaborado para um horizonte de vinte anos (2033), orientando o planejamento dos serviços ao longo dessas duas décadas a partir de simulações em relação ao futuro do Brasil. Contudo, em todas essas análises, nenhuma projeção foi capaz de considerar a hipótese de o Estado brasileiro mergulhar em crises tão profundas – também em razão do cenário internacional –, seja no aspecto político, econômico ou sanitário, exatamente as características do momento presente (o ano de 2021/2022).

O PLANSAB, é de conhecimento público, adotou como metodologia a realização de seminários regionais e eventos para viabilizar uma ampla participação social na construção do documento, conhecido em 2013, nos quais explicitaram-se os cenários prováveis para a política de saneamento do Brasil. Estima-se que mais de quinhentas pessoas participaram dos cinco seminários (regiões Sul, Sudeste, Norte, Nordeste e Centro-Oeste), realizados de 2009 a 2010. A partir dos anseios e das aspirações levantados, definiram-se as visões regionais para o saneamento básico e desenharam-se os cenários.

O cenário 1 foi considerado como “desejado” para os anos 2011-2030, e tomado como base para a definição do planejamento, das diretrizes, das estratégias, das metas, dos investimentos e dos procedimentos. Os cenários 2 e 3, alternativos, foram descritos como necessários para o planejamento, de forma que, se houvesse mudança de rumo do cenário 1, os gestores teriam referenciais suficientes para corrigir os rumos do plano.

Pois bem, não é demasiado considerar que o Brasil, em 2015, estava vivendo uma importante crise econômica, agravada em 2016 e 2017, o que ocasionou um congelamento no fluxo de investimentos públicos. O ano eleitoral pós-impeachment, 2018, também foi marcado por incertezas no âmbito da política, com repercussões na atividade econômica do país. De outro lado, no mundo, acentuaram-se os compromissos e alertas internacionais de respeito aos direitos humanos, em especial ao objetivo de universalização do acesso ao saneamento básico e à água potável³⁸⁰ e de promoção de ações para atingir as metas do objetivo seis dos ODS. Perante contexto tão complexo, o Poder Executivo e o Poder Legislativo, com as mediações do Poder Judiciário, obrigaram-se a construir artesanalmente um outro modelo, partindo do acúmulo de conhecimento e experiências obtidos durante a elaboração e discussão da Lei n. 11.445/2007. Essa propôs um modelo identificado com aquela conjuntura, que poderia ter sido mais bem desenvolvido e aplicado de maneira mais consistente, mas a realidade tornou necessário reforçar os mecanismos que estimulariam uma ampliação da participação privada no setor.

Caso concretizasse-se o cenário 1, no qual cogitava-se manter, no Brasil, o nível de crescimento econômico de 5,5% do período 2009-2010, posteriormente ajustado para 2011-2012, haveria uma elevação dos investimentos, não apenas do setor público, como do setor privado, para diversos campos da economia nacional – essa era

380 O relator especial da ONU para o saneamento básico e a água, Léo Heller, declarou, às vésperas do Fórum Mundial da Água realizado no Brasil em 2018, que os direitos humanos devem orientar a prestação de serviços, a regulação e as políticas públicas de água e saneamento. Também comentou sobre as iniciativas de privatização de operadores de serviço de saneamento, que, segundo ele, não são, por si só, violadoras dos direitos humanos, mas trazem riscos caso não sejam bem reguladas. Disponível em: <<http://dssbr.org/site/2018/03/direitos-humanos-devem-orientar-politicas-de-agua-e-saneamento-diz-relator-da-onu/>.. Acesso em: 6 nov. 2020.

a tese sustentada. Poder-se-ia imaginar um estágio mais avançado dos indicadores sociais, com redução das desigualdades urbanas e regionais. Na política macroeconômica, seria preservada a estabilidade da moeda, o controle da inflação e as metas de superavit primário. E, segundo convicções do próprio governo:

[...] a taxa de investimento do setor público (Governo Federal, Estados e Municípios) perfaz um ciclo completo entre 2009 e 2020, cuja fase ascendente está entre 2009 e 2015 (salto de 3,28% do PIB em 2009 para 4,09% em 2015). A partir de 2016 ocorre a maturação do pacote de investimentos dos anos anteriores e a conseqüente queda da taxa de investimento, que alcança 3,16% do PIB em 2020. O aumento do investimento público no período em análise gera externalidades ao investimento privado. Assim sendo, o investimento agregado salta do patamar deprimido de 2009, de 16,71% do PIB, alcançando o seu ápice em 2015 (24,95%), e termina este ciclo de investimentos em 2020 com 23,3% do PIB.³⁸¹

Também projetariam-se aperfeiçoamentos nos marcos regulatórios dos segmentos de oligopólio, ou com característica de monopólio natural, permitindo a ampliação de investimentos nos setores de energia, transporte e, principalmente, saneamento.³⁸² Nesse ínterim, o Estado permaneceria com o protagonismo das políticas de saneamento, em escalada progressiva, garantindo um conjunto de direitos sociais, identificados com o direito ao desenvolvimento,

381 HELLER, Léo. **Plano Nacional de Saneamento Básico**: PLANSAB, proposta de plano, Ministério das Cidades, Secretaria Nacional de Saneamento Ambiental, Brasília, 2011, p. 92.

382 *Ibidem*, p. 93. Nesse contexto, “[...] o governo federal consegue aumentar o patamar de investimentos públicos em relação ao PIB (de 3,26% em 2011 para 4,54% em 2025 e 3,69% em 2030) com recursos do Orçamento Geral da União, emendas parlamentares, implementação do Plano de Aceleração do Crescimento (PAC) e de outros programas de governo, à medida que a economia registra elevadas taxas de crescimento”.

o direito ao meio ambiente sadio e o direito ao futuro. Logo, o papel do Estado seria o de:

[...] provedor dos serviços públicos e condutor das políticas públicas essenciais, incentivando a garantia de direitos sociais com a incorporação da variável ambiental em seu modelo de desenvolvimento, estimulando o consumo sustentável. Estabilidade, aprimoramento e fortalecimento de instrumentos jurídicos e normativos, com definições claras para os atores envolvidos, consolidação das funções de gestão e relação entre os agentes do setor bem estabelecidas. Forte cooperação, consórcio e coordenação entre os entes federativos com incentivos para a melhoria das inter-relações.³⁸³

Nesse ambiente favorável, esperar-se-ia um considerável crescimento da economia nacional, dentro de uma visão de política macroeconômica, garantindo um controle sobre o nível de endividamento público. O Estado permaneceria comprometido com a prestação de serviço e o financiamento público, nos termos do artigo 175 da Constituição Federal. Seria o planejador e o executor das políticas públicas essenciais, com foco na concretização dos direitos fundamentais, sob um olhar de desenvolvimento com sustentabilidade social, econômica e ambiental.

A União, as companhias estaduais e os próprios municípios, em atuação isolada ou consorciada, teriam relevância em todas as etapas do processo. Assim, o aprofundamento de mecanismos de controle e participação social na construção e implementação dessas políticas públicas tornaria-se indispensável, perseguindo-se a formação de uma comunidade ideal de fala, com a diminuição progressiva do deficit de informação, limitador de uma participação consequente nesses processos.³⁸⁴ É um cenário que, por viabilizar

383 Ibidem, p. 94.

384 Panorama, Volume VI, p. 38-39, 2011. Sem dúvida, é o que estudo conclui, “[...] os municípios têm apresentado problemas na gestão dos serviços, graças à descontinuidade política nas ações de saneamento, à ausência de uma gestão →

a consolidação de um modelo público de prestação do serviço, depende de investimentos diretos no setor.³⁸⁵

Historicamente, quando o Estado tem condições de investir em determinada política pública e já existe uma infraestrutura instalada, com razoável capacidade de atender às demandas da população, é possível observar uma tendência de tentar assumir a operação — o caso recente da reestatização em Paris. Todavia, não há nada mais longe desse cenário do que a realidade brasileira atual, projetada também para os anos subsequentes à pandemia. Então a intervenção do Estado no setor pode ocorrer na esfera da regulação ou da fiscalização, jamais no que se refere ao investimento ou à operação. Obviamente, em relação ao trabalho já desenvolvido pelas companhias estaduais, defende-se a continuidade assistida dos contratos de programa, depois dos obrigatórios aditamentos, até o advento do termo contratual. Ao mesmo tempo, a depender do caminho escolhido pela companhia, automaticamente esses contratos de programa transitam para a condição de contratos administrativos de concessão, nos mesmos termos anteriormente acordados (e atualizados) entre municípios titulares, estado e empresa estatal. Não se altera o conteúdo base do instrumento, mas pode variar a presença, maior ou menor, da regulação contratual ou discricionária, conforme as peculiaridades da situação sob análise.

Atualmente, o BNDES não cumpre com a mesma abrangência o papel de financiador dos projetos de infraestrutura no país (o que

→ integrada, de planejamento participativo e controle social [...]. Neste contexto, têm se manifestado as dificuldades técnicas nos municípios, para captação de recursos e desenvolvimento de projetos, bem como para a elaboração de planejamento municipal. [...]. A ausência de transparência na utilização dos recursos disponíveis prejudica a fiscalização das ações de saneamento por parte dos diversos atores sociais. [...]. Assim, a inexistência de instrumentos que promovam uma abertura do setor de saneamento para a participação das sociedades, com planejamento e recursos que proporcionem a mobilização da população, têm sido fatores impeditivos para que se estabeleça uma efetiva gestão e um adequado controle social sobre as ações desenvolvidas no setor”.

385 Ibidem, p. 4. Os programas governamentais trazem macro diretrizes e estratégias que tentam identificar as fontes de financiamento, logo, referem-se “[...] ao investimento público e à cobrança pelos serviços de saneamento básico, visando, dentre outros aspectos, assegurar fluxo estável de recursos financeiros para o setor e mecanismos para sua eficiente utilização e fiscalização, com base no princípio da qualificação dos gastos públicos e da progressiva priorização de investimentos em medidas estruturantes”.

era muito forte até 2016), concentrando-se cada vez mais nas tarefas de estruturar modelos de concessão, parcerias público-privada ou privatização.

No caso do cenário 2, dentro dos mesmos estudos, admitindo-se que a economia mundial permanecesse com taxas mais baixas de crescimento, e o governo federal preservasse a diretriz de sua política econômica, com a manutenção do superavit primário e o controle da inflação, não teria o governo conseguido reduzir a dinâmica de aumento dos gastos correntes públicos. Portanto, seria imediato o impacto negativo nas reservas destinadas aos investimentos públicos — mantendo-se sempre abaixo de 3,7% durante todo o período, uma estimativa para 2020 e 2030. Assim, a economia apresentaria um crescimento menor, em torno de 4,4% ao ano de 2011 a 2020, e de 4,5% de 2010 a 2030.

No cenário 2, já era falado em desestatização, com isso, é razoável prever:

[...] a redução da intervenção do Estado na economia, com a privatização na prestação de serviços de funções essenciais e a pouca aplicação de marcos regulatórios, além de considerar cooperação de baixa efetividade e fraca coordenação na esfera interfederativa.³⁸⁶

Por fim, no cenário 3, a política macroeconômica produziria um crescimento econômico menor, tornando a capacidade de gasto e investimento público moderada na comparação com os outros contextos. Aqui, da mesma forma, admitir-se-ia a possibilidade de redução do papel do Estado, com a desestatização de alguns serviços vinculados às suas funções essenciais, ou seja, conforme refere esse trabalho, a desigualdade de acesso ao serviço público de saneamento básico acabaria sendo reforçada.

Na verdade, para tal cenário, ante uma economia orientada ao controle da inflação e um crescimento menor em termos de

386 HELLER, Léo. **Plano Nacional de Saneamento Básico**: PLANSAB, proposta de plano, Ministério das Cidades, Secretaria Nacional de Saneamento Ambiental, Brasília, 2011, p. 96.

investimentos públicos no setor, cogitava-se a “[...] manutenção do atual patamar de investimentos públicos federais em relação ao PIB e recursos do Orçamento Geral da União, em conformidade com os critérios de planejamento”.³⁸⁷ Todavia, para uma situação que se revelou muito mais grave, mesmo antes da pandemia, a transferência de recursos públicos ao setor foi substancialmente descontinuada.

Em nenhum dos três cenários a desestatização (e, não se pode descartar, a privatização) surgia claramente como o modelo desejado, salvo diante de uma situação emergencial, de precariedade, mas sem qualquer movimento racional na direção dessa escolha. Porém, é importante ressaltar, todas as análises ficaram distantes de projetar a verdade de hoje (2020/2021).

Note-se que os cenários traçados consideravam duas hipóteses, sem nem sequer projetar ações no caso de ocorrência da terceira circunstância possível, talvez considerada como improvável à época. Naquela, o contexto macroeconômico não foi desenhado, mas admitia um Estado minimalista com mudanças no marco regulatório e conflitos nas relações interfederativas. A interpretação dessa hipótese há de ser no sentido de um abandono significativo das diretrizes originalmente traçadas no PLANSAB e da definição de novos modelos de gestão, a partir de uma reconfiguração do marco regulatório do saneamento aprovado em 2007.

6. As Medidas Provisórias n. 844/2018 e n. 868/2018

As repercussões da grave crise política e econômica que teve início em meados de 2014 tornaram implausíveis os cenários projetados no PLANSAB, mesmo cogitando-se o mais pessimista deles (o cenário 3). Como consequência, colocou-se novamente em pauta no debate público o papel do Estado na prestação de serviços de saneamento.

A redação das medidas provisórias n. 844/2018 e n. 868/2018 pelo então presidente Michel Temer desencadeou um movimento que culminou na aprovação do Novo Marco do Saneamento em

387 Ibidem, p. 99.

2020. Aproveitando-se de um acúmulo de debates anteriores e dos números negativos do setor, agravados pelas múltiplas crises — sendo um dado relevante o problema sanitário, que destaca o deficit de prestação existente —, dessa vez, construiu-se rapidamente um consenso para um novo marco.

A MP n. 844/2018, publicada em 6 de junho de 2018, pretendia atualizar o Marco Legal do Saneamento do Brasil. Suas disposições visavam a: *(i)* ampliar as competências da Agência Nacional de Águas (ANA), para que essa editasse normas de referência nacionais para o saneamento; *(ii)* modificar as atribuições do cargo de especialista em recursos hídricos; e *(iii)* aperfeiçoar as condições estruturais do saneamento no Brasil.

A medida provisória intencionava atacar o problema da falta de investimentos, criando um ambiente mais favorável à competição pelo mercado do saneamento. A ampliação dos poderes da ANA uniformizaria a regulação no setor, trazendo segurança jurídica, e regras como a obrigatoriedade da licitação estimulariam a competitividade. O conteúdo da MP era bastante extenso e de modo algum consensual entre os representantes eleitos. As modificações propostas, principalmente quanto ao ponto *(iii)*, foram significativas e, pela mesma razão, muito polêmicas.

Quinhentas e vinte e cinco emendas foram apresentadas ao texto da MP, mostrando o conteúdo disputado. Na sequência, instaurou-se a Comissão Mista do Congresso Nacional, com relatoria do senador Valdir Raupp (MDB-RO). Tal comissão reuniu-se seis vezes. Nas três primeiras (em 8 de agosto, 4 de setembro e 30 de outubro de 2018), abordou-se a eleição do presidente e do vice-presidente da comissão, tendo encerrado-se a segunda por falta de quórum. Na quarta reunião, também em 30 de outubro, apreciou-se o relatório da MP, que foi objeto de audiência pública interativa na quinta reunião, no dia 31 desse mês. Por fim, na sexta, ocorrida na mesma data, aprovou-se o relatório da Comissão Mista.

O extenso parecer da Comissão Mista analisou cada uma das diversas emendas apresentadas à MP. A estratégia foi juntar em grupos emendas sobre os variados pontos do texto legal e verificar o cabimento. Por exemplo, um grupo grande de emendas dizia respeito a um suposto conflito de competência gerado pela parte da MP que dispunha acerca da ampliação dos poderes da ANA. Argumentava-se, em linhas gerais, que, sendo a titularidade

do serviço dos municípios, não se poderia falar em uma agência reguladora nacional. A rejeição em bloco dessas emendas foi feita enfatizando o caráter de normas de referência a serem editadas pela ANA, que serviria, antes, para orientar e incentivar a atuação dos municípios titulares, não para os vincular.

Votou-se “pela constitucionalidade, juridicidade, regimentalidade e técnica legislativa da matéria, pela sua adequação financeira e orçamentária e, no mérito, por sua aprovação”.³⁸⁸ No entanto, o projeto não ficou intocado, uma vez que trinta das emendas propostas foram total ou parcialmente acolhidas.

Aprovada na Comissão Mista, a MP deveria ser votada pelo Congresso Nacional até o dia 19 do mês seguinte, sob pena de caducar. Devido ao seu conteúdo controvertido e ao clima político desfavorável, não houve acordo para a votação, assim, o texto legal efetivamente perdeu a vigência. No dia 14 de novembro daquele ano, esse desfecho já se anunciava, após um acordo entre os líderes partidários de adiar a inclusão da MP na pauta de votação.³⁸⁹

Um episódio ilustra o clima político da época: após a aprovação da MP na Comissão Mista, endereçou-se através da Associação Brasileira das Empresas Estaduais de Saneamento (AESBE) uma carta assinada por vinte e dois governadores opondo-se às mudanças propostas.³⁹⁰ As reivindicações principais consistiam na falta de diálogo aberto com a sociedade, tanto com os cidadãos quanto com os próprios representantes dos estados, e no término do subsídio cruzado. Acreditava-se que a desestatização no setor, junto ao fim do subsídio cruzado, favoreceria as regiões mais desenvolvidas, que naturalmente tinham um sistema de saneamento mais eficiente. Desse modo, colocar-se-ia um obstáculo importante à universalização do serviço.

388 Parecer n. 1 de 2018, p. 67. Disponível em: <https://www.congressonacional.leg.br/materias/medidas-provisorias/-/mpv/133867>. Acesso em: 16 ago. 2020.

389 Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2018/11/14/mp-sobre-saneamento-basico-nao-sera-lida-e-deve-perder-vigencia>. Acesso em: 16 ago. 2020.

390 Carta na íntegra disponível em: <https://www.congressonacional.leg.br/materias/medidas-provisorias/-/mpv/133867>. Acesso em: 16 ago. 2020.

Vale destacar alguns pontos dessa medida provisória, cujo conteúdo tem o mesmo teor, no geral, do Marco Legal recentemente aprovado. Primeiramente, foi inserido um artigo específico a respeito da titularidade dos serviços de saneamento (art. 8º-A), que corrobora, em parte, o entendimento do STF de que titulares são os municípios, mas que na sequência faz uma restrição (§§ 1º e 2º):³⁹¹

Art. 8º-A. Os Municípios e o Distrito Federal são os titulares dos serviços públicos de saneamento básico. § 1º O exercício da titularidade dos serviços de saneamento básico pelos Municípios e pelo Distrito Federal fica restrito às suas respectivas áreas geográficas. § 2º Na hipótese de interesse comum, o exercício da titularidade dos serviços de saneamento básico será realizado por meio:

- I - de colegiado interfederativo formado a partir da instituição de região metropolitana, aglomeração urbana ou microrregião; ou
- II - de instrumentos de gestão associada, por meio de consórcios públicos ou de convênios de cooperação, nos termos estabelecidos no art. 241 da Constituição.

Outra inovação importante das medidas provisórias de 2018 foi a obrigatoriedade de publicação de edital de chamamento público para a apresentação de propostas, impondo o estabelecimento de processo licitatório nos casos em que os contratos de programa com as companhias estaduais os dispensavam. Conforme afirmamos acima, essa regra é um dos pilares da solução proposta através da MP:

Art. 10-A. Nas hipóteses legais de dispensa de licitação, anteriormente à celebração de contrato de programa, previsto na Lei n. 11.107, de 2005, o titular dos serviços publicará edital de chamamento público com vistas a angariar a proposta de manifestação de

391 Restrição inclusive contrária à decisão da n. ADI 1.842.

interesse mais eficiente e vantajosa para a prestação descentralizada dos serviços públicos de saneamento. § 1º O edital de chamamento público a que se refere o *caput* estabelecerá prazo mínimo de trinta dias para apresentação das propostas, que conterão, entre outros:

I - o objeto e o prazo de vigência do contrato, compatível com a amortização dos investimentos realizados, inclusive quanto à eventual prorrogação;

II - a forma de remuneração e de atualização dos valores contratuais;

III - as tarifas a serem praticadas e a metodologia de reajuste, conforme as diretrizes regulatórias do setor de saneamento básico;

IV - o plano e o cronograma de investimentos a serem realizados para a prestação adequada dos serviços públicos de saneamento básico;

V - os índices de qualidade de serviços e as metas parciais e finais a serem atingidas, de acordo com o plano e o cronograma propostos; e

VI - o valor estimado do contrato de programa ou do contrato.

Uma medida impactante havia sido adotada nas MPs; contudo, foi excluída no Novo Marco Legal aprovado no Congresso. Tratava-se da substituição da exigência de planos de saneamento por simples estudos de viabilidade, o que suprimia uma importante ferramenta de participação no planejamento e controle da execução das políticas de saneamento:

Art. 11. (...)

II - a existência de estudo que comprove a viabilidade técnica e econômico-financeira da prestação dos serviços, nos termos estabelecidos no respectivo plano de saneamento básico;

§ 5º Na hipótese de não existência de plano de saneamento básico aprovado nos termos estabelecidos no § 1º do art. 19, as condições de validade previstas nos incisos I e II do *caput* poderão ser supridas pela

aprovação pelo titular de estudo que fundamente a contratação, com o diagnóstico e a comprovação da viabilidade técnica e econômico-financeira da prestação dos serviços, observado o disposto no § 2º.

Como dissemos, essas inovações perderam vigência após o adiamento sucessivo da sua votação no Congresso. No entanto, o debate sobre o saneamento não saiu mais da pauta do Poder Executivo e do Poder Legislativo.

Reflexo dessa continuidade de debates e de ações, publicou-se, pouco mais de um mês depois, no dia 28 de dezembro de 2018, uma nova medida provisória com o mesmo teor da que perdera a vigência. A MP n. 868/2018 nada mais foi que uma reprodução da proposta da MP n. 844/2018 após o parecer da Comissão Mista; incorporou a discussão feita anteriormente entre representantes, em conjunto com especialistas e interessados. Entretanto, o texto legal teve um destino idêntico ao de seu predecessor: perdeu a vigência no dia 3 de junho de 2019 por falta de acordo nas casas do Congresso para pautar sua votação.

A história da tramitação da MP n. 868/2018 está vinculada intimamente à da aprovação do Novo Marco do Saneamento na forma de projeto de lei, como veremos a seguir. A medida provisória foi objeto de Comissão Mista,³⁹² que discutiu a matéria ao longo de sete reuniões, três audiências públicas, com participação de dezessete especialistas, entre eles representantes de associações de empresas estaduais, profissionais, consultores e membros da academia e de organizações não governamentais.

A relatoria coube ao senador Tasso Jereissati, que elaborou parecer, cujo voto recomendava acolhimento da constitucionalidade, juridicidade e técnica legislativa, adequação financeira e orçamentária, e, no mérito, pela aprovação do texto, com acolhimento de diversas emendas. São relevantes: (i) os aperfeiçoamentos do texto, inclusão de prioridades de universalização, regionalização, evolução das metas dos serviços e subsídio para populações de baixa renda

392 Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2190282>. Acesso em: 6 nov. 2020.



(emendas 195, 275, 283, 112, 189, 379); e *(ii)* a supressão do artigo 10-C (emendas 1, 8, 15, 22, 31, 63, 80, 99, 104, 137, 155, 175, 217, 221, 282, 324, 351, 367, 440, 450, 494), que previa a possibilidade de contrato de programa na ausência de interessados em processo licitatório, estabelecendo a regra de que, encerrando-se os contratos de programa, deve-se abrir processo licitatório para concessão do serviço.



Capítulo IV

O Novo Marco Legal do Saneamento Básico

1. A Origem da Lei n. 14.026/2020

Da apreciação da MP n. 868/2018, resultou o Projeto de Lei de Conversão n. 8/2019, oferecido em maio de 2019, que introduziu, além das emendas aludidas: *(i)* a atribuição de competência aos estados para o estabelecimento de blocos de prestação regionalizada (art. 14 da Lei n. 11.445/07), sem necessidade de convalidação pelos municípios do plano de saneamento regional (art. 17 da Lei n. 11.445/07), e a inclusão da estruturação regionalizada como condicionalidade para o financiamento federal (art. 50 da Lei n. 11.445/07); *(ii)* a previsão de remuneração dos investimentos realizados por prestadores privados, indenizando-os quando da transferência a outro prestador, com as devidas amortizações (art. 42 da Lei n. 11.445/07); *(iii)* a introdução de competência da União para estabelecer blocos de prestação regionalizada, na ausência do exercício dessa atribuição pelos estados em até dois anos (art. 53 da Lei n. 11.445/07).

Apresentaram-se na sequência votos em separado dos deputados Afonso Florence e Igor Timo, alegando inconstitucionalidades da medida e do projeto de lei, com: *(i)* a definição em lei federal do conceito de serviço de interesse local e de interesse comum (art. 30, V, CF), que dependeria de lei complementar estadual, o que é facultado, mas não uma obrigação (art. 25, § 3º); *(ii)* a inexistência de previsão de prazo de transição, causando prejuízos às contas públicas estaduais e ferindo o princípio de proteção da confiança; *(iii)* a possibilidade de conversão de contratos de programa em concessões, em previsível caso de alienação de controle acionário das companhias estaduais, ferindo, na prática, a exigência de licitação (art. 175, CF); e *(iv)* a violação do pacto federativo (art. 18) e da titularidade municipal. Ambos

foram rejeitados pela comissão, que aprovou em 7 de maio de 2019 o Projeto de Conversão.³⁹³

Tal projeto não chegou a ser aceito pelo plenário antes do fim da vigência da medida provisória, expirada em 3 de junho de 2019, extinguindo-se a comissão. Mas, no mesmo mês, o relator, senador Tasso Jereissati, levou seu integral teor à apreciação do Senado, na forma do Projeto de Lei n. 3.261/2019, já no início do mês de junho.³⁹⁴ Assim, naquele momento, adicionou ao texto apenas uma nova redação para o artigo 12, consolidando alguns acordos já produzidos na Câmara dos Deputados para conservar a vigência até o termo final dos contratos de programa existentes, com possibilidade de conversão e prorrogação, desde que adotados modelos de parceria público-privada capazes de antecipar investimentos necessários à universalização, sob pena de extinção:

Art. 12. Os contratos de concessão e os contratos de programa para prestação dos serviços públicos de saneamento básico existentes na data de publicação desta Lei permanecerão em vigor até o advento do seu termo contratual.

§ 1º Os contratos de programa poderão ser convertidos em contratos de concessão, bem como poderão ter seus prazos prorrogados, por uma única vez, a fim de garantir a amortização dos investimentos necessários à universalização dos serviços objeto do respectivo contrato, mediante acordo entre as partes.

§ 2º No caso de conversão em contrato de concessão ou de prorrogação dos contratos de programa, deverão ser adotados modelos de parcerias com a iniciativa privada de forma a antecipar os investimentos necessários à universalização dos serviços, cujo modelo deverá ser submetido à aprovação do

393 Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1745771&filename=Tramitacao-MPV+868/2018. Acesso em: 6 nov. 2020.

394 Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/137118>. Acesso em: 6 nov. 2020.

órgão regulador em até 48 (quarenta e oito) meses contados da publicação desta lei.

§ 3º Nos casos listados no § 2º deste artigo, o edital de licitação da parceria com a iniciativa privada deverá ser publicado em até 12 (doze) meses após a sua aprovação pelo órgão regulador.

§ 4º Caso a parceria não seja contratada, sem justo motivo, assim reconhecido pela agência reguladora competente, em até 12 (doze) meses contados da publicação do edital a que se refere o § 3º deste artigo, o contrato de programa ou de concessão será extinto em 24 (vinte e quatro) meses.

§ 5º Nos casos em que o serviço público de saneamento básico esteja sendo prestado por empresa pública ou sociedade de economia mista sem a prévia formalização de contrato com o titular dos serviços, poderão ser firmados, de forma excepcional, contratos de concessão por dispensa de licitação, obedecendo as condições previstas nos §§ 2º e 3º deste artigo.

§ 6º Aplica-se ao modelo de parceria a ser apresentado, na forma do § 2º deste artigo, o disposto no § 5º do art. 13 desta Lei.

Aprovado, com algumas emendas menores na Comissão de Serviços de Infraestrutura, foi levado ao plenário do Senado, de onde resultou projeto substitutivo com emendas que previram, em síntese: (i) fortalecimento do caráter vinculante dos blocos de prestação dos serviços, mediante previsão de seu estabelecimento por lei estadual (§ 1º adicionado ao art. 14 da Lei n. 11.445/2007);³⁹⁵ (ii) reintrodução da possibilidade de contratação da empresa estadual por dispensa de licitação na hipótese de deserção da licitação para concessão dos serviços (§ 2º adicionado ao art. 11 da Lei n. 11.445/2007);³⁹⁶

395 “§ 1º Os Estados estabelecerão por lei blocos para a prestação dos serviços de saneamento básico com vistas à geração de ganhos de escala e à garantia da universalização e da viabilidade técnica e econômico-financeira dos serviços.”

396 “§ 2º Fica autorizada a assinatura de contratos de concessão por dispensa de licitação com empresas públicas ou companhias de economia mista do segmento →

(iii) substituição, como condição para a prorrogação dos atuais contratos de programa, da exigência de formalização de parceria com a iniciativa privada por uma abertura a manifestações de interesse do setor privado (nova alteração no art. 12 da Lei n. 11.445/2007);³⁹⁷ (iv) instituição da faculdade de formalização de situações de fato de prestação dos serviços mediante o reconhecimento da existência de contrato de programa com prazo suficiente aos investimentos vinculados à universalização dos serviços (nova redação dada ao art. 15 da Lei n. 11.445/07);³⁹⁸ (v) supressão das alterações promovidas no art. 10 da Lei n. 11.445, de 2007; e (vi) supressão à revogação da dispensa de licitação para os contratos de programa.

O texto alterado foi remetido à Câmara dos Deputados para revisão e recebido em 12 de junho 2019 pela Mesa Diretora, que o encaminhou, em 4 de setembro, à Comissão de Desenvolvimento Urbano (CDU), à Comissão de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável (CMADS), à Comissão de Trabalho, Administração e Serviço Público (CTASP), à Comissão de Finanças e Tributação (CFT) e à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJC), determinando,

→ de saneamento básico caso a licitação de que trata o inciso VI do *caput* reste deserta ou não haja viabilidade econômica que justifique sua privatização.”

397 “Art. 12. Os contratos de concessão e os contratos de programa para prestação dos serviços públicos de saneamento básico existentes na data de publicação desta Lei permanecerão em vigor até o advento do seu termo contratual. § 1º Os contratos de programa poderão ser convertidos em contratos de concessão, bem como poderão ter seus prazos prorrogados, por uma única vez, a fim de garantir a amortização dos investimentos necessários à universalização dos serviços contratados, mediante acordo entre as partes. § 2º É facultado a qualquer interessado propor ao prestador dos serviços, a qualquer tempo, projeto de parceria com vistas à universalização dos serviços. § 3º O prestador dos serviços poderá sugerir adequações às propostas apresentadas nos termos do § 2º deste artigo. § 4º A entidade reguladora, o titular dos serviços e o prestador avaliarão conjuntamente a conveniência e oportunidade da proposta no prazo de 12 (doze) meses de seu recebimento. § 5º Em caso de manifestação favorável à proposta, o correspondente edital de licitação deverá ser publicado no prazo de 12 (doze) meses.”

398 “Art. 15. As situações de fato de prestação de serviços públicos de saneamento básico por empresa pública ou sociedade de economia mista sem contrato com o titular dos serviços, existentes na data de publicação desta Lei, poderão ser reconhecidas como contratos de programa e formalizadas, mediante acordo entre as partes, em até 5 (cinco) anos. Parágrafo único. Os contratos reconhecidos terão como prazo máximo aquele suficiente para garantir a amortização dos investimentos vinculados à universalização dos serviços, limitado a no máximo 30 (trinta) anos, obedecido o disposto no § 1º do art. 11 e no *caput* do art. 13.”

ainda, a instauração de Comissão Especial do Marco do Saneamento Básico.³⁹⁹

Processaram-se diversos requerimentos para realização de eventos, como seminários regionais e nacionais para debate do projeto (1/2019), e para audiências públicas com diversas entidades interessadas tanto na Câmara quanto em estados específicos, além de visitas a Uruguaiana, Manaus e Palmas de forma a “avaliar os resultados efetivos da gestão privada dos serviços de saneamento e aprimorar o projeto” (3/2019). Ao longo de setembro e outubro, ocorreram doze audiências públicas e sete seminários externos nos estados de Tocantins, Pernambuco, Paraíba, Rio Grande do Sul, São Paulo, Amazonas e Bahia.

Ao fim do mês de outubro, o relator Geninho Zuliani ofereceu primeira versão de seu parecer, com projeto substitutivo, que viria a consolidar o texto do projeto n. 3.261/2019, ao qual foram apensados os projetos n. 10.996, de 2018, n. 3.070, n. 3.189, n. 3.239, n. 3.343, n. 3.620, n. 3.770 e, em especial, o n. 4.162/2019, apresentado pelo Poder Executivo durante a tramitação daquele originário do Senado, quando vários dispositivos foram incorporados ao substitutivo, por convergirem sobremaneira com o anterior. O documento aponta as dificuldades enfrentadas nas últimas décadas no setor do saneamento, os resultados catastróficos da falta desses serviços em uma enorme parcela no país e as estimativas da necessidade de investimentos da ordem de 22 bilhões para a universalização:

Estamos certos, portanto, de que a obtenção de novos recursos demanda maior participação da iniciativa privada, que hoje está presente em apenas 325 dos 5.570 municípios brasileiros. Para que isso aconteça, contudo, é essencial um novo marco legal do saneamento básico. O projeto de lei principal e a maioria dos projetos apensados objetivam exatamente isto: aprimorar as condições estruturais do saneamento básico no País, mediante alterações na legislação

399 Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2207613>. Acesso em: 6 nov. 2020.

federal que impactam esse setor, principalmente na Lei nº 11.445/2007, que estabelece as diretrizes nacionais para o saneamento básico. E, nesse sentido, caminha também o substitutivo ora proposto.⁴⁰⁰

As principais alterações no projeto do senado operadas por esse substitutivo podem ser assim resumidas: (i) condicionamento da possibilidade de prorrogação por cinco anos dos contratos de programa à comprovação de cobertura de 90% do serviço de abastecimento de água e de 60% do serviço de coleta e tratamento de esgoto na data da publicação da lei; (ii) na eventualidade de substituição dos contratos de programa por concessões de prestação regionalizada, acresce que a decisão de adesão deve ser tomada pela Câmara Municipal em casos de “interesse local” ou por estrutura de governança interfederativa em caso de “interesse comum” (região metropolitana, aglomeração ou microrregião); (iii) redução para seis meses do prazo para o estabelecimento dos blocos de referência de prestação regionalizada pelos estados, ao fim do qual a União está autorizada a fazê-lo; (iv) inclusão de novas competências para as normas de regulação a serem estabelecidas pela ANA; (v) previsão de revisão a cada dez anos, no mínimo, dos Planos de Saneamento Básico; (vi) possibilidade de substituição dos planos municipais de saneamento por estudo de viabilidade técnica da prestação dos serviços.

Houve apresentação de votos em separado pelos deputados Orlando Silva, Alice Portugal e Fernando Monteiro. Indicaram os seguintes pontos que obstarão a aprovação do projeto nos termos acolhidos pelo parecer do relator: (i) a violação da autonomia dos municípios (art. 18, CF), na condição de titulares do serviço, pois obrigaria, na prática, “o Município a aceitar que uma empresa privada assumira o lugar da companhia estadual”, além de condicionar o acesso a recursos federais à adesão às normas reguladoras a serem estabelecidas pela ANA; (ii) o desequilíbrio sem contrapartida do atual sistema de subsídios cruzados, ao não prever instrumentos

400 Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD0020191102001980000.PDF#page=321>, p. 330. Acesso em: 6 nov. 2020.

suficientes de compensação da tendente tomada por prestadores privados apenas dos municípios rentáveis; *(iii)* a relativização do dever de participação social na elaboração dos planos municipais, ao facultar sua substituição por estudo técnico.

Votaram, a despeito disso, pela aprovação do substitutivo, com estas mudanças: *(i)* instituição de um Fundo Nacional de Saneamento Básico para complementação dos investimentos necessários à universalização; *(ii)* previsão pela reguladora da possibilidade de adoção de métodos alternativos e descentralizados para o atendimento em áreas rurais ou núcleos urbanos informais; *(iii)* possibilidade de manutenção da modalidade dos contratos de programa mediante condições, como estudos de viabilidade e de alternativas; *(iv)* exclusão dos conceitos de blocos de prestação passíveis de definição pela União, sob pena de violação da competência do artigo 25, § 3º, Constituição Federal, reservando aos municípios e estados a definição das regiões metropolitanas, aglomerações e microrregiões.⁴⁰¹

Contudo, rejeitou-se esse substitutivo, aprovando aquele oferecido pelo relator por duzentos e setenta e seis votos favoráveis a cento e vinte e quatro contrários. Tendo em vista a ampla incorporação do projeto do Executivo, foi remetido ao Senado em 19 de dezembro de 2019 — PL n. 4.162/19-A. Em relatório do senador Tasso Jereissati,⁴⁰² uma aparente resposta às objeções trazidas ao longo das discussões parlamentares anteriores, manifestou-se que eventuais questões relativas à constitucionalidade das alterações de competências de órgãos estariam redimidas pelo fato de o novo projeto ser de iniciativa do Poder Executivo, respeitando a competência legislativa da União para “instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico” (art. 21, XX, CF). No plenário, houve oitenta e seis propostas de emenda, lidando com tópicos como o aprimoramento das regras para desestatização das companhias estaduais, a prorrogação dos atuais contratos de programa, a atuação da ANA, a regionalização dos serviços e a participação social até questões ligadas ao licenciamento ambiental, à

401 Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1824760&filename=Tramitacao-PL+3261/2019. Acesso em: 6 nov. 2020.

402 Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8122700&ts=1596663450281&disposition=inline>. Acesso em: 6 nov. 2020.

gestão de recursos hídricos e à regularização fundiária. O parecer do relator Tasso Jereissati, no entanto, direcionou à rejeição global de todas, exceto poucos ajustes redacionais, por acreditar ser de extrema urgência a aprovação:

Muitas das emendas apresentadas em Plenário contribuiriam para aperfeiçoar o projeto, mas entendemos que o momento exige do Senado uma decisão definitiva sobre o assunto, e qualquer alteração de mérito postergaria por um tempo indefinido a aprovação do novo marco legal devido à necessidade de devolver a matéria à Câmara dos Deputados.⁴⁰³

Por acordo, retiraram-se ainda os destaques remanescentes, aprovando o projeto por sessenta e cinco votos favoráveis contra treze adversos, em sessão de 24 de junho de 2020. Processada a remessa ao Executivo, houve alguns vetos, operados pela mensagem n. 396 de 15 de julho de 2020. Resumimos aqueles que consideramos mais relevantes:

(i) Vetaram o § 12 adicionado ao artigo 50 da Lei n. 11.445/2007 e o § 1º do artigo 54 da Lei n. 12.305/2010, que previam a disponibilização de recursos federais e assistência técnica para a formação dos blocos de prestação regionalizada, sob a justificativa de que a previsão não apresentava estimativa do impacto orçamentário e financeiro, referindo-se aos artigos 113 do ADCT e 16 e 17 da LRF.

(ii) Vetou-se o artigo 16 da Lei n. 14.026/2020, que previa a possibilidade de renovação de contratos de programa vigentes, além do reconhecimento e da formalização de situações de prestação de serviços pelas companhias estaduais como tais, prorrogáveis pelo prazo máximo de trinta anos, mediante a justificativa de que “prolonga de forma demasiada a situação atual [...] além de limitar a livre iniciativa e a livre concorrência [...] em descompasso com os objetivos do Novo Marco Legal do Saneamento”.

403 Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8125482&ts=1596663453360&disposition=inline>. Acesso em: 6 nov. 2020.

(iii) Vetou-se o artigo 21 da Lei n. 14.026/2020, que previa competência do município para promoção de licenciamento ambiental dos empreendimentos e serviços de saneamento básico, pois estaria em descompasso com a Lei Complementar n. 140/2011, a qual já define o regime jurídico relativo às competências para licenciamento ambiental, em consonância com a reserva à lei complementar da matéria.

O processo de criação do Novo Marco Legal do Saneamento trouxe relativa clareza a respeito de seus pontos centrais, especialmente na medida em que os vetos não foram derrubados pelo Congresso Nacional: universalização, nacionalização da regulação por meio de normas de referência pela Agência Nacional de Águas (ANA),⁴⁰⁴ abertura do mercado (especialmente estimulada pela obrigatoriedade de conversão geral ao modelo da concessão, abolindo a figura do contrato de programa) e regionalização da prestação dos serviços de saneamento, pela condução relativamente forçada ao agrupamento de municípios em torno de regiões metropolitanas, aglomerações e microrregiões, unidades regionais instituídas pelos estados, ou mesmo de blocos de referência estabelecidos pela União:

Art. 3º [...]

VI - prestação regionalizada: modalidade de prestação integrada de um ou mais componentes dos serviços públicos de saneamento básico em determinada região cujo território abranja mais de um Município, podendo ser estruturada em:

a) região metropolitana, aglomerações urbanas ou microrregiões: unidade instituída pelos Estados, mediante lei complementar, de acordo com o § 3º do art. 25 da Constituição Federal, composta de agrupamento de Municípios limítrofes, instituída nos termos da Lei nº 13.089, de 12 de janeiro de 2015 (Estatuto da MetrÓpole);

b) unidade regional de saneamento básico: unidade instituída pelos Estados, mediante lei ordinária,

404 Trataremos deste ponto em detalhes no Capítulo VII.

constituída pelo agrupamento de Municípios não necessariamente limítrofes, para atender adequadamente às exigências de higiene e saúde pública, ou para dar viabilidade econômica e técnica aos Municípios menos favorecidos;

c) bloco de referência: agrupamento de Municípios não necessariamente limítrofes, estabelecido pela União nos termos do § 3º do art. 52 desta Lei e formalmente criado por meio de gestão associada voluntária dos titulares; [...].

No texto resultante, a adesão municipal a esses mecanismos de prestação regionalizada é, para conservar sua autonomia federativa, facultativa (art. 3º, § 5º). Contudo, aqueles que adiram serão contemplados com a possibilidade de flexibilização dos prazos para universalização (art. 11-B, § 9º) e prioridade para obtenção de recursos federais (art. 50, VI, da Lei n. 11.445/07 e art. 13, §§ 3º e 4º, da Lei n. 11.107/2005, alterados pelo Novo Marco). Essa condução à regionalização pode promover ganhos de escala e proteção de pequenos municípios (que individualmente não seriam rentáveis), bem como oferecer uma chance de conservação do mecanismo do subsídio cruzado. Com certeza, destaca-se esse ponto como um dos relevantes dentro do conceito desenvolvido pelo Novo Marco Legal.

Já existia, mesmo antes da aprovação da lei, o desenvolvimento de modelagens de prestação regionalizada. Algumas estruturadas pelo BNDES (nos estados do Alagoas e do Rio de Janeiro, e aquelas em estudo no Acre e no Amapá), na forma de convênios de cooperação celebrados entre estados e municípios, com a consequente concessão dos serviços para toda a região. No âmbito estadual, por exemplo, já se estudava no Piauí, na região de Picos e Floriano, o estabelecimento de um modelo promissor, que se iniciaria por convênio entre dois municípios centrais e se colocaria permeável à adesão progressiva de outros municípios da região, conforme avaliações criteriosas de eficiência para aferir a viabilidade econômico-financeira a cada etapa de incorporação. O Estado serviria sempre como mediador entre o balanço do interesse econômico do concessionário e o interesse público no subsídio aos municípios deficitários. Cabe, aqui, uma reflexão de Isadora Cohen, Marcela Altale e Viviane Moura:

Arranjos criativos (mas perfeitamente legais, do ponto de vista jurídico) podem ser trazidos para a discussão que tem ganhado destaque com o Novo Marco. E isso porque, diante dos incentivos gerados pela nova regulação para a regionalização, ferramentais que já vinham sendo testados podem ser utilizados como instrumentos ótimos de conjugação entre os interesses públicos e privados, a partir da maior participação da iniciativa privada na consecução dos fins públicos e da organização administrativa como medida precedente para a viabilização desses interessantes modelos de negócio. Assim, diante de mecanismos que são promissores (como o do Piauí e os estruturados pelo BNDES) e que podem ser ferramentais para viabilizar uma maior eficiência e evolução para o setor, talvez valha uma reflexão sobre até que ponto faz sentido se afastar ou barrar essas alternativas (que também se valem de arranjos com parceiros privados) e sobre como se dará o regime de transição para contemplar e não prejudicar o que já existe e pode funcionar.⁴⁰⁵

Além disso, o que foi destacado outras vezes ao longo desse trabalho, o Novo Marco exige que os contratos definam metas rígidas de universalização, impondo o prazo final de 31 de dezembro de 2033:

Art. 11-B Os contratos de prestação dos serviços públicos de saneamento básico deverão definir metas de universalização que garantam o atendimento de 99% (noventa e nove por cento) da população com água potável e de 90% (noventa por cento) da população com coleta e tratamento de esgotos até 31

405 COHEN, Isadora; ALTALE, Marcela; MOURA, Viviane. Regionalização nos serviços de saneamento básico e novo marco regulatório do setor. In: **Jota**, 10 ago. 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/infra/regionalizacao-nos-servicos-de-saneamento-basico-e-novo-marco-regulatorio-do-setor-1008%E2%80%A6>. Acesso em: 6 nov. 2020.

de dezembro de 2033, assim como metas quantitativas de não intermitência do abastecimento, de redução de perdas e de melhoria dos processos de tratamento.

Essa exigência insere-se no espírito de promover metas claras no ato da contratação, algo que dificilmente poderíamos classificar como negativo. Porém, conforme veremos mais adiante, isso pode representar um problema para o desenho contratual, uma vez que existem maiores barreiras para a flexibilização dos contratos quando for necessário rediscutir o equilíbrio econômico-financeiro.

Nesse sentido, o artigo 10-A do Novo Marco impõe, sob pena de nulidade, que os contratos de prestação de serviço de saneamento contenham expressamente “metas de expansão dos serviços, de redução de perdas na distribuição de água tratada, de qualidade na prestação dos serviços, de eficiência e de uso racional da água” etc. Essas disposições legislativas indubitavelmente são avanços na direção da eficiência; o que nos preocupa é o prazo para a universalização fixado em lei, imposto a cada contrato de prestação sem considerar o contexto local. Convém, então, perguntarmo-nos: os prazos legais são realistas?

O marco aposta na prestação regionalizada do serviço, garantindo a escala para tornar atrativo o investimento mesmo em regiões menos favorecidas. Prudentemente, estipulou um limite até o dia 1º de janeiro de 2040 caso se comprove, quando da licitação, a impossibilidade econômico-financeira da universalização até 2033.

Não obstante esse cuidado legislativo, parece-nos ainda assim uma idealização exagerada. Dada a precariedade do nosso sistema de prestação de contas, há um deficit informacional bastante grande, causa frequente de desequilíbrio contratual, cuja resolução demanda flexibilização de metas no decorrer do contrato. Se essa não for possível, as consequências podem ser graves, como um aumento drástico da tarifa ou a inviabilidade econômica da prestadora de serviços.

O problema é que, por existir um deficit informacional, frequentemente, as correções não são feitas *ex ante*. Garantir segurança jurídica para os contratos, mas, ao mesmo tempo, torná-los flexíveis em razão das prováveis intercorrências derivadas da operação do sistema, por um prazo tão longo, é o ponto de equilíbrio

a ser encontrado pelos reguladores. Por isso, tudo indica, será preciso combinar a regulação contratual e a regulação econômica para dar ao setor a dinâmica essencial à preservação de uma relação saudável entre as obrigações do operador e o equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Só assim o setor será atrativo o suficiente para provocar uma ampliação do volume de investimento privado nesse mercado — circunstância observada nas licitações recentes em Alagoas e no Espírito Santo, ambas envolvendo regiões metropolitanas.

É de destacar-se uma tendência de aumento do papel da União na organização dos sistemas de prestação de serviços de saneamento básico, considerando a função desempenhada pela ANA (ver o Capítulo VII), a criação do Comitê Interministerial de Saneamento Básico (CISB)⁴⁰⁶ e as já aludidas condicionalidades instituídas para a recepção de apoio federal. Esse modelo pode vir a ter bons resultados, oferecendo um ambiente mais propício à cooperação inter-regional, com uma coordenação centralizada e atenta às deficiências de regiões periféricas, além de dar maior previsibilidade para a recepção de investimentos ao fixar metas, condutas e regras de regulação dos contratos.

Após a aprovação do Novo Marco, os partidos PSOL, PCdoB, PT e PSB propuseram Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI, n. 6.536/DF), arguindo, em resumo: (i) a inconstitucionalidade da atribuição à ANA da elaboração do Plano Nacional de Saneamento; (ii) a violação da competência originária municipal pela coercitividade prática da adesão às normas de referência nacionais, condicionalidade para acesso a financiamento da União; (iii) a inconstitucionalidade da possibilidade de instituição de blocos de referência pela União, na inércia estadual para a articulação de gestão associada; (iv) a distribuição inconstitucional de competências federativas e responsabilidades dos entes federativos; (v) a inconstitucionalidade da substituição dos contratos de programa por contratos de concessão,

406 “Art. 53-A Fica criado o Comitê Interministerial de Saneamento Básico (Cisb), colegiado que, sob a presidência do Ministério do Desenvolvimento Regional, tem a finalidade de assegurar a implementação da política federal de saneamento básico e de articular a atuação dos órgãos e das entidades federais na alocação de recursos financeiros em ações de saneamento básico. Parágrafo único. A composição do Cisb será definida em ato do Poder Executivo federal.”

por fazer prevalecer o interesse privado sobre o público, com riscos à dignidade humana, ao combate à pobreza e à proteção ambiental; (vi) a inviabilização do sistema de subsídio cruzado por conta da provável privatização seletiva dos serviços de municípios mais rentáveis; (vii) a ofensa ao princípio da reserva legal pela possibilidade de subdelegação total dos contratos de programa ou concessão por meio de previsão contratual ou autorização do titular. Pleiteiam, além disso, a declaração de inconstitucionalidade da integralidade da Lei n. 14.026/2020.

A Advocacia Geral da União já se manifestou nos autos da ADI n. 6.536/DF. Em síntese, alegou que a Constituição Federal não demanda um meio específico para garantir a universalização do sistema de saneamento, não exigindo um modelo de prestação exclusivamente pública de serviços de saneamento. Portanto, seria matéria de discricionariedade legislativa determinar o modelo a ser adotado, no caso, a abertura a um modelo privado para o qual o Novo Marco aponta. Esse promete trazer mais eficiência para o setor através de metas de universalização, da transparência com exigência de licitações e da uniformização da regulação. Argumenta, ainda, que, na prestação privada de serviços públicos mediante concessão não se deixa de exigir modicidade tarifária, que é um requisito legal nos contratos de concessão, e que o subsídio cruzado ou direto não foi extinto pela nova lei, mas direcionado à população de baixa renda.

Quanto às questões ligadas ao poder de editar normas de referência para o setor de saneamento pela ANA não fere a autonomia dos municípios, na medida em que, segundo o artigo 21 da Constituição, compete privativamente à União instituir diretrizes para o saneamento básico. Defende a AGU que as normas de referência da ANA não são vinculantes para os estados e municípios, mas apenas incentivos à padronização. O fato de a obediência às normas de referência da ANA ser requisito para o acesso a recursos da União não configuraria, portanto, um caráter coercitivo dessas normas, mas antes, um critério de eficiência na distribuição de recursos federais.

A título de conclusão desse capítulo, organizamos abaixo um quadro que visa resumir o panorama até aqui fornecido dos principais pontos de organização institucional de um sistema de serviços de saneamento básico no Brasil:



PERÍODO	INSTITUIÇÕES E INSTRUMENTOS NORMATIVOS	CARACTERÍSTICAS
Século XVIII	Serviços esparsos, exceto alguns chafarizes públicos, como no Rio de Janeiro (1723), em Ouro Preto (1720), em São Paulo (1744) e em Porto Alegre (1779).	Ausência de política pública sanitária de amplo escopo.
1808-1893	Diretoria-Geral de Saúde Pública, Comissão Central de Engenharia, Junta de Higiene Pública, concessões privadas locais de esgoto no Rio de Janeiro (1862), em Porto Alegre (1861), no Ceará (1867) e no Recife (1873), e públicas em São Paulo (1892).	Projetos sanitaristas localizados em algumas capitais e sistemas privados de prestação dos serviços.
1891-1934	Constituição Federal de 1891.	Encampação dos serviços de saneamento pelos municípios.
1940-1946	Departamento Nacional de Obras e Saneamento. Decreto-Lei n. 8.847/1946.	Prestação direta dos municípios. Atribuição ao DNOS de ações de saneamento, atividades emergenciais apenas.
1952-1962	Plano Nacional de Financiamento para Abastecimento de Água. Serviço Especial de Saúde Pública.	Transição para autarquias municipais.
1964-1968	Departamento Nacional de Obras e Saneamento. FISANE/BNH, BID, companhias estaduais.	Transição da gestão dos serviços para autarquias e empresas de economia mista estaduais.
1968-1970	Sistema Financeiro de Saneamento (SFS), administrado pelo Banco Nacional da Habitação (BNH).	Direcionamento das companhias estaduais à concentração dos serviços e administração empresarial.



1970-1990	Decreto-Lei n. 949/1969 – Plano Nacional de Saneamento (PLANASA).	Padronização do modelo das companhias estaduais, consolidação do mecanismo de subsídio cruzado.
1993-2000	Projeto de Modernização do Setor de Saneamento (PMSS). Plano Nacional de Desestatização (Lei n. 9.491/97). Lei n. 8.987/95 (Concessões).	Orientação à transição do público para o privado, por contratos de concessão.
2007-2018	Lei n. 11.107/05 (Contratos de Programa). Lei n. 11.445/07 (Marco Regulatório do Saneamento). Plano Nacional de Saneamento Básico (2013).	Titularidade municipal para planejamento, regulação, fiscalização e prestação; revitalização e financiamento das companhias públicas estaduais e organização do sistema dos contratos de programa; movimento de planejamento público de alcance nacional e regionalizado.
2018	Medida Provisória n. 844/2018. Medida Provisória n. 868/2018.	Concentração da regulação de referência a nível nacional na Agência Nacional de Águas, direcionamento à atração de investimento privado, abolição dos contratos de programa.
2019/2020	Lei n. 14.026/2020 (Novo Marco Legal do Saneamento).	Abertura do mercado, novas metas de universalização, prestação regionalizada vinculante (condicionalidade para financiamento federal), vedação de novos contratos de programa, obrigatoriedade de licitação.



2. Princípios Jurídicos do Direito Administrativo do Saneamento

Quem quer que esteja familiarizado com algum ramo do Direito já se deparou com o vocabulário dos princípios jurídicos. Ao estudar uma área específica do Direito, é comum encontramos os princípios desta, por exemplo, os princípios do Direito Administrativo, os princípios do Direito do Trabalho, os princípios que orientam os processos licitatórios ou a delegação de serviços públicos etc. Em geral, eles organizam os microcosmos que integram o sistema jurídico nacional. Nesse uso do termo, normalmente se quer expressar as razões de ser fundamentais daquela área — a porta de entrada para a sua compreensão. Eles são, por assim dizer, os fins últimos que orientam a interpretação das regras de determinada matéria.

Outra maneira de ver os princípios jurídicos é concebê-los como regras de um tipo mais geral. Dessa forma, podemos pensar que o princípio da legalidade administrativa requer que a atividade da administração pública paute-se por orientações claras, que se apliquem de modo consistente às regras existentes. Mesmo sabendo-se, pois são muitas as evidências, que cotidianamente situações concretas vão colocar-se entre os pontos de dúvida, ou de vazio normativo, e no caso dos gestores públicos, obrigando-os a tomadas de decisão, pelo menos na aparência, sem o respaldo de uma lei anterior. Para essa dificuldade do sistema, a Lei n. 13.655/2018 trouxe respostas satisfatórias, tornando os fatos da realidade, quando comprovados, um argumento suficiente para sustentar a legalidade e a legitimidade de uma determinada ação administrativa.

Embora esses usos sejam compreensíveis — os princípios como parâmetro de interpretação — e, inclusive, façam parte da nossa prática jurídica, há um outro sentido para os princípios jurídicos que têm exercido um papel doutrinário relevante e cada vez mais difundido. Fala-se aqui da compreensão dos princípios como um tipo distinto que exige que busquemos um estado de coisas ideal; ela aponta um fim e demanda que o realizemos na maior medida possível. Por isso diz-se, na

mesma linha de Robert Alexy, que princípios são “exigências de otimização”.⁴⁰⁷

Pelo contrário, as regras jurídicas requerem que se faça exatamente o que elas dizem. Regras têm a seguinte estrutura: se H (hipótese da regra), então CJ (consequência jurídica). Por essa razão, contêm em si as consequências do seu cumprimento (ou não cumprimento). O importante é que a hipótese, mesmo que geral, seja mais ou menos determinada; assim, pode-se afirmar que regras são “exigências definitivas”.⁴⁰⁸

A distinção faz-se clara na maneira em que os conflitos de norma são resolvidos. Se há um conflito entre regras, ou é acrescentada uma exceção a uma delas, ou uma delas é declarada inválida.⁴⁰⁹ Quando dois princípios conflitam, um deles prevalece sobre o outro, mas nenhum dos dois é invalidado.⁴¹⁰ Isso se dá porque o estado ideal exigido por um princípio encontra barreiras na realização de outros fins relevantes. Um regime democrático constitucional visa a promover diversos fins e, como consequência, contém princípios que podem colidir nos casos concretos.

Uma outra característica que surge nessa comparação é a de que princípios exigem um *modo de aplicação* distinto das regras. As regras são aplicadas via subsunção, isto é, a avaliação das circunstâncias do caso à hipótese normativa. O raciocínio é o que Neil MacCormick chamou de “silogismo jurídico”:⁴¹¹

407 ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. Baden-Baden: Suhrkamp, 1985, p. 76. Ver também: ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4. ed. Brasil: Editora Malheiros, 2004, p. 70.

408 Ibidem, p. 75.

409 É claro que a aplicação de regras pode envolver uma boa dose de interpretação, e esta interpretação muitas vezes exige perguntar-se sobre o propósito da regra. Nesses casos, os princípios podem entrar em cena; igualmente, a distinção entre regras e princípios se torna menos nítida.

410 Ibidem, p. 77-79. Ver também: DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1978, p. 24.

411 MACCORMICK, Neil. **Rhetoric and the Rhetoric and the Rule of Law: a theory of legal reasoning**. Oxford: Oxford University Press, 2005.



Se H (hipótese), então CJ (consequência jurídica)

H

Logo CJ.

O quadro é outro com os princípios. Dado que esse tipo de norma reivindica a maior realização possível de um ideal, e posto que os vários princípios não podem ser satisfeitos no grau máximo ao mesmo tempo, é necessário avaliar qual princípio tem precedência sobre o outro nas circunstâncias do caso concreto. Isso é, aceita-se a existência de uma hierarquia (muitas vezes, móvel) entre eles. O raciocínio apropriado para essa avaliação é feito pela chamada “lei da ponderação”:

Quanto mais alto é o grau de não cumprimento ou prejuízo de um princípio, tanto maior deve ser a importância do cumprimento do outro.

Em síntese, enquanto a aplicação das regras nos casos concretos ocorre pelo silogismo jurídico, a aplicação dos princípios nos casos concretos dá-se pela *ponderação*. O raciocínio da ponderação somente é possível nas circunstâncias dos casos particulares, pois nesses avalia-se a extensão apropriada de um princípio em relação ao(s) outro(s).

No campo do Direito do saneamento, destacam-se os *princípios da universalidade*,⁴¹² *da solidariedade*, *da equidade*,⁴¹³ *da integralidade*, *da sustentabilidade* e *da participação social*.⁴¹⁴ A lista é meramente exemplificativa e instável, mas basta que sejam fins exigidos pelo nosso direito para que se tornem razoáveis. Além disso, nada impede

412 COHRE, AAAS, SDC, and UN-HABITAT. **Manual on the Right to Water Sanitation:** A tool to assist policy makers and practitioners develop strategies for implementing the human right to water and sanitation. 2007, p. XVI. Disponível em: http://www.worldwatercouncil.org/fileadmin/www/Programs/Right_to_Water/Pdf_doct/RTWP_20Manual_RTWS_Final.pdf. Acesso: 6 nov. 2020.

413 Declaração da Conferência Internacional sobre a Água e o Meio Ambiente, em Dublin, na Irlanda, no ano de 1992.

414 DROBENKO, Bernard. Les Nouveaux Grands Principes du Droit Moderne de l'Eau. In: MILARÉ, Édís *et al.* **Doutrinas Essenciais:** direito ambiental. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.



de trazer à discussão outros princípios que identifiquem fins igualmente relevantes. A leitura atenta da Lei n. 11.445/2007, com as modificações produzidas pela Lei n. 14.026/2020, por certo pode ensinar a produção de novas listas, inclusive permitindo desdobramentos e novas classificações, pois existem os princípios gerais e os específicos, por exemplo, aqueles vinculados aos temas da regionalização e das políticas de regulação do sistema brasileiro de saneamento básico.

Há um movimento importante para que o direito ao saneamento seja incluído no catálogo de direitos fundamentais. Tal situação pode significar, em breve, a aceleração das políticas públicas comprometidas com os *Objetivos de Desenvolvimento Sustentável* (ODS), a agenda 2015-2030, considerada ambiciosa pela própria ONU, para dar continuidade e ampliar as metas traçadas pelos Objetivos de Desenvolvimento do Milênio (ODM). É essencial lembrar que o direito fundamental ao saneamento e seus princípios têm de ser compreendidos no amplo escopo, integrando-o à saúde e ao meio ambiente, ante seu caráter transversal.

Em um contexto de reforma do sistema de prestação dessa modalidade de serviço público, o reconhecimento do *status* de direito humano é cada vez mais premente. Isso impõe a criação de um sistema que atenda aos ideais de universalidade, solidariedade, equidade, integralidade, sustentabilidade e amplo controle social.

De qualquer forma, os princípios agora destacados estão positivados no ordenamento brasileiro desde a Lei n. 11.445/2007, no artigo 2º, mas não exatamente sob essa forma. As formulações adotadas na legislação dão aos princípios uma maior concretude, como “articulação com as políticas de desenvolvimento urbano e regional” (VI) ou “adoção de técnicas [...] que considerem as peculiaridades locais” (V).

O artigo ainda sofreu algumas alterações de redação por força do Novo Marco Legal, além da adição de três princípios: prestação regionalizada (XVI), seleção competitiva dos prestadores (XV) e prestação concomitante do abastecimento de água e do esgotamento sanitário (XVI). Como veremos, essas formulações particulares podem ser consideradas incluídas nas de escopo mais amplo que se apresenta a seguir. Sua adoção, contudo, tem o propósito de explicitar o direcionamento visado pelo Novo Marco, em especial

no que diz respeito à regionalização por meio da formação de unidades regionais e blocos de referência e à necessidade de ampliar a competitividade no setor.

A universalização dos serviços, a nacionalização da regulação, a realização de processos licitatórios, a formalização (e padronização) dos contratos e o incentivo à prestação regionalizada são focos de atenção da Lei n. 14.026/2020, mas o texto anterior da Lei n. 11.445/2007 também traz consigo um universo amplo de princípios que continuam preservados. Por isso, propõe-se uma síntese exemplificativa.

3. Princípios em espécie

3.1. Princípio da Universalidade

O sentido da expressão *universalidade*, em um primeiro momento, é imediatamente interpretado, e aparentemente compreendido, ainda que aqui assuma um caráter mais técnico. Um serviço universal alcança todos os lugares e todas as pessoas circunscritos a um determinado espaço.⁴¹⁵ Tal noção ajuda a compreender o princípio e é primordial para que se alcance a finalidade de viabilizar o acesso à água potável e ao esgotamento sanitário. Também sabe-se que essa é uma ideia um tanto abstrata e não determinará a extensão do princípio da universalidade nos casos concretos, nem mesmo resolverá o problema de uma universalização aparente do serviço; não será inclusiva se não existir uma preocupação verdadeira com a equidade na conformação de uma política tarifária.

Entretanto, a abrangência e a inevitável vagueza do termo *universalidade* e a inviabilidade de enunciar, em abstrato, o que exatamente esse fim exige em todas as circunstâncias concretas não tiram a força normativa do princípio. Pelo contrário, conforme observamos no capítulo anterior, a indeterminação é constitutiva

415 MARQUES, Sílvia Badim; DELDUQUE, Maria Célia. Saúde e Saneamento Básico: Relação Necessária na Perspectiva do Direito. In: MOTA, Carolina. (coord.). **Saneamento Básico no Brasil: Aspectos Jurídicos da Lei Federal 11.445/2007.** São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 228-229. Disponível em: <http://www.un-documents.net/h2o-dub.htm>. Acesso em: 2 fev. 2012.

dos princípios jurídicos. Eles apontam o fim que deve ser considerado e realizado na maior medida possível, mas a extensão da sua realização será determinada pela ponderação nas circunstâncias específicas dos casos. É desse modo que os princípios servem de parâmetro tanto para a interpretação de regras específicas quanto para a crítica da realidade.

O acesso aos serviços de saneamento básico, reconhecido como direito fundamental social,⁴¹⁶ resulta de um compromisso de cooperação internacional.⁴¹⁷ Esse direito deve concretizar-se em todos os Estados e para todas as populações do mundo, decorrendo da normativa da garantia de condições mínimas de existência, nos termos da Declaração de 1948 e do Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966.⁴¹⁸ Mas foi apenas no fim do século XX, com a admissão da existência de um conjunto de direitos de segunda geração,⁴¹⁹ os quais se valem da noção de igualdade material, que se contemplou um sentido mais concreto de universalidade.

O princípio da universalidade dialoga com o valor da igualdade, mas sua operacionalização no nível nacional ou internacional

-
- 416 CARVALHO, Vinícius Marques de. Cooperação e Planejamento na Gestão dos Serviços de Saneamento Básico. In: MOTA, Carolina. (coord.). **Saneamento Básico no Brasil: Aspectos Jurídicos da Lei Federal n. 11.445/2007**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 59-60.
- 417 ONU. Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966). Artigo 11. Adotado em 16 dez. 1966, entrou em vigor em 23 mar. 1976 pela Resolução da AG n. 2200A. Promulgado no Brasil por meio do Decreto n. 591/92. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0591.htm. Acesso em: 6 nov. 2020.; Ver também: Artigo 6 do Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos. Adotado pela ONU em 16 dez. 1966, entrou em vigor em 23 mar. 1976 pela Resolução da AG n. 2200A. No Brasil, também foi promulgado pelo mesmo Decreto Federal, de 6 jul. 1992.
- 418 Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, artigo 11. Ver também: Programa de Ação da Conferência Internacional sobre a População e o Desenvolvimento, no Cairo, em set. 1994, Princípio n. 2. Disponível em: <http://www.unfpa.org.br/Arquivos/relatorio-cairo.pdf>. Acesso em: 15 set. 2018. Sobre o processo de *juridicização* da Declaração Universal dos Direitos Humanos por meio de tratados internacionais, que leva a um nível maior de especificação dos direitos humanos, ver: PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 231-232.
- 419 JUBILUT, Liliana Lyra. Os Pactos Internacionais de Direitos Humanos (1966). In: ALMEIDA, Guilherme de Assis; MOISÉS, Cláudia Perrone. (coords.). **Direito Internacional dos Direitos Humanos: instrumentos básicos**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007. A autora, no entanto, faz questão de destacar o aspecto meramente didático da divisão dos direitos humanos em gerações, dado seu caráter universal.

depende de um amplo reconhecimento de que a solidariedade é um valor que perpassa a conformação das leis de quaisquer nações. Como elemento de orientação das políticas sociais voltadas à saúde, o acesso obrigatório à água potável e ao esgotamento sanitário colabora decisivamente para a construção de uma ordem mundial de paz — esse é o espírito da evolução gradativa dos direitos humanos no plano internacional.⁴²⁰ É uma questão de saúde, de futuro, que se conecta às discussões relativas ao meio ambiente e ao conceito de desenvolvimento sustentável,⁴²¹ e mais modernamente, aos parâmetros ESG de governança.

A Conferência de Estocolmo, no ano de 1972, inaugurou essas preocupações, desencadeando uma multiplicação de fontes do Direito Internacional — tratados, costumes, princípios gerais, jurisprudência e doutrina. A visão que se consolidou naquela ocasião, e que persiste até hoje, é a de que a relação entre o ser humano e o meio ambiente não pode ser de parasitismo. Inter-relacionando estratégias de desenvolvimento econômico, desenvolvimento social e preservação de um direito ao futuro, dentro da perspectiva transgeracional do direito ao meio ambiente sadio,⁴²² delineou-se aos poucos o conceito de desenvolvimento sustentável.

O pós-pandemia, parece, tende a fortalecer esse discurso, estabelecendo novos padrões ótimos de relação entre os seres humanos

420 Na Assembleia Geral da ONU (RES 55/2), em 8 de setembro de 2000, foi aprovada uma carta-declaração que reforça que assegurar a liberdade, a igualdade, a solidariedade, a tolerância, o respeito à natureza e a responsabilidade de todos com a gestão do desenvolvimento econômico e social do mundo torna-se um compromisso dos Estados, com a condução da Organização das Nações Unidas e as suas agências especializadas. A luta contra a pobreza extrema, com planos nacionais e mundiais, tenta retomar a confiança na capacidade dos atores, os Estados e os indivíduos, de consolidar o processo de paz — o que exige renúncias (e ajudas) mútuas. ONU, Assembleia Geral. Resolução A/RES/55/2. Disponível em: <http://www.un-documents.net/a55r2.htm>. Acesso em: 6 nov. 2020.

421 SAMPAIO, José Adércio Leite; WOLD, Chris; NARDY, Afrânio José Fonseca. **Princípios do Direito Ambiental**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 7.

422 Conforme a Declaração de Estocolmo, Princípio 1, “[...] o homem tem o direito fundamental a liberdade, igualdade e adequadas condições de vida, num meio ambiente cuja qualidade permita uma vida de dignidade e bem-estar, e tem a soene responsabilidade de proteger e melhorar o meio ambiente, para o presente e as futuras gerações”. In: ONU, Declaração da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano A/CONF.48/14/Rev.1, Estocolmo, jun. 1972. Disponível em: <http://www.un-documents.net/unchedec.htm>. Acesso em: 15 set. 2018.

e o ecossistema. E, justamente nesse momento, o serviço de coleta e tratamento do esgoto adquire outra relevância. O acesso à água potável gera um imediato benefício individual, enquanto a coleta e o tratamento do esgoto, pelo menos no imaginário da população, representam um benefício para o coletivo. Talvez, por isso, seja mais fácil cobrar da população pelo uso da água, e sempre mais difícil conectá-la à rede de esgoto, e, ato contínuo, cobrar pelo serviço. Há uma tensão entre individualismo e coletivismo, potencializada no presente quando identifica-se a disseminação do ultraindividualismo como uma característica do nosso tempo.

A universalização compreende um processo permanente, em especial nos países com deficit importante de desenvolvimento econômico ou social. Os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS),⁴²³ semeados na RIO+20 e consolidados em 2015, inspirados pelos Objetivos de Desenvolvimento do Milênio (ODM), incluem “assegurar a disponibilidade e gestão sustentável da água e o saneamento *para todos*” (grifo nosso). Isso é essencial à erradicação da pobreza e requisito indispensável para o desenvolvimento, em conjunto com os demais objetivos, como agricultura sustentável, igualdade de gênero, educação de qualidade, saúde e cidades inteligentes.

No ideal do Estado de Direito, demanda-se que não apenas preserve-se a vida dos cidadãos, mas também assumam-se o compromisso de garantir a todos um patamar superior à pobreza absoluta, isto é, um mínimo vital.⁴²⁴ Esse é o foco principal da atuação do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) e uma prioridade até 2030, segundo os ODS.

A universalização do acesso à água potável e ao serviço de esgotamento sanitário desencadeia externalidades positivas para muitas outras áreas, minimizando as diferenças de condições básicas.⁴²⁵

423 Disponível em: http://www.un.org/fr/documents/view_doc.asp?symbol=A/69/L.85. Acesso em: 15 set. 2018.

424 Banco Internacional para Reconstrução e Desenvolvimento/Banco Mundial. **Relatório sobre o Desenvolvimento Mundial 2006** (visão geral) — Equidade e Desenvolvimento. Washington: Oxford University Press, 2006, p. 26.

425 Ver, nesse sentido, o estudo: FREITAS, Fernando Garcia; MAGNABOSCO, Ana Lelia. Benefícios Econômicos e Sociais da Expansão do Saneamento Brasileiro. Instituto Trata Brasil e pela EX ANTE Consultoria. Disponível em: <http://www.tratabrasil.org.br/images/estudos/itb/beneficios/> →

De modo geral, a pretensão de universalidade promove o valor da dignidade da pessoa humana.

Havendo o reconhecimento desses direitos no plano internacional, é coerente que os Estados aceitem e assimilem uma transformação no direito interno. Tal direito é para todos, sem qualquer vinculação à capacidade contributiva de cada beneficiário, o que, em muitos casos, significa que recursos públicos e privados devam ser empregados em uma robusta política de subsídios.

Em síntese, o princípio da universalidade exige que o Estado realize, da melhor forma possível, o direito de acesso à água potável e ao serviço de esgotamento sanitário, seja pela gestão direta ou indireta.⁴²⁶ E mais do que criar a disponibilidade do serviço num sentido formal, é preciso garantir o acesso efetivo para todos.⁴²⁷ Nesse sentido, uma das recentes alterações promovida pelo Novo Marco do Saneamento consistiu na inclusão no artigo 2º, inciso I, da Lei n. 11.445/2007, que previa o princípio de “universalidade do acesso” com o complemento: “e efetiva prestação do serviço”.

A definição do princípio da universalidade e sua validade raramente são colocadas em questão. Entretanto, o assunto torna-se cada vez mais complicado à medida que tentamos especificar a extensão desse princípio na nossa realidade. Por característica, ele estará sempre apontando um objetivo dificilmente alcançado. Mas,

→ [Relatório-Benefícios-do-saneamento-no-Brasil-04-12-2018.pdf](#). Acesso em: 6 nov. 2020.

426 “Toda pessoa tem direito a viver em meio ambiente sadio e a contar com os serviços públicos básicos.” Artigo 11 (1) do Protocolo de San Salvador, Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Disponível em: http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/e.Protocolo_de_San_Salvador.htm. Acesso em: 15 set. 2018. Um aspecto importante desse direito é a vedação da discriminação de gênero na sua proteção. Ver: ONU, Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher, adotada em 1979, artigo 14 (2). Disponível em: <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/cedaw.htm>. Acesso em: 15 set. 2018.

427 ALOCHIO, Luiz Henrique Antunes. **Direito do Saneamento**: Introdução à Lei de Diretrizes Nacionais de Saneamento Básico (Lei Federal n. 11.445/2007). 2. ed. Campinas: Millennium, 2011, p. 9.; CASTRO, Tiane Lobato de. Os Princípios Legais do Saneamento. In: DAL POZZO, Augusto Neves; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; BERTOCCELLI, Rodrigo de Pinho. (coords.). **Tratado sobre o marco regulatório do saneamento básico no Direito brasileiro**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2017, p. 183.

ao mesmo tempo, como imaginar que o serviço público de saneamento não é algo disponível para todas as pessoas, considerando a sua relação transversal com direitos igualmente indispensáveis para o alcance de uma vida digna?

Persiste ainda uma profunda discordância entre especialistas sobre qual é a maneira mais eficaz de perseguir esse fim. Conforme vimos no capítulo anterior, não parece ser possível determinar *a priori* se é uma gestão pública, privada ou mista dos serviços de saneamento que satisfará nossos objetivos. Temos insistido nessa ideia.

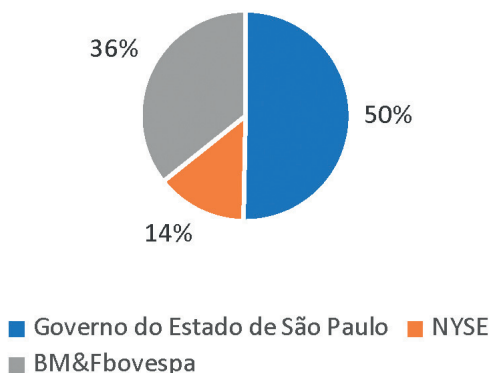
Podemos questionar se a universalidade é um fim que deva ser alcançado a qualquer custo, por exemplo, sem a mínima qualidade, provocando danos à saúde das pessoas, ou por meio de projetos economicamente insustentáveis a longo prazo. Afora isso, não existe universalidade com 90% de coleta e tratamento de esgoto, se justamente os 10% negligenciados compreendem as áreas de favela, pois a exclusão apenas reforça um contexto de desigualdade. A universalidade requer inclusão; e mesmo quando seletiva, se a totalidade das pessoas não puder ser alcançada, deve-se privilegiar os mais carenciados.

Esse aspecto da aplicação de princípios é natural: sua extensão deriva de uma ponderação entre valores. Muitas vezes, como na discordância sobre qual tipo de gestão é mais eficiente, a questão será indeterminada, prevalecendo a opinião escolhida democraticamente (é claro que a experiência, após implantarmos um modelo, pode nos fornecer dados que eliminem essa indeterminação). Em outros casos, a discordância não se refere às possibilidades fáticas de realização, mas à relevância dos fins em conflito.

Da mesma forma, pessoas razoáveis terão opiniões divergentes acerca da importância dos objetivos em debate, contudo, isso não torna o esforço argumentativo da ponderação inútil. Abandonar esse empreendimento de justificação significa abandonar a pretensão de promover, de um modo aceitável para todos, a universalidade dos serviços de saneamento. Fica claro, portanto, que esse raciocínio deve vincular não apenas à argumentação dos tribunais, mas também à justificação pública dos representantes eleitos. Aliás, a ponderação feita na Casa Legislativa tem uma certa preponderância sobre a ponderação dos juízes, principalmente nos casos disputados,

devido à sua legitimidade democrática adquirida pelo voto.⁴²⁸ Pelos menos, assim deveria ser.

Um problema concreto a respeito do qual quase ninguém discorda é que o Brasil tem demandas urgentes no que toca à universalização do saneamento. Tomemos um comparativo dos níveis de tratamento de esgoto entre os anos 2007, 2012 e 2017, conforme o gráfico abaixo:



Fonte: SNIS 2007-2016 (IN015 Índice de coleta de esgoto e IN046). Reproduzido em “Panorama da Participação Privada no Saneamento 2019”.

Vê-se que a melhora, nesse espaço de tempo, foi muito tímida, revelando a persistência de um deficit importante no setor. O desafio da universalização, à luz desses dados, parece algo distante. No entanto, é aqui que o princípio da universalidade precisa aparecer com toda a sua força normativa, a fim de criticar essa realidade e orientar mudanças.

O Novo Marco Legal do Saneamento, no seu artigo 11-B, impõe aos contratos que se estabeleça uma meta de universalização com o prazo de até 31 de dezembro de 2033. Essa é uma tentativa da

428 Dito isso, os tribunais são, naturalmente, os intérpretes judiciais últimos. Isso faz com que eles tenham, por assim dizer, a última palavra com respeito à ponderação de princípios. A legitimidade das decisões do judiciário no tocante à revisão judicial depende muito da autocompreensão que os juízes têm do seu papel. Há uma série de complicações aqui que infelizmente não poderão ser tratadas nesse trabalho, mas é importante ter em mente: no nosso contexto não ideal, qualquer arranjo institucional será mais ou menos frágil e dependerá do esforço dos cidadãos razoáveis em sustentar instituições democráticas.

nova lei de melhorar nossa situação, porém, segundo afirmamos anteriormente (Capítulo III, seção 7), o estabelecimento de metas rígidas, embora bem-intencionado, pode levar a um desequilíbrio contratual, piorando o cenário.

Existe aqui um patamar de exigência que certamente produzirá um nível importante de insatisfação para os usuários do serviço, ou de enfraquecimento da norma, na medida em que a experiência prática tornará obrigatório criar exceções, provavelmente reformulando a regra para trabalhar-se com metas menos ambiciosas e mais razoáveis. Em um mundo perfeito, cada localidade — município isolado, unidade regional ou bloco de referência — deveria ter uma liberdade assistida, legitimada pela discricionariedade técnica, para construir de modo autônomo os seus objetivos, compartilhados com os órgãos de controle social. Todavia, de forma a induzir uma ação eficiente, criou-se uma linha de chegada talvez inacessível, mesmo quando tomamos por base os números oficiais, que tradicionalmente superestimam a infraestrutura instalada — o que, diga-se de passagem, apresenta riscos importantes para a viabilidade futura dos projetos modelados pelo BNDES. A distância entre os valores estimados para a licitação ocorrida no estado de Alagoas em setembro de 2020 (concorrência pública n. 09/2020) e a proposta vencedora apresentada pela empresa BRK Ambiental Participações S.A., sem dúvida, sugere algum nível de assimetria de informações.

De qualquer forma, o regulador nacional, para além da competência da União de estabelecer as diretrizes gerais (CF, art. 21, XX), definirá conteúdos importantes para o funcionamento do sistema, com as suas normas de referência, impondo aos subnacionais a escolha dirigida de somente ter a disponibilidade dos recursos da União destinados ao setor se comprovadamente internalizarem as boas práticas estabelecidas pelas ANA. Assim, a própria compreensão do conceito de universalização será mediada pelo exercício do poder regulatório da entidade vinculada à União.

Cabe destacar uma outra preocupação em relação à universalização, com a nova lei: os riscos de uma política de saneamento no Brasil que prescindia do *subsídio cruzado*. Esse mecanismo institucional, hoje, obriga os contratos de programa superavitários a compensar os custos das regiões deficitárias. O receio é que o quadro, já desfavorável, agrave-se em regiões não atrativas para os investimentos do mercado privado. Diante de eventual desinteresse

dos operadores privados atuantes no país, o poder público diretamente, ou por suas empresas estatais (caso exista contrato de programa vigente), terá de amparar os lotes deficitários, com maior dificuldade para conseguir escala suficiente que viabilize o uso da lógica de compensação decorrente da existência do subsídio cruzado.

A rigor, não há uma resposta consistente quanto ao futuro do setor caso concretize-se a transição de modelos incentivada pelo Novo Marco Legal — estabelecendo uma hegemonia de contratos privados, no lugar dos vínculos públicos atuais —, ainda que os contratos de concessão e os contratos de programas possam coexistir por um longo período em determinadas localidades.

Por um lado, a companhia estadual que sobreviver ao novo modelo — de regulação nacional (contratual e/ou discricionária), regionalização e competição — poderá não ter sua capacidade econômica recomendada para manter sua base atual de contratos. Desde logo, refere-se que o Decreto Federal n. 10.710/2021 caracteriza verdadeiro estímulo à desestatização das companhias, excetuando a regra da comprovação da viabilidade econômico-financeira ao estipular uma presunção de atendimento à capacidade econômico-financeira às companhias estaduais que estiverem sob processo de alienação do seu controle acionário. Então, logicamente, isso poderá prejudicar a continuidade de operações deficitárias, realidade de muitos municípios, quando esses não estiverem dentro de uma unidade regional ou bloco de referência para possibilitar um subsídio cruzado.

Por outro, o setor privado, que não tem por tradição optar pelo risco, ou, quando assim procede, trabalha com taxas de retorno elevadas, também não se interessará por municípios – ou coletivos de municípios – com dificuldade para oferecer operações equilibradas. Haverá uma meta objetiva, padrões de desempenho definidos pela reguladora nacional, investimentos obrigatórios de curto prazo e manutenção da estrutura existente. E, na maioria das vezes, o usuário do serviço será o único responsável pela sustentação de todo o empreendimento. Quem garantirá a universalização nos municípios que integram regiões menos desenvolvidas, com uma geografia desfavorável, se as companhias estaduais não estiverem financeiramente capacitadas para suportar o contrato? É uma questão que precisará ser esclarecida na medida em que os marcos legais do setor forem regulamentados e as licitações forem ocorrendo,

muito embora acredita-se que os instrumentos da regionalização e do estímulo à capitalização dos *players* do setor sejam ferramentas importantes para contornar tais dilemas.

Por conseguinte, ao longo desse trabalho, formou-se uma convicção: mesmo que se consiga maior eficiência nas operações existentes — públicas ou privadas —, ou que o processo licitatório estimule ambientes reais de competição, o sistema não melhorará sem uma política tarifária consistente e realista. No final das contas, a delegação da operação não torna o Poder Público menos responsável por colaborar na sustentação econômico-financeira dessa política pública, visto que definir que a modelagem mais adequada é uma concessão comum, patrocinada ou administrativa que indica o nível de participação que o Estado terá no financiamento da operação.

Em outras palavras, a preservação do contrato de programa por mais algum tempo, a delegação de contratos de concessão comum (Lei n. 8.987/1995, art. 2º), concessão patrocinada ou concessão administrativa (Lei n. 11.079/2004) serão escolhas feitas pelos estruturadores de projetos, mas a obrigação final é propiciar ambientes saudáveis para o desenvolvimento de uma política de saneamento que almeje potencializar ao máximo as metas de universalização impostas ao setor.

A estratégia traçada para contornar esse problema foi a de pressionar a criação de escala no mercado — com licitações e regionalização —, tornando atrativo economicamente para uma empresa atender uma ampla gama de localidades via gestão associada (ou consórcios públicos), unidades regionais, blocos de referência ou vínculos com as companhias estaduais. O sucesso ou o fracasso dessa estratégia não pode, é claro, ser declarado de antemão. Exatamente por essa razão, é dever da sociedade civil e dos representantes eleitos, bem como da administração pública e do Poder Judiciário, fiscalizar de perto os desdobramentos dessa nova moldura jurídica.

Criou-se uma narrativa, novas regras induzem à transformação do sistema; o modelo PLANASA, aparentemente, está ficando para trás, mas de nenhuma maneira é possível prever se tudo funcionará. Por óbvio, essa dúvida não é levantada na perspectiva dos grandes centros urbanos ou das regiões metropolitanas populosas e densamente povoadas.

A maior competitividade no setor pode atrair novos *players* e investimentos necessários para alcançarmos padrões aceitáveis

de universalização do acesso à água potável e ao serviço de esgotamento sanitário. Além das metas de universalização, será preciso observar: metas quantitativas e a não intermitência do abastecimento; a melhoria dos processos de tratamento; a expansão do serviço; a redução de perdas na distribuição de água tratada; e as metas de eficiência e de uso racional da água, da energia e de outros recursos naturais, do reúso de efluentes sanitários e do aproveitamento de água da chuva, ou seja, desdobramentos de um conceito amplo de universalização.

É interessante comparar: os problemas das políticas de saneamento e o dilema da universalização repetem-se cada vez mais nas discussões sobre a proteção de um direito mínimo à saúde. Para exemplificar, o Relatório Mundial de Saúde de 2010, produzido pela Organização Mundial de Saúde e denominado “Financiamento dos Sistemas de Saúde — O caminho para a cobertura universal”,⁴²⁹ destaca, entre desafios à organização de um sistema de saúde com cobertura universal,⁴³⁰ a necessidade de angariar mais recursos para o custeio da saúde ante a responsabilidade de fornecimento de tratamentos médicos modernos.

De maneira a ilustrar o problema, o estudo menciona um caso de corte de financiamento de alguns medicamentos no Reino Unido:

Em 2009, o Instituto Nacional Britânico para a Saúde e Excelência Clínica anunciou que o Serviço Nacional de Saúde não poderia oferecer alguns medicamentos dispendiosos para o tratamento de cancro renal porque estes não eram custo-eficazes (1). Os cortes provocaram alguma ira popular (2), mas foram defendidos pelo Instituto como sendo parte das medidas necessárias para racionar recursos e definir prioridades (3). O facto é que novas tecnologias de diagnóstico

429 Organização Mundial da Saúde — OMS. Relatório Mundial da Saúde. **Financiamento dos Sistemas de Saúde: O caminho para a cobertura universal.** Disponível em: <http://www.who.int/eportuguese/publications/WHR2010.pdf?ua=1>. Acesso em: 2 mar. 2020.

430 Na concepção do texto citado, deve-se trabalhar com três dimensões: “[...] quem está abrangido pelos fundos comuns; que serviços estão implicados; e que parte do custo está coberta”.

e terapêutica emergem mais rapidamente do que é possível expandir os recursos financeiros.⁴³¹

Nota-se que a problemática quanto à necessidade de eleição de prioridades no gasto dos recursos públicos já é vivenciada também por países desenvolvidos. Isso porque, como refere o estudo, “nenhum país, não importa quão rico, é capaz de prover toda a sua população com todas as tecnologias ou intervenções que podem melhorar a saúde ou prolongar a vida”.⁴³² A toda essa conjuntura de racionalização do sistema de cobertura dos serviços de saúde, soma-se a pressão decorrente do envelhecimento populacional, fenômeno que atinge mais gravemente os países de alta renda, implicando aumento de gastos com a população de faixa etária mais elevada, bem como a diminuição de pessoas ativas no mercado de trabalho.⁴³³

Logo, a preocupação com a viabilidade orçamentária das políticas de saúde e de saneamento é questão primordial para a continuidade do desenvolvimento desses serviços. Repisa-se, nesse aspecto, que o problema é global, sendo constante a demanda por serviços de qualidade. E o gasto para a promoção de políticas de assistência à saúde condizentes com a realidade tecnológica só aumenta. Por isso, não apenas pela proximidade de conteúdo, saúde e saneamento estão dentro do mesmo contexto histórico, com narrativas semelhantes.

Transplantando a discussão para a realidade brasileira, é importante frisar desde logo que as preocupações globais replicam-se no contexto regional, ganhando contornos específicos, inerentes aos obstáculos particulares do país, ligados ao seu processo histórico, sociológico, legal e orçamentário. Assim, percebe-se que os dilemas do saneamento e das políticas públicas de saúde são realmente muito semelhantes.

A despeito da essencialidade dos serviços de atenção à saúde, o setor convive com dificuldades consideráveis no que se refere às

431 Organização Mundial da Saúde. *Op. cit.*, p. 21.

432 *Ibidem*.

433 *Ibidem*, p. 60.

fontes de custeio, à distribuição dos recursos disponíveis (humanos e orçamentários) e à própria dinâmica do funcionamento de suas estruturas.

Levantamento produzido pela USP salienta a visível desigualdade na distribuição dos médicos, que se repete no nível macro, entre as grandes regiões e as unidades federativas, e a nível micro, entre os municípios. Conclui que:

Nas taxas de médicos por habitantes o Brasil é um país de extremos, com cidades tão desprovidas de médicos quanto algumas localidades de países africanos. Já os municípios entre 100 e 500 mil moradores têm razão próxima à de cidades de países desenvolvidos. E naquelas acima de 500 mil, a proporção médico/habitante muitas vezes supera à de capitais das nações europeias ricas.⁴³⁴

O estudo também revela que o Brasil tem expandido a sua capacidade de formação de médicos, com 289 cursos de Medicina ofertando 29.271 vagas anuais.⁴³⁵ Porém, segundo a Associação Médica Brasileira, a expansão da capacidade de formação de novos médicos ainda “carece de políticas públicas que estimulem a migração e a fixação de profissionais em áreas do interior e menos desenvolvidas”.⁴³⁶

A disparidade dos dados gerais reflete no atendimento médico do setor público. Conforme o DATA-SUS, o Brasil conta, em média, com aproximadamente 1,5 médico para cada mil habitantes no atendimento universal. Esse quociente apresenta expressiva variação

434 SCHEFFER, Mário. (coord.) **Demografia Médica no Brasil 2018**. Departamento de Medicina Preventiva, Faculdade de Medicina da USP. Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo. Conselho Federal de Medicina. p. 51. Disponível em: <https://jornal.usp.br/wp-content/uploads/DemografiaMedica2018.pdf>. Acesso em: 1 mar. 2020.

435 Ibidem, p. 56.

436 Associação Médica Brasileira — AMB. **Demografia Médica 2018**: número de médicos aumenta e persistem desigualdades de distribuição e problemas na assistência. Disponível em: <https://amb.org.br/wp-content/uploads/2018/03/DEMOGRAFIA-M%C3%89DICA.pdf>. Acesso em: 2 mar. 2020.

de acordo com a região geográfica. No Distrito Federal, chega a 3,61 médicos para cada mil habitantes, no entanto, no Maranhão, o índice cai para 0,53.⁴³⁷

Ante a situação apresentada, torna-se claro que a prestação pública dos serviços de saúde enfrenta dificuldades na partilha dos recursos financeiros disponíveis e na distribuição dos recursos humanos que o país tem capacidade para formar.

Então, como dito outras vezes, a saúde pública e o saneamento são políticas umbilicalmente relacionadas. As fragilidades do Estado brasileiro — os problemas de governança e financiamento — acarretam o subdesenvolvimento dessas duas áreas, transformando o cenário atual numa fase histórica que não será superada no decorrer tempo, mas sim tornar-se-á a face de um modelo construído sem a preocupação de combater a desigualdade, de ser verdadeiramente universal, inclusivo e eficiente.

3.2. Princípio da Solidariedade

Na ordem constitucional brasileira, o acesso à água potável e ao esgotamento sanitário — coleta e tratamento — são serviços públicos, pertinentes a todos os cidadãos enquanto um corpo coletivo, desvinculando-se da satisfação de preferências individuais. E é intrínseco à noção contemporânea de serviço público, apesar de todas as suas transformações, o princípio da solidariedade.

Esses serviços, embora possam ser exercidos em um mercado, não podem ser *integralmente* conduzidos sob a lógica desse. Deve-se mediar a liberdade dos investidores privados através da regulação estatal — não somente contratual, mas também econômica, mensurando os seus impactos e identificando as suas externalidades. Isso envolve resolver as falhas de mercado e as falhas de governo, que, combinadas, impossibilitam uma prestação adequada de uma determinada modalidade de serviço público.

O princípio da *solidariedade* não foi explicitamente adotado pelo Marco Legal, mas seu *status* constitucional autoriza dizer que ele

437 DATA SUS. **Referências em Saúde**. Disponível em: <http://datasus.saude.gov.br/informacoes-de-saude/publicacoes/tabelas-nacionais>. Acesso em: 29 jun. 2017.

orienta a formulação dos planos de saneamento nacionais e locais e o controle jurisdicional dos atos administrativos. Encontra-se entre os objetivos fundamentais da República Federativa, nos termos do artigo 3º:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; [...]

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

O provimento de serviços de saneamento básico com qualidade é um pré-requisito para que as pessoas desenvolvam suas capacidades para tornarem-se cidadãos livres, iguais e cooperantes na sociedade. Como estamos tratando de necessidades para o exercício da cidadania, o interesse em discutir políticas de saneamento não é uma mera questão individual.

Concretamente, no setor do saneamento básico, uma das expressões mais importantes do princípio da solidariedade é o desenvolvimento da sistemática de *subsídio cruzado*. Já estudamos aqui como a preservação desse mecanismo que, bem ou mal, existe atualmente, foi um dos pontos mais polêmicos durante a discussão dos diversos projetos que resultaram no Novo Marco Legal. O texto ofereceu como solução a possibilidade da constituição de gestão conjunta em regiões metropolitanas, estabelecimento pelos estados de unidades regionais de prestação, ou ainda de blocos de referência pela União, com adesão dos municípios, “para atender adequadamente às exigências de higiene e saúde pública, ou para dar viabilidade econômica e técnica aos menos favorecidos” (art. 2º, VI, b).

Esses mecanismos de conservação da autonomia federativa parecem facultativos, mas há pouco espaço de não adesão ao sistema (art. 3º, § 5º). Ademais, aqueles que adotarem o modelo serão contemplados com a possibilidade de flexibilização dos prazos para universalização (art. 11-B, § 9º) e prioridade para obtenção de recursos federais (art. 13, § 3º e 4º da Lei n. 11.107/05, alterado pelo Novo Marco, e Decreto Federal n. 10.710/2021).

O estímulo à regionalização, para além do trabalho já feito pelas companhias estaduais, é um dos pontos de maior destaque entre as alterações geradas pela Lei n. 14.026/2020. Pode promover ganhos em escala e proteção a pequenos municípios (que individualmente não seriam rentáveis) e oferecer uma possibilidade de preservação do mecanismo do subsídio cruzado. Mas, do ponto de vista do princípio da solidariedade, aparenta ser insuficiente e dependente de diversas variáveis subordinadas à lógica do mercado setorial.

Por esse motivo, durante os debates legislativos, diversos parlamentares e representantes da sociedade civil propuseram a criação de um Fundo Nacional de Saneamento Básico, a fim de complementar os investimentos essenciais à universalização, viabilizando que cidadãos e regiões mais favorecidos ofereçam recursos aptos a prover aos menos favorecidos.

Existem dúvidas razoáveis de como o sistema vai desenvolver-se na prática, com o risco de surgirem zonas desconstruídas, ou seja, sem contratos de programa e sem contratos de concessão, dependendo exclusivamente dos esforços locais para manter o serviço funcionando em condições precárias.

Há ainda algumas previsões do Marco Legal do Saneamento que visam a oferecer propostas de compensação das extremas desigualdades econômico-sociais e regionais em território nacional, como aquela expressa no art. 29, § 2º, e 31 da Lei n. 11.445/07, com nova redação:

Art. 29, § 2º Poderão ser adotados subsídios tarifários e não tarifários para os usuários que não tenham capacidade de pagamento suficiente para cobrir o custo integral dos serviços.

[...]

Art. 31. Os subsídios destinados ao atendimento de usuários determinados de baixa renda serão, dependendo da origem dos recursos: I - (revogado); II - tarifários, quando integrarem a estrutura tarifária, ou fiscais, quando decorrerem da alocação de recursos orçamentários, inclusive por meio de subvenções; e III - internos a cada titular ou entre titulares, nas hipóteses de prestação regionalizada.

E, no artigo 45, prevê-se a possibilidade de mitigar essa situação, ao menos no que diz respeito ao serviço de conexão da edificação à rede de esgotamento sanitário:

Art. 45. As edificações permanentes urbanas serão conectadas às redes públicas de abastecimento de água e de esgotamento sanitário disponíveis e sujeitas ao pagamento de taxas, tarifas e outros preços públicos decorrentes da disponibilização e da manutenção da infraestrutura e do uso desses serviços.

§ 8º O serviço de conexão de edificação ocupada por família de baixa renda à rede de esgotamento sanitário poderá gozar de gratuidade, ainda que os serviços públicos de saneamento básico sejam prestados mediante concessão, observado, quando couber, o reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos.

§ 9º Para fins de concessão da gratuidade prevista no § 8º deste artigo, caberá ao titular regulamentar os critérios para enquadramento das famílias de baixa renda, consideradas as peculiaridades locais e regionais.

Note-se, contudo, que não há nenhuma vinculatividade associada a esses dispositivos, de modo que a opção legislativa foi deixar aos gestores locais a liberdade de desenvolver esses mecanismos, regulando-os. Mas o cenário muda ao observarmos as normas do Marco Legal associadas à Agência Nacional de Águas (ANA). Há uma importante previsão incluída no artigo 4º da Lei n. 9.984/2000, que institui a agência:

Art. 4º, § 8º Para fins do disposto no inciso II do § 1º deste artigo, as normas de referência de regulação tarifária estabelecerão os mecanismos de subsídios para as populações de baixa renda, a fim de possibilitar a universalização dos serviços, observado o disposto no art. 31 da Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007, e, quando couber, o compartilhamento dos ganhos de produtividade com os usuários dos serviços.

Propõe-se que a ANA, a qual assume um novo protagonismo regulatório do saneamento básico no nível nacional (ver Capítulo VII), seja responsável por estabelecer regras de instituição de mecanismos de solidariedade e subsídio no que diz respeito à prestação de serviços — nesse contexto, normas de referência revelam-se escolhas de conteúdo. Aposta-se, assim, como veremos, na adequação por meio de condicionamentos à adesão a essas normas regulatórias de referência para a percepção de recursos federais e benefícios estabelecidos pela lei (art. 50, II).

De qualquer maneira, a fragmentação regulatória e o número excessivo de agências subnacionais inviabilizam a construção de uma política eficiente, apta a direcionar os recursos públicos para ampliar as redes de proteção social e concretizar medidas que façam sentido dentro da perspectiva do princípio da solidariedade. Reconhecendo a validade dessas premissas, entre outras tantas, concluiu-se: o sistema precisava mudar.

Assim, soluções individuais ou específicas à determinada coletividade podem ser mais eficazes do que esperar por uma ampla transformação urbanística. Em certa medida, universalizar o saneamento depende de diálogo, de aproximação com as comunidades locais e do oferecimento de soluções customizadas. Não basta disponibilizar a rede e oferecer o serviço, se as realizações estruturais não têm eficiência social.

A educação sanitária e ambiental, a formação de mão de obra e a geração de renda são exigências possíveis de impor-se aos operadores em busca de uma intervenção eficaz, solidária e universalizante da política pública de saneamento em comunidades mais pobres. Em alguns contextos, a regularização fundiária e as políticas de saneamento podem atuar conjuntamente, ou seja, fala-se aqui de engenharia social, a fim de propor soluções urbanas para problemas históricos. Não adianta o operador divulgar o número de novas conexões de água e da ampliação de usuários do serviço, se ele não souber qual a dimensão desse crescimento nas comunidades carentes situadas em locais de difícil acesso. Deve-se pensar em um sistema que trabalhe a universalização de maneira progressiva, mas igualmente comprometida com os ideais de inclusão e solidariedade.

O Novo Marco Legal tenta enfrentar esse problema. Em tese, ninguém defende o abandono das áreas de periferia, mas, na prática, nunca são priorizadas. E na relação com operadores privados,

quando essa prioridade não fica muito clara, arrisca-se a adoção de condutas oportunistas, trabalhando sob a lógica de proteger a eficiência econômica do contrato. Por isso, em adição à regulação contratual, a regulação discricionária é a forma mais adequada de enfrentar esses processos, graças à sua capacidade de ajustar-se a realidades que vão alterando-se com o passar do tempo.

Sem dúvida alguma, será preciso determinar um nível mínimo de investimentos nessas regiões e impedir que isso ocorra apenas no final do contrato. As concessionárias e as companhias estaduais têm de entrar nas comunidades, obter licenças sociais, oferecer soluções alternativas, coletivas ou individuais (o caso das fossas sépticas em zonas rurais e residências isoladas) para esse déficit histórico. Estimular as conexões aos sistemas, disponibilizando microcrédito ou tarifa social, no final das contas, também auxilia na redução das perdas comerciais comuns no setor.

3.3. Princípio da Equidade

Em estreita relação com os princípios da solidariedade e universalidade, o serviço de saneamento deve ser equitativo, isto é, o acesso regular a esse não pode decorrer apenas da capacidade do indivíduo de pagar pelo benefício.⁴³⁸ O preço de prestação não pode, sob qualquer hipótese, representar um obstáculo para indivíduos incapazes de arcar com os custos devido à sua condição socioeconômica.⁴³⁹ Requer, ainda, que não se distinga aqueles que pagam mais dos que pagam menos.

No caso do Brasil, a prestação de serviço público por concessionária é orientada pelo princípio administrativo da continuidade da prestação. Não obstante, a interrupção motivada por inadimplemento

438 CARVALHO, Vinícius Marques de. Cooperação e Planejamento na Gestão dos Serviços de Saneamento Básico. In: MOTA, Carolina. (coord.). **Saneamento Básico no Brasil: Aspectos Jurídicos da Lei Federal 11.445/2007**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 57; MARQUES, Sílvia Badim; DELDUQUE, Maria Célia. Saúde e Saneamento Básico: Relação Necessária na Perspectiva do Direito. In: MOTA, Carolina. (coord.). **Saneamento Básico no Brasil: Aspectos Jurídicos da Lei Federal 11.445/2007**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 229.

439 SMETS, Henri. **Por un Derecho Efectivo al Agua Potable**. Facultad de Jurisprudência. Bogotá: Editorial Universidad del Rosário, 2006, p. 69.

é permitida no nosso sistema, desde que observado o interesse da coletividade (Lei n. 8.987/1995, art. 6º, § 3º, II).

A Lei n. 9.472/1997, no seu artigo 3º, incisos VII e VIII, determina ser direito do usuário dos serviços de telecomunicações a não suspensão da prestação em regime público, salvo por débito resultante de sua utilização e após prévio conhecimento. Tal regra não é diferente, em termos de concepção, para o serviço de água e saneamento; o não pagamento, em regra, possibilita o corte imediato. Contudo, isso também é verdade, o Superior Tribunal de Justiça construiu um conjunto de exceções que podem abranger diversos casos concretos, como por exemplo, serviços essenciais de dimensão coletiva, débitos pretéritos e/ou débitos irrisórios.⁴⁴⁰

Além disso, a Lei n. 14.015/2020 acresceu o § 4º ao artigo 6º da Lei n. 8.987/1995, passando-se a vedar a interrupção do serviço com início em sexta-feira, em sábado, em domingo, em feriado e em dia anterior ao feriado. Veja-se:

Art. 6º Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato.

[...]

§ 4º A interrupção do serviço na hipótese prevista no inciso II do § 3º deste artigo não poderá iniciar-se na sexta-feira, no sábado ou no domingo, nem em feriado ou no dia anterior a feriado. (Incluído pela Lei nº 14.015, de 2020)

Ao que tudo indica, é lícito à concessionária findar o fornecimento de água se, após o aviso prévio, o consumidor permanecer inadimplente.⁴⁴¹ Somente em raras situações, envolvendo pessoas

440 Nesse sentido são os seguintes julgados: AgRg no AREsp. 817.879/SP, Rel. Min. Humberto Martins, DJe 12.2.2016; AgRg nos EDcl no REsp. 1.073.672/RS, Rel. Min. Olindo Menezes, DJe 5.2.2016; REsp. 1.117.542/RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe 3.2.2011; AgRg no REsp 1.016.463/MA, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJe 2.2.2011.

441 REsp 1159948/RJ, Rel. Min. Castro Meira, DJe 19/04/2011; Resp 1.062.975, Rel. Min. Eliana Calmon, Primeira Turma, DJe 29/10/2008; REsp 678.044/RS, Rel. Min. Humberto Martins, DJU de 12/03/07.

em total e comprovada miséria, de modo a evitar lesões irreversíveis à integridade do usuário, abrandando-se a legitimidade da concessionária de interromper a prestação.⁴⁴²

A progressiva e constante universalização do serviço de saneamento deve levar em especial consideração o princípio da equidade, equilibrando uma prestação que satisfaça as carências dos cidadãos e o pagamento como uma possibilidade concreta dentro da capacidade individual ou coletiva.⁴⁴³ Logo, é preciso enfrentar a ideia de que essas operações necessitam ter eficiência econômica para garantir seu financiamento. Tal preocupação subjaz, de forma explícita ou implícita, em grande parte dos posicionamentos nos debates nacionais e internacionais.⁴⁴⁴

A noção da água como bem econômico coletivo, no entanto, é compatível com a gratuidade do serviço para os setores marginalizados da sociedade.⁴⁴⁵ Normalmente isso se dá pelo oferecimento de subsídios públicos, pela concessão patrocinada, pelo uso de fontes alternativas de receita — previsto na Lei n. 8.987/1995, artigo

442 REsp 684.442/RS, Rel. Min. José Delgado, Rel. p/ Acórdão Min. Luiz Fux, PRIMEIRA TURMA, julgada em 03/02/2005, DJ 05/09/2005, p. 260. “O corte do fornecimento de serviços essenciais — água e energia elétrica —, como forma de compelir o usuário ao pagamento de tarifa ou multa, extrapola os limites da legalidade e afronta a cláusula pétrea de respeito à dignidade humana, porquanto o cidadão se utiliza dos serviços públicos essenciais para a sua vida. [...] a Lei de Concessões estabelece que é possível o corte considerado o interesse da coletividade, que significa interditar o corte de energia de um hospital ou de uma universidade, bem como o de uma pessoa que não possui condições financeiras para pagar conta de luz de valor módico, máxime quando a concessionária tem os meios jurídicos legais da ação de cobrança. A responsabilidade patrimonial no direito brasileiro incide sobre o patrimônio do devedor e, neste caso, está incidindo sobre a própria pessoa.”

443 MARTÍN, Liber. **Derecho de Aguas**. Estudio sobre el uso y dominio de las aguas públicas. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2010, p. 49-50.
FERRER, Juan de la Cruz. **La liberalización de los servicios públicos y el sector eléctrico**: Modelos e análisis de la Ley 54/1997. Madrid: Marcial Pons, 1999, p. 112.

444 A noção de que a água possui uma expressão econômica relevante se consolidou na Conferência de Dublin, em 1992, e foi reafirmada em eventos como o Fórum Mundial da Água na França, em 2012, e o VIII Fórum Mundial da Água, em 2018, sediado em Brasília.

445 A interpretação da gratuidade na legislação brasileira limita-se como regra aos casos de captação direta, os quais estão dispensados de outorga, nos termos dos arts. 12, § 1º, e 20 da lei da Política Nacional de Recursos Hídricos n. 9.433/1997. Aos casos não abrangidos nesta exceção, ou seja, nas captações sujeitas à outorga, os usuários dos recursos hídricos podem ser cobrados pelo uso, racionalizando o uso da água (art. 19, I e II).

11 — ou pela sistematização de subsídio cruzado. Mais uma vez, tem lugar a preocupação com o cenário inaugurado ante o Novo Marco Legal do Saneamento. Considerando a tendência de acelerar o processo de desestatização, fica claro o papel do Estado: construir uma rede de proteção social para as pessoas menos favorecidas; encontrar uma forma de incluí-las, mesmo que não tenham recursos para pagar a tarifa.

O sistema público, à semelhança do privado, pode reproduzir e potencializar a exclusão de uma grande quantidade de cidadãos. A combinação universalidade-equidade deve buscar a expansão da rede progressivamente e oportunizar, na mesma velocidade, para todas as camadas da população, no espaço urbano e rural, o acesso ao serviço de saneamento de qualidade.

O princípio da equidade demanda que tratemos de modo idêntico os iguais (equidade horizontal) e de modo diferente os desiguais (equidade vertical). Ele também ordena que se procure uma igualdade formal — isto é, a eliminação de distinções arbitrárias entre pessoas pela lei — e substancial — exigindo uma atuação positiva dos poderes do Estado para promover o que se entende por uma prestação ideal dos serviços de saneamento.

Portanto, a universalidade sem a preocupação com a equidade expande a estrutura, mas, simultaneamente, exclui indivíduos, na medida em que não é possível cogitar que todos tenham condições de contribuir com o valor correspondente às expectativas do mercado. Essa suposição mostra-se ainda mais afastada da realidade levando em conta nosso contexto local, onde a desigualdade econômica alcança, a cada ano, patamares alarmantes — o que se agravará no mundo pós-pandemia. A exclusão pela falta de equidade é o resultado óbvio de um modelo que privilegia a concepção de que a água é tão somente um bem econômico, ignorando sua condição de bem identificado com o conceito de mínimo existencial.⁴⁴⁶

Na adoção dessa política, discernir com precisão os grupos sociais que dependem do subsídio ou de algum tipo de rede de

446 Deve-se colocar ainda nessa balança o compromisso de transmitir para as gerações futuras recursos naturais e culturais em patamares equivalentes aos que se recebeu de tempos anteriores, nunca menos, buscando, se possível, uma ampliação desses recursos.

proteção a fim de acessar o serviço é decisivo para evitar um desequilíbrio e a perda de recursos.⁴⁴⁷ Pode-se alcançar um esquema economicamente sustentável e justo somente se o Estado, enquanto regulador e fiscalizador, nunca perder o protagonismo na área do saneamento.

Todavia, na elaboração artesanal das modelagens, será preciso um exercício de realismo tarifário. Medidas para otimizar as operações deverão ser desenvolvidas, como, por exemplo, a redução de perdas na distribuição da água tratada ou o reúso de efluentes sanitários e o aproveitamento da água da chuva – hoje uma obrigação legal. Em tese, inexistindo comprovação das ineficiências, as tarifas respondem pela atual infraestrutura instalada e pela qualidade de serviço oferecido. Mas não só: é preciso que o Novo Marco Legal seja lido também como um incentivo a melhores práticas de governança e eficiência dos recursos, especialmente para evitar que a revisão de tarifas seja a primeira medida para responder às metas da Lei 14.026/2020.

Por consequência, sustenta-se a seguinte ideia: em algumas localidades, é possível que haja aumento de tarifas; aos passo que, em outras, haverá, inclusive, diminuição. Isso porque o regime tarifário será proporcional ao nível de desafio para o atingimento das metas de universalização. Acredita-se, isso sim, que o Novo Marco Legal ofertará um serviço melhor, que deverá dialogar com mecanismos de acolhimento para todas as camadas sociais.

3.4. Princípio da Integralidade

O direito de acesso à água potável e ao serviço de esgotamento sanitário não se limita apenas a possibilitar para os indivíduos a *subsistência*, mas também a *qualidade de vida*. O princípio, então, ordena que se busque o atendimento integral ao indivíduo e a proteção de sua saúde, valorizando as atividades preventivas e as medidas assistenciais.

447 PNUD. **A água para lá da escassez: poder, pobreza e a crise mundial da água.** Relatório do Desenvolvimento Humano/GRDH. New York, 2006, p. 98.

A primeira consequência jurídica da classificação do direito à saúde como fundamental é a sua titularidade. Os direitos fundamentais têm caráter universal, portanto, são titularizados pelo indivíduo. Aplicando tal característica ao aparato normativo brasileiro atinente à saúde, interpreta-se a partir do artigo 196 da Constituição Federal que “a saúde é direito de todos”,⁴⁴⁸ sendo “todos” um termo abrangente o suficiente para não admitir exceções.⁴⁴⁹

Outro aspecto relevante é o fato de que o direito à saúde recebe tratamento pelos tribunais e pelas cortes superiores como direito subjetivo⁴⁵⁰ e, dessa forma, pode ser postulado individualmente ao Poder Judiciário em face de situação na qual se vislumbre ineficácia da política pública de assistência à saúde. Inclusive, alguns autores comparam a ausência de uma política pública de assistência à saúde plenamente eficaz com a aplicação de pena de morte:

Cumpre relembrar, mais uma vez, que a denegação dos serviços essenciais de saúde acaba — como sói acontecer — por se equiparar à aplicação de uma pena de morte para alguém cujo único crime foi o de não ter condições de obter com seus próprios recursos o atendimento necessário.⁴⁵¹

A construção de um sistema normativo de prestação de assistência à saúde integra o movimento de constitucionalização do que se denomina “direitos de segunda geração” ou “direitos sociais”. Nessa esteira, poder-se-ia citar uma série de constituições de diversos países que sistematizaram a demanda social por prestação de assistência à saúde em seus respectivos textos, no decorrer do

448 BRASIL, Constituição, 1988.

449 Dentro dessa discussão, vale o destaque para o julgado do Tribunal Regional Federal da 4ª Região de n. 2005040132106 (BRASIL, 2006) e para o julgado do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul de n. 70080805138 (BRASIL, 2019), os quais reconhecem a possibilidade de atendimento gratuito no SUS aos estrangeiros. A posição dos tribunais é também amparada pela doutrina (SARLET, 2011, p. 214).

450 RE 396973/RS, RE 271.286/RS, AI 550.53-AgR, RE 368.564.

451 SARLET, 2011, p. 325.

século XX.⁴⁵² Igualmente, seria viável abordar a vasta documentação nacional e internacional acerca da necessidade da política pública de assistência à saúde, enquanto consequência da proteção ao direito à vida.⁴⁵³

Dito isso, a Constituição Federal de 1988, na esteira da constitucionalização dos chamados “direitos sociais”, dispõe no seu artigo 196:

A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Com base nesse dispositivo constitucional, a República Federativa do Brasil assume para si a responsabilidade de disponibilizar políticas públicas de saúde de forma universal e gratuita, um objetivo ambicioso. Para cumpri-lo, atribui-se ao Estado a responsabilidade de organização do setor por meio do Sistema Único de Saúde (SUS),⁴⁵⁴ que “define, harmoniza, integra e organiza as ações desenvolvidas por diversas instituições-organismos de Direito Público existentes no Brasil”,⁴⁵⁵ tais como o Ministério da Saúde, as secretarias estaduais e municipais de saúde e as agências reguladoras.

O SUS foi instituído no texto constitucional pelo artigo 198, definindo-o e estabelecendo as suas principais diretrizes. Observa-se a norma citada *in verbis*:

452 Vide a Constituição Mexicana de 1917, a Constituição Alemã da República de Weimar (1919), a Constituição Portuguesa de 1976, entre outras.

453 A Declaração Universal dos Direitos do Homem, o Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Políticos, o Pacto San José da Costa Rica, OG de n. 14 do Comitê de Assuntos Econômicos, Sociais e Culturais.

454 AITH, Fernando. **Curso de direito sanitário**: a proteção do direito à saúde no Brasil. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 337. “[...] conjunto individualizado, [dotado de] organização interna estabelecida em conformidade com o Direito positivo, inserção na ordem geral das coisas e situação jurídica permanente.”

455 *Ibidem*, p. 340.

Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo;

II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;

III - participação da comunidade.

Como depreende-se da norma supracitada, os incisos do artigo 198 dispõem sobre as três principais diretrizes do Sistema Único de Saúde: a descentralização, a integralidade e a participação da comunidade. Resumidamente, a descentralização significa que cada ente federativo (municípios, estados, Distrito Federal e União) deverá capacitar-se para o exercício das suas respectivas atribuições dentro da política pública de saúde, a qual “tem direção única em cada esfera de governo” (Lei n. 8.080, art. 7°).

A diretriz da integralidade, por sua vez, diz respeito ao dever do Estado de fornecer a “integralidade de assistência, entendida como o conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema” (Lei n. 8.080, art. 7°). A interpretação usual da integralidade na prestação de serviços de saúde atribui ao Estado a responsabilidade de fornecimento de tratamento integral no escopo das capacidades tecnológicas da medicina, desde a prevenção de agravos até tratamentos complexos:

Assim, sempre que houver uma pessoa doente, caberá ao Estado fornecer o tratamento terapêutico para a recuperação da saúde dessa pessoa de acordo com as possibilidades oferecidas pelo desenvolvimento científico.⁴⁵⁶

456 AITH, Fernando. *Op. cit.*, p. 356.

O direito à saúde não serve apenas ao doente, pois começa antes e vai bem além desse estágio — é o direito, principalmente, de não ter a doença, ou de convalescer sem sequelas, a partir de uma série de ações concatenadas voltadas a esse objetivo. Envolve a promoção de uma estrutura de políticas públicas. Ora, o acesso à água potável e ao serviço de esgotamento sanitário está em absoluta harmonia com as políticas de saúde, seja na dimensão preventiva ou curativa. É a política pública dentro de uma perspectiva integral, que relaciona o saneamento básico às políticas de saúde, educação, trabalho e moradia.⁴⁵⁷

Já o princípio de integralidade, em relação ao saneamento, é coerente com os mesmos estudos desenvolvidos no campo da saúde pública; refere-se ao conjunto de serviços de abastecimento de água, esgotamento sanitário, limpeza urbana, manejo de resíduos sólidos e manejo de águas pluviais urbanas.⁴⁵⁸ Esses serviços são compreendidos como parte de uma política urbana, ambiental e de saúde pública, visão implantada no Brasil com a Lei n. 11.445/2007, que se conecta diretamente à Lei n. 8.080/1990.

A universalidade não diferencia os cidadãos quanto ao acesso aos serviços, sendo compatível com a exclusão de parcela significativa da população — mesmo que isso pareça contraditório, a equidade justifica um tratamento diferenciado, na medida da comprovação das necessidades, remediando esse problema. E a integralidade pressupõe a ação intersetorial que abrange prevenção, tratamento e acompanhamento de sequelas, em diálogo com as políticas públicas implantadas nas diversas áreas da assistência social. Por isso, as políticas públicas de saneamento, saúde e proteção do meio ambiente devem sempre guardar entre si relação e coerência.

A garantia do acesso à água potável e ao esgotamento sanitário tem um imenso impacto na qualidade de vida das pessoas,

457 MARQUES, Sílvia Badim; DELDUQUE, Maria Célia. Saúde e Saneamento Básico: Relação Necessária na Perspectiva do Direito. In: MOTA, Carolina. (coord.). **Saneamento Básico no Brasil: Aspectos Jurídicos da Lei Federal 11.445/2007.** São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 219.

458 REZENDE, Sonaly Cristina *et al.* (org.). Panorama do Saneamento Básico no Brasil — **Cadernos Temáticos para o Panorama do Saneamento Básico no Brasil,** Volume VII, Brasília, Ministério das Cidades/Secretaria Nacional de Saneamento Ambiental, 2011, p. 91.

afetando, direta ou indiretamente, todos os outros Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS). Seu fornecimento desencadeia um círculo virtuoso, com externalidades positivas em áreas como saúde e educação, condições necessárias para o exercício da cidadania democrática.⁴⁵⁹ Em sentido contrário, a pobreza, a existência de um campo restrito de oportunidades e a insuficiência de estruturas públicas para o atendimento da população estabelecem uma rede de externalidades negativas, restringindo liberdades básicas.⁴⁶⁰ Um recente estudo mostra esse quadro em números na vida das mulheres brasileiras⁴⁶¹ e das populações de periferia de uma maneira geral.

A ação governamental deve contemplar o adensamento de políticas públicas — de redes de proteção social —, que apresentam menor índice de resolutividade quando cogitadas separadamente.⁴⁶² O princípio da integralidade exige que se olhe para essa dimensão “macro”, pois problemas tão complexos como saúde, educação e qualidade de vida devem ser compreendidos na sua exata dimensão, numa rede infinita de conexões.

-
- 459 SEN, Amartya. **Desenvolvimento como Liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 17. É uma contribuição importante o autor afirmar sempre que “[...] o enfoque nas liberdades humanas contrasta com visões mais restritas de desenvolvimento, como as que identificam desenvolvimento como crescimento do Produto Nacional Bruto (PNB), aumento de rendas pessoais, industrialização, avanço tecnológico ou modernização social. O crescimento do PNB ou das rendas individuais obviamente pode ser muito importante como um meio de expandir as liberdades desfrutadas pelos membros da sociedade. Mas as liberdades dependem também de outras determinantes, como as disposições sociais e econômicas (por exemplo, os serviços de educação e saúde) e os direitos civis (por exemplo, a liberdade de participar de discussões e averiguações públicas)”.
- 460 Ibidem, p. 18.
- 461 FREITAS, Fernando Garcia de; MAGNABOSCO, Ana Lelia. **O saneamento e a vida da mulher brasileira**. Disponível em: http://www.tratabrasil.org.br/images/estudos/itb/pesquisa-mulher/brk-ambiental-presents_women-and-sanitation_PT.pdf. Acesso em: 6 nov. 2020.
- 462 MARQUES, Sílvia Badim; DELDUQUE, Maria Célia. Saúde e Saneamento Básico: Relação Necessária na Perspectiva do Direito. In: MOTA, Carolina. (coord.). **Saneamento Básico no Brasil: Aspectos Jurídicos da Lei Federal n. 11.445/2007**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 217. As autoras reivindicam, inclusive, que o acesso ao saneamento, referente à promoção da saúde, tem “efeito superior ao de intervenções biomédicas”.

3.5. Princípio da Sustentabilidade

Começemos com uma definição operacional do princípio da sustentabilidade,⁴⁶³ enunciada por Juarez Freitas:

[...] trata-se do princípio constitucional que determina, independentemente de regulamentação legal, com eficácia direta e imediata, a responsabilidade do Estado e da sociedade pela concretização solidária do desenvolvimento material e imaterial, socialmente inclusivo, durável e equânime, ambientalmente limpo, inovador, ético e eficiente, no intuito de assegurar, preferencialmente de modo preventivo e precavido, no presente e no futuro, o direito ao bem-estar físico, psíquico e espiritual, em consonância homeostática com o bem de todos.⁴⁶⁴

O autor também defende que o desenvolvimento não é elemento de oposição à sustentabilidade, pois “a sustentabilidade já desponta como um dos fatores a serem considerados na avaliação de performance econômica”.⁴⁶⁵

A água e o serviço de esgotamento sanitário são parte essencial da promoção do desenvolvimento sustentável, ou seja, a dimensão social, econômica e ambiental do desenvolvimento.⁴⁶⁶ Assim, o princípio da sustentabilidade nesse campo exige o fortalecimento

463 O debate sobre sustentabilidade está muito presente na pauta internacional. A título de exemplo, a Agenda 21, uma construção importante da RIO-92, e subsequentemente da RIO+10 e da RIO+20, ressalta o papel da cooperação e destaca o desenvolvimento sustentável como prioridade da comunidade internacional, sugerindo estímulos para políticas macroeconômicas que sejam realmente favoráveis ao meio ambiente e ao desenvolvimento.

464 FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: Direito ao Futuro**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 40-41.

465 Ibidem, p. 43.

466 A gestão das águas foi abordada sob este enfoque na Conferência Internacional sobre Água Doce, denominada “Água: chave para o desenvolvimento sustentável”, realizada em Bonn, na Alemanha, no ano de 2001. Disponível em: http://www.fboms.org.br/files/agua/doc_6.htm. Acesso em: 15 fev. 2019. Ver também: PNUD. A água para lá da escassez: poder, pobreza e a crise mundial da água. **Relatório do Desenvolvimento Humano/GRDH**. New York, 2006, p. 154.

de uma política ambiental e econômica que garanta a preservação e o desenvolvimento dos recursos hídricos sob uma perspectiva intergeracional.

O difícil nessa construção é transpor as barreiras impostas pela soberania dos Estados, que não assimilaram completamente como as ações que impactam o meio ambiente serão sentidas para além das fronteiras de seus territórios.⁴⁶⁷ Apesar disso, discute-se cada vez mais o ideal do desenvolvimento sustentável, e não faltam esforços para implementá-lo.

Um exemplo é a força do chamado índice Environmental, Social and Corporate Governance (ESG) nas dinâmicas do mercado, em especial nas empresas atuantes no cenário internacional. Há um grande esforço para medir o desempenho das empresas relativo à governança ambiental, social e corporativa. Peculiarmente, os critérios ESG surgem das próprias forças do mercado, que passam a valorizar um bom desempenho nesses parâmetros. Os agentes econômicos concluem: os investimentos em empresas que se saem bem nesses quesitos representam um exemplo de “atuação responsável”. Esse engajamento tem demonstrado servir de *vis attractiva* para novos *players*.

O aprofundamento de tais dinâmicas é muito importante no nosso contexto, uma vez que, ante o Novo Marco Legal do Saneamento, há a tendência de entrada consistente das empresas privadas no setor. Quanto maior for o incentivo para que se invista em “ativos sustentáveis”, mesmo que se opere em uma lógica de mercado, melhor do ponto de vista da sustentabilidade. Diariamente, os países mais desenvolvidos, o seu mercado consumidor e as

467 MARTÍN, Líber *et al.* **El derecho humano al agua**: particularidades de su reconocimiento, evolución y ejercicio. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2011, p. 191. O problema mais profundo aqui, na verdade, é o de alcançar uma ação coletiva e coordenada a nível internacional, na medida em que é muito fácil para um Estado aproveitar-se da cooperação dos outros a fim de maximizar suas vantagens materiais de curto prazo. Este é o famoso problema do *free rider* aplicado aos Estados: a ação de um único indivíduo não é capaz de desestabilizar a ação da coletividade, logo, seria do interesse de um agente egoísta não colaborar, mas receber mesmo assim os benefícios da cooperação. Os atores, no cenário internacional, antecipam a estratégia de não cooperar dos outros, tornando a ação coletiva inviável por falta de confiança.

multinacionais de determinados setores sinalizam que essa nova visão, de fato, se consolidará.

A relação entre segurança alimentar e rastreamento da origem de produtos coloca a discussão das pautas ambientais em outro patamar, dando ao Brasil apenas uma opção: assimilar essas pautas e internalizá-las nas suas políticas de governo. No caso específico desse trabalho, a universalização sustentada do serviço público de saneamento básico é também um sinal de conformidade com essa hegemonia política, econômica e científica que aceita a tese do aquecimento global.

Em todo o mundo, vem solidificando-se a ideia de que o desenvolvimento não pode ser medido apenas por métricas como o Produto Interno Bruto (PIB). A modificação do conceito de pobreza e a incorporação do termo “sustentável” para identificar o desenvolvimento são marcos importantes. Tal processo histórico culminou na formação de um consenso da ONU no ano de 2000, ancorado no compromisso político de realizar um conjunto de prioridades globais, direcionadas a uma interpretação distinta de desenvolvimento, com metas estipuladas para 2015 — os *Objetivos de Desenvolvimento do Milênio* (ODM), posteriormente condensados e ampliados para 2030 nos *Objetivos de Desenvolvimento Sustentável* (ODS).

Como substituto a essas métricas de desenvolvimento, surgiu o Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) — que, em grande parte, cumpre a sua missão: identificar os elementos mais importantes para medir o desenvolvimento, sendo esse menos econômico e mais humano. Desde o início, a educação, a ampliação da expectativa de vida e o aumento da renda surgiram como variáveis relevantes.

Pode-se identificar, no mínimo, oito ODS que se relacionam direta ou indiretamente com as questões de água e do serviço de esgotamento sanitário: (i) acabar com a pobreza em todas as suas formas, em todos os lugares (objetivo um); (ii) acabar com a fome, alcançar a segurança alimentar e a melhoria da nutrição e promover a agricultura sustentável (objetivo dois); (iii) assegurar uma vida saudável e promover o bem-estar para todos, em todas as idades (objetivo três); (iv) alcançar a igualdade de gênero e empoderar todas as mulheres e meninas (objetivo cinco); (v) assegurar o acesso confiável, sustentável, moderno e a preço acessível à energia para todos (objetivo sete); (vi) promover o crescimento econômico sustentado, inclusivo e sustentável, emprego pleno e produtivo e

trabalho decente para todos (objetivo oito); (vii) promover sociedades pacíficas e inclusivas para o desenvolvimento sustentável, proporcionar o acesso à justiça para todos e construir instituições eficazes, responsáveis e inclusivas em todos os níveis (objetivo dezesseis); (viii) assegurar a disponibilidade e gestão sustentável da água e do saneamento para todos (objetivo seis).⁴⁶⁸

A redução das desigualdades depende de foco no cumprimento desses objetivos e de suas metas, relacionadas entre si.⁴⁶⁹ As políticas de Estado deverão fixar-se nas diferentes variáveis concretas da pobreza, dentro do binômio universalidade-equidade e da afinidade entre integralidade e sustentabilidade.

A sustentabilidade, o direito ao futuro e o acesso à água como pontos de partida para a realização de outros direitos são marcos, em parte, consolidados na visão da Organização das Nações Unidas. Como dito outras vezes, essa percepção estabeleceu-se mormente após a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento, no Rio de Janeiro, em 1992, e a Conferência Mundial das Nações Unidas sobre Direitos Humanos, em Viena, no ano de 1993.⁴⁷⁰ Não é a escassez a pauta principal, mas a poluição e a desigualdade nos processos de distribuição, produzindo um agravamento das condições de vida das populações e compondo um conceito mais complexo de pobreza.

Sempre que oportuno, as questões atinentes à sustentabilidade, ou à solidariedade transgeracional, passaram a ser centrais no debate econômico mundial. Agentes da economia global, diante dos eventos desastrosos ocorridos nas últimas décadas, concederam a essas problemáticas a seriedade que merecem. Atualmente, vários *players* exigem governança ambientalmente responsável como critério de seleção de investimentos.

468 ONU. **Objetivos de Desenvolvimento Sustentável**, 2015. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/pos2015/agenda2030/>. Acesso em: 5 jan. 2020.

469 PNUD. Desenvolvimento Humano para Todos. **Relatório do Desenvolvimento Humano/GRDH**. New York, 2016, p. 57.

470 MAZZUOLI, Valério de Oliveira. A Proteção Internacional dos Direitos Humanos e o Direito Internacional do Meio Ambiente. **Revista Argumenta**, n. 9, jul./dez. 2009. Revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da FUNDINOPI. Paraná, p. 168.

Reconhecendo que as mudanças climáticas em curso podem nos conduzir a “impactos irreversíveis e catastróficos”, capazes de causar “a próxima crise financeira”, Bolton *et al.*, no trabalho “O cisne verde: bancos centrais e a estabilidade financeira na era das mudanças climáticas”, concluem: “ações ambiciosas dirigidas a uma transformação estrutural de nossas economias” e que coordenem governos, o setor privado, a sociedade civil e a comunidade internacional são necessárias.⁴⁷¹

O próprio mercado, inclusive para sua autopreservação, tem o dever de disseminar a adoção consistente de padrões ambientais, sociais e de governança (a sigla ESG), estimulando a alocação de recursos em empresas e países comprometidos com eles.⁴⁷² Mas isso não basta: o mercado financeiro deve começar a aceitar retornos menores a curto prazo, em nome da redução dos riscos de longo prazo ligados à mudança climática. A manutenção da *neutralidade de mercado* tradicional oferece uma distorção em favor das indústrias que fazem uso intensivo de carbono.⁴⁷³

Além disso, o estudo de Bolton e demais aponta para os “efeitos distributivos” das mudanças climáticas: os riscos e os custos de adaptação recaem desproporcionalmente sobre países e populações pobres. O custo de mitigação dos danos e da migração de matrizes energética pode vir a ser proibitivo para esses grupos. Sem um mapeamento claro de como os encargos e benefícios da mitigação da mudança climática serão distribuídos, é quase certo — como observado em muitos casos recentes — que revoltas políticas violentas contra uma sociedade de baixo carbono crescerão. Portanto, a viabilidade sociopolítica de combater a mudança climática depende de lidar com suas consequências distributivas.⁴⁷⁴

Vemos, assim, que forças importantes do mercado financeiro têm considerado como parte de suas projeções e seus cálculos de

471 BOLTON, Patrick; DESPRES, Morgan; PEREIRA DA SILVA, Luiz Awazu; SAMAMA, Frédéric; SVARTZMAN, Romain. **The green swan**: Central banking and financial stability in the age of climate change. Paris: Bank for International Settlements: 2020, p. 9.

472 Ibidem, p. 53.

473 Ibidem, p. 54.

474 Ibidem, p. 23.

riscos não apenas a agenda climática e da sustentabilidade, mas as próprias questões ligadas ao combate da desigualdade. Entre as últimas, prioriza-se a universalização do acesso à água e ao serviço de esgotamento sanitário. O tema da sustentabilidade foi, ao lado da desigualdade social, o mais debatido no Fórum de Davos em 2020, nas diversas reuniões bilaterais entre empresas e investidores. Logo, as decisões de alocação de capital serão cada vez mais guiadas pelos padrões ambientais, sociais e de governança.

A concretização da meta de universalização dos serviços de água e esgotamento sanitário encontra-se no centro dos objetivos próximos, independentemente do ângulo principal que se queira adotar, seja aquele do crescimento econômico, ou da concretização de direitos humanos. Por isso mesmo, deve-se compreender a previsão tão ambiciosa incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro pela Lei n. 14.026/2020, que, no artigo 11-B da Lei n. 11.445/2007, para a concretização do direito de acesso à água potável e ao serviço de esgotamento sanitário, estabeleceu 2033 como ano de referência, e para circunstâncias excepcionais, o ano de 2040.

No mercado internacional de créditos, muitos investidores desejam obter performance nos temas relacionados aos ODM, interessados também nessa nova visão de controle das externalidades como um compromisso do poder público e da iniciativa privada. Os fundos de investimento ESG controlam até a consistência dos programas de *compliance* implantados nas empresas, pois o efetivo funcionamento das estratégias de prevenção, detecção e correção indica o nível de governança atingido pela entidade. O foco em riscos relacionados à sustentabilidade e aos critérios ESG cresce exponencialmente, transformando em ponto central o que antes era marginal nas decisões de investimento.

3.6. Princípio da Participação ou do Controle Social

Toda política pública, mesmo que sua operação esteja sob controle privado, exige um conjunto de decisões de ordem técnica, pois a eficiência é, de fato, uma questão de interesse público. Contudo, é indispensável compatibilizar o conhecimento aprofundado de novas tecnologias, função de administração, com um mapeamento das necessidades e vontades da população. O enfrentamento da pobreza, sendo o acesso à água potável uma variável importante, é,

de modo central, uma questão política. Isso diz respeito a como nós devemos viver em sociedade; no caso da democracia, como devemos viver em sociedade de modo que possamos nos conceber como livres e iguais.

Isso posto, é essencial a existência de canais institucionais de participação da sociedade civil nas regras e na própria atuação das empresas de saneamento, públicas ou privadas. Na verdade, hoje tornou-se obrigatório integrar ao processo de construção (ou acompanhamento) do sistema de prestação do serviço de acesso à água potável e ao saneamento básico instâncias de efetivo controle social.⁴⁷⁵ Para haver compatibilidade entre a decisão técnica e os interesses da população, precisa-se de informações claras, que correlacionem as reais possibilidades do Estado e as perspectivas de financiamento e operação do sistema, seja qual for o modelo de gestão. Apenas para exemplificar, a diretriz da participação da comunidade, ratificada no texto do art. 7º da Lei n. 8.080/1990, ordena a criação de mecanismos de participação da sociedade na gestão e execução dos serviços de saúde. No ponto, menciona-se a Lei n. 8.142/1990, que, no seu art. 1º, institui a Conferência de Saúde e o Conselho de Saúde, institutos responsáveis pela avaliação e formulação de políticas públicas de assistência à saúde (Lei. n. 8.142, de 28 de dezembro de 1990).

A busca de uma maior eficiência no desempenho das políticas de Estado é uma constante nos processos de reforma do setor público, até porque verifica-se uma demanda crescente por mais (e melhores) serviços. Cobra-se transparência e, principalmente, resultados satisfatórios. A estipulação de indicadores, objetivos e metas no processo de implementação e execução de uma política pública requer uma competência compartilhada entre o Estado e a sociedade.

A democracia aparece de inúmeras formas nos diversos países, com diferentes estruturas representativas e mecanismos de participação social — alguns mais inclusivos, outros menos. No entanto,

475 MUÑOZ, Jaime Rodríguez-Arana. **Direito Fundamental à Boa Administração Pública**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012, p. 14-27.

sobre um aspecto não há dúvidas: uma democracia distorcida e equivocada não conduz às políticas essenciais aos cidadãos.⁴⁷⁶

Para melhorar o ambiente democrático das nações em desenvolvimento, uma saída é a ampliação da sua participação na conformação das políticas implementadas pelos organismos internacionais. Sendo entidades multilaterais, pelo menos quando considera-se a repercussão de suas medidas, podem ser vistas como plurais.

A Organização Mundial do Comércio (OMC), o Fundo Monetário Internacional (FMI) e o Banco Mundial apresentam, desde a sua constituição, um deficit de participação, sobretudo com relação aos países em desenvolvimento. Comprova-se essa realidade no processo de seleção dos dirigentes do Banco Mundial e do FMI. Não se pode admitir a existência de uma sociedade de classe internacional, formada pelos Estados desenvolvidos e em desenvolvimento, com hierarquias intra e intergrupos, pois seria incompatível com o sentido de uma cooperação simétrica e solidária.

Voltando nossa atenção para o contexto doméstico, a definição da metodologia de prestação do serviço de saneamento precisa envolver controle social e participação efetiva das comunidades atingidas por essa política pública. Sem isso, distanciamos-nos do conjunto das demandas existentes. A técnica, a política, a cultura, a necessidade e a equação econômico-financeira do empreendimento, desde o início, devem evoluir de forma conexas, por influenciarem decisivamente no resultado desse processo.⁴⁷⁷

A compreensão das demandas das localidades pode facilitar a integração de um conjunto de políticas públicas que, artificialmente dispersas, tornam-se desprovidas de propósito.⁴⁷⁸ As formas tradicionais de administração pública encontraram o seu limite, então a sociedade demanda maior presença no processo de conformação, ou concertação, das políticas públicas, da concepção à concretização.

476 PNUD. Aprofundar a Democracia em um mundo fragmentado. **Relatório do Desenvolvimento Humano/GRDH**. New York, 2002, p. 4.
Ver também: Protocolo de Helsinque, artigo 5, I.

477 DROBENKO, Bernard. Les Nouveaux Grands Principes du Droit Moderne de l'Eau. In: MILARÉ, Édís *et al.* **Doutrinas Essenciais**: direito ambiental. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

478 PIGRETTI, Eduardo *et al.* **Derecho Ambiental de Aguas**. Buenos Aires: Lajouane, 2010, p. 81.

A transversalidade da política de saneamento básico, que a relaciona às diversas preocupações com o bem-estar dos cidadãos e as condições da cidadania democrática, carece dessa ampla consulta, a fim de dar efetividade ao *controle social*. Exige-se uma governança que tenha a participação da sociedade como um pressuposto, que supere as assimetrias de informação entre os atores envolvidos, principalmente aquela entre o Estado e a sociedade.

O Novo Marco Legal do Saneamento, repetindo a redação da Lei n. 11.445/2007, conceitua controle social da seguinte forma:

Art. 3º Para fins do disposto nesta Lei, considera-se:
IV - controle social: 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 com os serviços públicos de saneamento básico; [...].

Esse tipo de controle pode favorecer o exercício da discricionariedade técnica. Escutar as demandas da população viabiliza a adoção de métodos, tecnologias e processos que considerem as peculiaridades locais e regionais, propiciando aos indivíduos o acesso ao serviço na conformidade de suas mais relevantes, e prementes, necessidades. Não se nega a importância da técnica, mas sim busca-se empregá-la com vistas a um propósito prático político.

Não há modelo universal que possa ser definido por diretrizes internacionais exclusivamente focadas em considerações de eficiência econômica.⁴⁷⁹ Ao contrário, o que importa é harmonizar o desafio tecnológico com a capacidade de financiamento do Estado, do mercado e da sociedade, para realizar o melhor sistema possível,⁴⁸⁰ equilibrando os valores da universalidade, solidariedade, equidade, sustentabilidade e muitos outros.

479 HELLER, Léo; APARECIDA, Uende; GOMES, Figueiredo. **Panorama do Saneamento Básico no Brasil**. Elementos Conceituais para o Saneamento Básico, Volume I, Brasília: Ministério das Cidades/Secretaria Nacional de Saneamento Ambiental, 2011, p. 50.

480 *Ibidem*, p. 62.

Com a conclusão, em 2018, do Acordo de Escazú⁴⁸¹ sobre o acesso à informação e a participação social em questões ambientais, escreveu-se um novo capítulo da história iniciada na Declaração da RIO-92,⁴⁸² reconhecendo que os direitos de acesso à informação e de participação são essenciais à concretização dos direitos humanos. O acordo, vinculante para América Latina e Caribe,⁴⁸³ impacta o controle social dos serviços de abastecimento de água potável e de saneamento, pois trata de temas indissociáveis do meio ambiente, que caracterizam a água como um bem ambiental e reforçam a construção de regulação do controle social a partir de patamares regionais.

A Bolívia,⁴⁸⁴ a Argentina e o Uruguai são experiências negativas, inclusive para as empresas transnacionais. Não por acaso, no último Fórum Mundial da Água, realizado no ano de 2018 em Brasília, com massiva participação das grandes empresas especializadas no setor, ressaltou-se a necessidade de inclusão das áreas afetadas. Do “chamado urgente” da Declaração Ministerial, destacamos o seguinte item:

-
- 481 CEPAL. **Acordo Regional sobre Acesso à Informação, Participação Pública e Acesso à Justiça em Assuntos Ambientais na América Latina e no Caribe.** Adotado em 4 mar. 2018. Disponível em: https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/43611/51800493_pt.pdf. Acesso em: 6 nov. 2020.
- 482 “Princípio 10: O melhor modo de tratar as questões ambientais é com a participação de todos os cidadãos interessados, no nível que corresponda. No plano nacional, toda a pessoa deverá ter acesso adequado à informação sobre o meio ambiente de que disponham as autoridades públicas, incluída a informação sobre os materiais e as actividades que encerram perigo em suas comunidades, bem como a oportunidade de participar nos processos de adoção de decisões.”
- 483 O acordo ainda não entrou em vigor, faltando três ratificações. Será necessário alcançar a ratificação de onze dos trinta e três países da América Latina. No entanto, o clima é de otimismo após a ratificação, em março passado, de Antígua e Barbuda, Nicarágua e Panamá, unindo-se a Bolívia, Guiana, São Cristóvão e Nevis, São Vicente e Granadinas e Uruguai. Caso se consiga esse feito, o acordo será vinculante e sem reservas para todo o seu conteúdo.
- 484 PNUD. A água para lá da escassez: poder, pobreza e a crise mundial da água. **Relatório do Desenvolvimento Humano/GRDH.** New York, 2006, p. 93. Na Bolívia, mais precisamente em Cochabamba: “[...] Ao abrigo da Lei de Saneamento e Água Potável de 1999, o governo autorizou a privatização de fornecimento de água e acabou com os subsídios. Para além dos clientes terem de pagar mais pela sua água, os camponeses nas áreas vizinhas tiveram de começar a pagar pela água que anteriormente estava disponível de forma gratuita nas fontes públicas. Os aumentos de preços deveriam, supostamente, contribuir para os custos de capital da construção de uma nova barragem e de uma central de purificação. Os protestos levaram à revogação da Lei de 1999, ao colapso da concessão e a um caso em tribunal iniciado por uma das empresas contra o Governo da Bolívia”.

17. Apoiar o fortalecimento de arranjos institucionais de água nacionais e, quando apropriado, subnacionais transparentes, eficazes, inclusivos e responsáveis, com a participação de todas as partes interessadas relevantes e a consideração das circunstâncias locais no processo de elaboração de políticas, ao mesmo tempo que promove as parcerias necessárias, a construção de confiança, a troca e o compartilhamento de informações e experiências entre atores públicos, privados e da sociedade civil.

Ou seja, se para a gestão pública a transparência e o controle social são fundamentais, de modo a assegurar o rumo democrático das instituições, para a gestão privada a participação social é igualmente importante.

4. O Imperativo da Universalização no Contexto Brasileiro

Tendo analisado, em abstrato, as diversas possibilidades jurídicas de modelos de prestação de serviços de saneamento e algumas consequências relativas à efetividade da operação, tornemos a um problema bastante concreto e urgente do Brasil. Fala-se aqui da enorme desigualdade existente no nosso país. Esse assunto nos é caro por mostrar que considerações de eficiência não esgotam aquilo que pensamos ser uma solução para o saneamento básico.

Para ilustrar, imaginemos que, em uma determinada região brasileira, alcançou-se 90% da população na coleta e no tratamento de esgoto, satisfazendo a meta estabelecida no artigo 11-B, *caput*, do Novo Marco Legal do Saneamento:

Os contratos de prestação dos serviços públicos de saneamento básico deverão definir metas de universalização que garantam o atendimento de [...] 90% (noventa por cento) da população com coleta e tratamento de esgotos até 31 de dezembro de 2033, assim como metas quantitativas de não intermitência do abastecimento, de redução de perdas e de melhoria dos processos de tratamento.

Suponhamos, agora, que os 10% não atendidos correspondam exatamente à parcela mais pobre, que vive nos locais mais fragilizados dessa região. Não é exagero dizer que se trata de uma “falsa solução”, pois ignora quem deveria estar em primeiro lugar na ordem de prioridade.

Há uma série de fatores que corroboram uma preocupação especial com esses locais, seja nas periferias das grandes cidades, seja nas localidades pobres do interior dos estados. Primeiramente, em muitos casos impera a informalidade e, como consequência, a precariedade; utiliza-se ligações clandestinas, que levam água em condições impróprias para os moradores e, ao mesmo tempo, aumentam os índices de perda de água das prestadoras de serviço.

Em segundo lugar, os habitantes dessas regiões normalmente não têm condições de arcar com os custos da tarifa necessária para manter o equilíbrio financeiro da operadora.⁴⁸⁵ Esse ponto é de extrema relevância no cenário atual, com a flexibilização das restrições para a prestação privada do serviço. Isso porque o fato de essas pessoas não terem condições de custear o serviço pode ser visto como um incentivo para as operadoras privadas as preterirem.

Esse é justamente um dos pontos levantados pelos autores da ADI n. 6536 ao impugnar o Novo Marco Legal do Saneamento. Contrapõe-se, nessa linha de raciocínio, o interesse no lucro de agentes privados ao interesse público da equidade na cobrança das tarifas. A Advocacia-Geral da União, em manifestação sobre a referida ação, crê que tal oposição seja infundada. Primeiro, a AGU faz referência à própria Lei das Concessões (Lei n. 8.987/1995), que com efeito impõe a condição da modicidade tarifária na própria definição do que seja um “serviço adequado”:

Art. 6º Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato.

485 Supondo que o custo da operação recairia igualmente em todos os cidadãos, suposição essa que deve ser desafiada caso queiramos uma prestação equitativa e equilibrada do serviço no nosso contexto de desigualdade.

§ 1º Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e **modicidade das tarifas**. (Grifo nosso)

Segundo a AGU, a Nova Lei do Saneamento mostra que, ela própria, faz referência a tal definição de serviço adequado como incluindo a modicidade tarifária. Isso se vê no §3º do artigo 4º da Lei n. 9.984/2000 cuja redação foi dada pelo Novo Marco:

Art. 4º-A. (...)

(...)

§ 3º As normas de referência para a regulação dos serviços públicos de saneamento básico deverão:

I - promover a prestação adequada dos serviços, com atendimento pleno aos usuários, observados os princípios da regularidade, da continuidade, da eficiência, da segurança, da atualidade, da generalidade, da cortesia, da modicidade tarifária, da utilização racional dos recursos hídricos e da universalização dos serviços;

(...)

III - estimular a cooperação entre os entes federativos com vistas à prestação, à contratação e à regulação dos serviços de forma adequada e eficiente, a fim de buscar a universalização dos serviços e a modicidade tarifária.

Portanto, o propósito da lei, argumentou-se, é atrair investimentos públicos, mas cuidando da regulação para que a tarifa tenha valor acessível, como bem apontado na manifestação da AGU:

A argumentação autoral contrapõe a percepção de lucro à modicidade das tarifas, em posição que diverge do intuito da Lei nº 14.026/2020, que é, justamente, atrair investimentos para o setor e, com isso,

expandir o acesso ao serviço, com a manutenção de preços públicos acessíveis.⁴⁸⁶

Por fim, alega-se que, na prática, as empresas privadas têm tarifas menores que os prestadores públicos, citando dado apresentado pelo Ministério da Economia de que as tarifas de prestadores privados são, em média, 15% menores que as das Companhias Estaduais de Saneamento Básico.⁴⁸⁷

Seja como for, é certo que devemos encontrar uma política tarifária equitativa, que, de um lado, não impeça aqueles incapazes de pagar pelo serviço de efetivamente usufruir de água potável e esgotamento de qualidade e, de outro lado, possa manter o sistema financeiramente equilibrado, cobrando mais das regiões mais ricas, por exemplo. O papel da regulação aqui é fundamental.

De um modo mais geral, a falta de saneamento é apenas uma das carências que normalmente encontramos nessas regiões, que têm, cada uma, suas peculiaridades. Por vezes, a melhora do saneamento depende de obras de infraestrutura urbana que não estão da alçada do operador imediato do serviço, mas do Poder Executivo local. Já em outros casos, existem questões de segurança, como em regiões de atuação do tráfico de drogas, em que o poder público sequer consegue acessar o local. Esses exemplos indicam que os problemas de cada região são complexos, exigindo soluções que muitas vezes extrapolam as capacidades e a responsabilidade do operador local. Igualmente importante, essa variedade de circunstâncias e carências sugere que devemos atentar para as particularidades de cada região. O Novo Marco Legal do Saneamento preocupa-se com isso, ao permitir soluções individualizadas no, já citado, artigo 11-B:

§ 4º É facultado à entidade reguladora prever hipóteses em que o prestador poderá utilizar métodos alternativos e descentralizados para os serviços de abastecimento de água e de coleta e tratamento de esgoto em áreas rurais, remotas ou em núcleos

486 Manifestação da AGU a respeito da ADI n. 6.536, p. 26.

487 Ibid. 27.

urbanos informais consolidados, sem prejuízo da sua cobrança, com vistas a garantir a economicidade da prestação dos serviços públicos de saneamento básico.⁴⁸⁸

Retiramos dessas breves considerações que seja extremamente difícil propor soluções para o problema do saneamento no Brasil. Bater a meta da universalização do serviço no país dependerá de uma atuação conjunta dos operadores (públicos ou privados), das prefeituras, do Ministério Público, da ANA em conjunto com as entidades regulatórias locais, entre muitos outros agentes.

Dada a complexidade do assunto e as diversas realidades que demandam esforços muito diferentes, permanecemos conscientes de que o aprendizado prático deva ser adaptado às diversas condições locais e que, por mais importante que consideremos a estratégia, ela será apenas parte da solução.

Com isso em mente, focaremos em um problema comum a essas regiões: a informalidade. Quanto à distribuição de água, as ligações clandestinas são uma complicação recorrente nas áreas mais vulneráveis dos centros urbanos. Dessa prática, originam-se tubulações a céu aberto, com alto risco de contaminação da água e repletas de vazamentos. Além de acarretarem perigo aos indivíduos, as ligações clandestinas provocam o aumento do nível de perdas das operadoras oficiais, desequilibrando o sistema.

Sobre o tratamento de esgoto, pensemos nos casos em que já estão instaladas as obras maiores de infraestrutura, que é a situação, em geral, nas grandes cidades. A informalidade aqui reside na não adesão ao sistema por parte dos indivíduos em áreas de vulnerabilidade social. Isso ocorre porque, no modo convencional de se operar o serviço de esgoto, divide-se o trabalho em uma obra maior de instalação da rede e, num segundo momento, obras individualizadas para cada casa, que podem exigir dos titulares uma série de procedimentos burocráticos.

A Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo (SABESP) tem sido ativa na mitigação desses dois problemas na sua

488 Ver também art. 45, §11.

área de atuação. Vale prestar atenção em algumas medidas que contribuíram para a experiência relativamente bem-sucedida da empresa no enfrentamento de tais dificuldades. Em relação à informalidade no fornecimento de água, a companhia implementou um programa em 2017 chamado “Água Legal”, que até 2019 realizou mais de 95 mil ligações, levando água tratada a 335 mil pessoas.⁴⁸⁹ O programa objetiva realizar obras de infraestrutura e conscientizar os moradores das comunidades a aderirem ao sistema, mostrando os benefícios da oficialização. Uma inovação desse programa foi a utilização de contratos de performance, em que empresas privadas ficam incumbidas das obras de infraestrutura, mas são pagas de acordo com o resultado, isto é, conforme o volume de ligações individuais consequentes.⁴⁹⁰

Os ganhos têm sido significativos, não apenas na redução dos índices de perda da companhia, mas na promoção da cidadania, com a distribuição de água de qualidade para a população. Um outro benefício é o fornecimento de um comprovante de residência, antes inexistente para os moradores nas áreas de informalidade. Tamanho o êxito do programa, em 2019, foi premiado pela ONU como “case de sucesso em água e saneamento”.⁴⁹¹

Já na área do tratamento de esgoto, a SABESP implementou o programa “Se Liga na Rede”, em 2013, na intenção de conectar os imóveis de famílias de baixa renda à rede de esgotamento da cidade. Isso é feito através de um trabalho no local, em que agentes explicam aos moradores a importância da ligação à rede de esgoto, agendam e, posteriormente, executam gratuitamente as obras necessárias.

Há alternativas a esses programas que vão mais a fundo no problema, como o método dos sistemas condominiais de esgoto, implementado com sucesso em Brasília.⁴⁹² A grande diferença é

489 Disponível em: <https://www.aberje.com.br/agua-legal-da-sabesp-regulariza-ligacoes-e-garante-saude-para-a-populacao/>. Acesso em: 16 out. 2020.

490 Sobre o contrato de performance, ver seção 2.6 do Capítulo IV.

491 Disponível em: <http://site.sabesp.com.br/site/imprensa/noticias-detalle.aspx?secaoid=65&id=8227>. Acesso em: 16 out. 2020.

492 Ver exposição de César Rissoli na Semana da Água do Brasil (2020). Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=m_2aMENzzEI&feature=youtu.be. Acesso em: 16 out. 2020.

que, diferentemente do modelo convencional, no qual a ligação dos imóveis à rede é deixada a cargo dos indivíduos, esse método fornece um planejamento inteligente: não cabe a cada família realizar a ligação, pois há uma coordenação dos diversos moradores de uma determinada região, de acordo com as particularidades topográficas do local e dos interesses daqueles que são chamados a participar do planejamento.

O ponto de partida deve ser o de que, tanto em áreas urbanas com baixa densidade e de vulnerabilidade social, quanto para populações rurais dispersas, os sistemas urbanos convencionais (distribuição encanada e rede coletora de esgoto, prestados mediante tarifa que cubra o custo do serviço) demonstram-se incapazes de conduzir ao imperativo da universalização. As soluções individuais e alternativas são consideradas possíveis pela legislação e pelo PLANSAB, mas é necessário apoio institucional para a instalação das estruturas, e que as populações beneficiadas participem ativamente na construção dos modelos alternativos de prestação. Isso implica necessidade de discussão coletiva em cada localidade para viabilizar acordos capazes de promover a adesão de todos os moradores na constituição de sistemas condominiais.

Assim, os recursos previstos pela legislação devem priorizar o atendimento às áreas vulneráveis, com a adoção de soluções inovadoras individuais ou coletivas, conforme o caso. O Novo Marco, como vimos, tem a importante qualidade de enfatizar intervenções com vistas à universalização, independentemente da regularidade ou não das áreas de moradia. Nesse sentido (grifo nosso):

Art. 50. A alocação de recursos públicos federais e os financiamentos com recursos da União ou com recursos geridos ou operados por órgãos ou entidades da União serão feitos em conformidade com as diretrizes e objetivos estabelecidos nos arts. 48 e 49 desta Lei e com os planos de saneamento básico e condicionados: [...] VIII - à adesão pelos titulares dos serviços públicos de saneamento básico à estrutura de governança correspondente em até 180 (cento e oitenta) dias contados de sua instituição, nos casos de unidade regional de saneamento básico, blocos de referência e gestão associada. § 1º Na aplicação

de recursos não onerosos da União, serão priorizados os investimentos de capital que viabilizem a prestação de serviços regionalizada, por meio de blocos regionais, quando a sua sustentabilidade econômico-financeira não for possível apenas com recursos oriundos de tarifas ou taxas, mesmo após agrupamento com outros Municípios do Estado, e os investimentos **que visem ao atendimento dos Municípios com maiores deficit de saneamento, cuja população não tenha capacidade de pagamento compatível com a viabilidade econômico-financeira dos serviços.**

É imprescindível o estabelecimento de uma prática institucional, contudo, que privilegie a destinação dos recursos disponíveis exclusivamente ao apoio a projetos de estruturação de saneamento básico em áreas de vulnerabilidade social. Segundo veremos melhor no Capítulo VII, a adesão às normas, aos blocos de referência e à gestão associada serão pré-requisitos para o recebimento local de recursos federais advindos de um fundo criado no futuro ou do próprio BNDES.

Porém, se pretende-se centralizar a política nacional de forma tão direta e contundente na esfera federal, não basta esse tipo de condicionamento, sob pena de privilegiar administrações de blocos que prejudiquem zonas em especial dificuldade. Além disso, como vimos, as soluções mais adequadas a várias dessas áreas podem não ser as mesmas que o sistema convencional acostumou-se a prover. Há uma série de soluções alternativas sendo exploradas, cujos aprendizados devem servir de ponto de partida se queremos levar a sério, enquanto política pública, a universalização.

No movimento de abertura ampla à iniciativa privada, restará à ANA, reguladora do setor, o encargo de direcionar os recursos, sob a condição de que as empresas responsáveis por um bloco de referência ofereçam às populações locais soluções de saneamento compatíveis com suas peculiaridades, a um preço acessível — ou, em regiões de extrema vulnerabilidade, com valores inteiramente subsidiados.

Tudo isso pode constituir uma mudança regulatória que não implica alteração orçamentária, conforme veremos. Depende, isso sim, da disposição da agência e do governo federal para a criação

de um sistema nacional de saneamento com recursos centralizados, como continua prevendo o Novo Marco, mas cujas diretrizes e soluções serão descentralizadas e construídas pelas comunidades diretamente afetadas, com suporte financeiro da União Federal.

Parte dessa condução se dará fatalmente pela via administrativa, por meio da organização de planos e sua execução e da expedição de atos normativos de competência do Poder Executivo. A título de exemplo, recentemente, o Decreto n. 10.387, de 5 de junho de 2020, alterou o Decreto n. 8.874/2016, o qual regulamenta as condições para aprovação de projetos prioritários na área de infraestrutura para concessão dos benefícios fiscais previstos no artigo 2º da Lei n. 12.431/2016, as chamadas debêntures incentivadas.

Relativamente aos projetos de saneamento, são conceituados como relevantes todos os sistemas de abastecimento de água, de esgotamento sanitário, de manejo de águas pluviais e drenagem urbana e de manejo de resíduos sólidos urbanos. Não se estabelece prioridade para as áreas deficitárias acima estudadas. Perde-se, portanto, um importante instrumento regulatório que poderia direcionar a aplicação de recursos às áreas e populações mais vulneráveis. Além disso, causa estranhamento o § 5º do mesmo ato normativo:

§ 5º A portaria a que se refere o § 4º, quando se tratar dos projetos referidos no inciso II do *caput* do art. 2º, deverá:

I - estabelecer requisitos simplificados para a aprovação, por meio da verificação de requisitos institucionais do titular do projeto e da pessoa jurídica responsável pela implementação do projeto, caso não sejam coincidentes; e

II - estabelecer forma de acompanhamento das etapas do projeto baseado nos dados autodeclarados pelo titular do projeto e nos relatórios por ele encaminhados periodicamente aos Ministérios setoriais responsáveis.

Ora, é deveras preocupante a renúncia prévia da administração pública ao criterioso controle necessário à eleição dos projetos de fato merecedores do benefício fiscal, tão crucial, com impacto considerável sobre a arrecadação tributária. Vincula-se a portaria

ao estabelecimento de “requisitos simplificados para aprovação” consistente na mera “verificação de requisitos institucionais”, o que quer que isso signifique. Ademais, determina de saída que o acompanhamento dos projetos se dará apenas com dados autodeclarados pelo titular do projeto. Parece-nos que o imperativo da universalização exigiria da administração pública um comprometimento maior de mapeamento e priorização de áreas e processos de verificação da adequação dos projetos às demandas das populações diretamente afetadas.

5. A Mudança de Paradigma da Gestão Associada para a Delegação de Serviços Públicos por Contratos de Concessão Precedidos de Licitação

Com o advento da Lei n. 14.026/2020, inaugura-se um novo modelo de contratação na área do saneamento básico, consubstanciada principalmente pela regra do artigo 10 da Lei n. 11.445/2007⁴⁹³, segundo a qual a prestação de serviços públicos no setor por operador não integrante da administração do titular estará condicionada à celebração de contrato de concessão, com prévio procedimento licitatório. Cuida-se de um rompimento com o modelo até então vigente, de acordos interfederativos (convênios de cooperação e consórcios públicos) conjugados com um contrato de programa, na forma do artigo 13 da Lei n. 11.107/2005⁴⁹⁴, justamente os instrumentos contratuais que permitiram o domínio da operação pública, por meio das companhias estaduais.

493 Art. 10. A prestação dos serviços públicos de saneamento básico por entidade que não integre a administração do titular depende da celebração de contrato de concessão, mediante prévia licitação, nos termos do art. 175 da Constituição Federal, vedada a sua disciplina mediante contrato de programa, convênio, termo de parceria ou outros instrumentos de natureza precária. (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020)

494 Art. 13. Deverão ser constituídas e reguladas por contrato de programa, como condição de sua validade, as obrigações que um ente da Federação constituir para com outro ente da Federação ou para com 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.

Dessa forma, nos próximos anos, observar-se-á a substituição gradual dos contratos de programa pelos contratos de concessão: é a alteração da gestão associada interfederativa pela delegação dos serviços por meio da Lei Geral de Concessões (Lei n. 8.987/1995) e da Lei das Parcerias Público-Privadas (Lei n. 11.079/2004). Assim, haverá a troca da prestação direta dos serviços pela prestação indireta.

Salienta-se que essa não é uma modificação singela. Na prática, identifica-se o reforço da Lei n. 14.026/2020 pela busca da maior participação do setor privado nos serviços de saneamento básico. Isso porque a gestão associada, formalizada pela Lei n. 11.107/2005, significou a entrega da operação dos serviços ao setor público, por meio de suas companhias estaduais. O contrato de programa, instrumento preponderante de transferência dos serviços públicos de saneamento nesse contexto, era o plano de trabalho do acordo/convênio de cooperação ou consórcio público firmado entre estado-membro e titular do serviço (em regra, o município), exigido pela legislação porque no instrumento convenial havia a previsão de transferência de serviços públicos.

Em resumo, utilizou-se da Lei n. 11.107/2005 para a formalização, muitas vezes, das prestações de fato do serviço, até então de caráter precário. O procedimento, a partir da aprovação desse diploma legal, era o seguinte: estado-membro e município firmavam um convênio de cooperação ou um consórcio público, que dependia da autorização legislativa específica – uma lei municipal –, na forma do artigo 241 da Constituição Federal⁴⁹⁵. Em caso de convênio de cooperação, o instrumento deveria ser aprovado pelo Poder Legislativo; enquanto no consórcio público, o seu protocolo de intenções seria levado à análise do Legislativo⁴⁹⁶. Em ambas as hipóteses, o contrato de programa estaria, de alguma forma, previsto como mecanismo de formalização da transferência do serviço: em cláusula do convênio

495 Art. 241. 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. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

496 Lei n. 11.107/2005: Art. 5º O contrato de consórcio público será celebrado com a ratificação, mediante lei, do protocolo de intenções.

de cooperação ou no protocolo de intenções do consórcio público. Em que pese as companhias estaduais sejam pessoas jurídicas de direito privado, atuavam em nome do estado-membro como integrantes da administração indireta desse, situação permitida pelo artigo 13, § 5º da Lei n. 11.107/2005⁴⁹⁷.

Em tese, constituía-se estrutura jurídica com vistas a formalizar a prestação direta dos serviços, por acordo entre entes federativos. Assim, haveria uma forma de operação dos serviços com características próprias: a inexistência de primazia do interesse de uma das partes contratantes (isonomia), a impossibilidade de inclusão de cláusulas exorbitantes, a preponderância da regulação legal e discricionária (por agência) em detrimento da regulação por contrato e a inaplicabilidade da teoria da equação econômico-financeira. Tudo isso decorreria da ideia de que o contrato de programa é o plano de trabalho de um convênio, cujos objetivos dos conveniados são os mesmos, não caracterizada a relação contratual de oposição de interesses⁴⁹⁸. Apesar disso, e tal entendimento será mais bem desenvolvido em momento oportuno, a execução dos contratos pelas companhias estaduais não se mostrou tão diferente assim de uma concessão clássica, ainda que o ponto de referência – o contrato de programa – em muitas localidades apresentasse um conjunto bastante simplificado de cláusulas e regras.

Por isso, ao longo da operação dos contratos de programa e possivelmente por impressões práticas do modelo⁴⁹⁹, ganhou força a ideia de que acordos interfederativos configuravam uma espécie de burla à competitividade⁵⁰⁰. Para explicar, a regra do setor de

497 Art. 13 [...] § 5º Mediante previsão do contrato de consórcio público, ou de convênio de cooperação, o contrato de programa poderá ser celebrado por entidades de direito público ou privado que integrem a administração indireta de qualquer dos entes da Federação consorciados ou conveniados.

498 MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 39ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 464.

499 Eventual inadimplemento do contratos pelas Companhias estaduais, por exemplo.

500 “[...] o mau uso do contrato de programa, sem licitação, para prestar serviço público em regime de exploração de atividade econômica, com intuito de lucro, esse sim viola o disposto no art. 175 da Constituição Federal, porque este regime de prestação de serviços exige a forma de concessão ou de permissão, com prévia licitação, inclusive para não configurar concorrência desleal de ente público com os privados, já que disputam no mercado o acesso ao excedente econômico [...] →

saneamento, nessa esteira, teria tornado-se a outorga dos serviços às companhias estaduais sem que houvesse maiores exigências juridicamente eficazes de investimentos ou ganhos de eficiência na execução das atividades. Era uma concessão *sui generis*: a exploração econômica do serviço público não precedida de licitação. Dentro desse discurso, as companhias estaduais teriam tornado-se parte do problema nacional de desatendimento nos serviços públicos de saneamento, e a solução, portanto, passaria, no mínimo, pelos seguintes aspectos: *i*) aumentar a participação do setor privado, mediante exigência de contratos de concessão precedidos de licitação aos operadores não integrantes da administração do titular; e *ii*) o aperfeiçoamento (e a personalização) dos contratos de programa, com a incorporação de cláusulas regulamentares e de metas de expansão dos serviços.

Por consequência, o novo modelo de prestação por operadores não integrantes da administração do titular pressupõe um processo licitatório, como forma de estabelecimento de competitividade para obtenção do contrato com o poder público. Pelo caráter monopolista do serviço, é inviável a existência de concorrentes na execução do contrato; todavia, é possível que haja competição anterior ao exercício das atividades, como maneira de selecionar a melhor proposta, com base nos critérios do respectivo edital. Nessa toada, os instrumentos contratuais deverão observar um mínimo legal, materializado pelas cláusulas essenciais do artigo 10-A da Lei n. 11.445/2007. Assim, os futuros procedimentos licitatórios serão, em certa medida, uma das formas de revitalizar os instrumentos contratuais para prestação de serviços públicos de saneamento.

No ponto, importante mencionar que a alteração do modelo de prestação dos serviços – de gestão associada para concessão – acarreta, também, modificações de caráter regulatório. Na delegação pela n. 8.987/1995 (Lei Geral das Concessões) ou pela n. 11.079/2004 (Lei das Parcerias Público-Privadas), em regra, há maior espaço para

→ o mau uso do contrato de programa de há muito deveria ser coibido, por meio da atuação da autoridade de defesa da concorrência. Inerte essa autoridade, o legislador tenta corrigir o problema [...].". RIBEIRO, Wladimir Antônio. **O Contrato de Programa** (in) DE OLIVEIRA, Carlos Roberto e GRANZIERA, Maria Luiza Machado (Org.). **Novo Marco do Saneamento Básico no Brasil**. Indaiatuba: Editora Foco, 2021, p. 135.

a regulação por contrato, mediante cláusulas regulamentares⁵⁰¹ e cláusulas financeiras⁵⁰². Nas cláusulas regulamentares, engloba-se os temas do artigo 23 da Lei n. 8.987/1995 acrescidos, no saneamento, das cláusulas essenciais do artigo 10-A da Lei n. 11.445/2007, de modo que a prestação dos serviços públicos pelo concessionário tenha uma moldura regulatória pré-estipulada pela lei e adaptada no contrato ao caso específico. Nas cláusulas financeiras, abrange-se todas as regras que tenham como finalidade a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro. O entendimento usual é de que as cláusulas regulamentares são passíveis de alteração unilateral pelo poder público⁵⁰³; ao passo que as cláusulas financeiras tenham um caráter pouco flexível⁵⁰⁴, como garantia de que as eventuais instabilidades políticas não inviabilizem a continuidade dos serviços. Isso não significa, por óbvio, a exclusão do papel das agências; muito pelo contrário: concomitantemente ao crescimento do pacto regulatório do contrato, tem-se o fortalecimento das agências reguladoras por meio do protagonismo técnico da ANA. Haverá, assim, a convivência da regulação por contrato com a regulação discricionária.

Evidentemente, o novo modelo de prestação dos serviços será introduzido de forma gradual, com a preservação dos contratos de programa regulares e em vigor. Trata-se da regra de transição do

501 “Elas definem o objeto, a forma de execução, a fiscalização, os direitos e deveres das partes, as hipóteses de rescisão, as penalidades, os direitos dos usuários, etc”. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 97.

502 *Ibidem*, p. 97.

503 “Esse aspecto contratual, no entanto, não afasta o fato de que a concessão é uma forma de prestação do serviço público; em consequência, tudo o que diz respeito à organização do serviço é fixado unilateralmente pelo Poder Público e pode ser alterado também unilateralmente para adaptação às necessidades impostas em benefício do interesse público”. *Ibidem*, p. 97.

504 “Não há dúvida de que na concessão de serviço público se estabelece uma relação contratual entre concedente e concessionário, na qual este último tem os interesses especulativos próprios de qualquer empresário; daí a razão de ter-se constituído toda a teoria do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, cujo objetivo é garantir que o concessionário, durante toda a execução do contrato, tenha assegurada a percepção de remuneração que lhe permita manter a relação custo-benefício estabelecida no momento da celebração do contrato. Daí também o fato de ser esse equilíbrio estabelecido por meio de cláusulas contratuais, que não podem ser unilateralmente alteradas pela Administração”. *Ibidem*, p. 96-97.

artigo 10, § 3º da Lei n. 11.445/2007⁵⁰⁵, que assegura a manutenção desses contratos até o advento do termo contratual, sem possibilidade de renovação ou prorrogação. Da mesma forma, a continuidade formal das relações pré-existentes à Lei n. 14.026/2020 está condicionada ao atendimento das novas diretrizes, o que inclui a aditivação dos contratos para incorporar as cláusulas essenciais do artigo 10-A da Lei n. 11.445/2007, bem como as metas de universalização impostas pela Lei n. 14.026/2020. Aos contratos de programa, os impactos do Novo Marco Legal serão mais bem descritos em momento oportuno.

O aspecto crucial é que a Lei n. 14.026/2020 passa a estipular a modalidade da concessão como a preferencial na prestação dos serviços públicos de saneamento. Essa escolha indica, no mínimo, o intento pela maior participação de atores privados e pelo crescimento do pacto regulatório por contrato, em detrimento da preponderância da regulação discricionária, vigente na modalidade de gestão associada.

6. Das Cláusulas Essenciais aos Contratos de Prestação de Serviços Públicos de Saneamento Básico - art. 10-A e art. 10-B da Lei n. 11.445/2007 (alterada pela Lei n. 14.026/2020)

O Novo Marco Regulatório, na esteira da modificação da forma de prestação dos serviços, impôs alterações obrigatórias aos contratos regulares e em vigor. Assim, mesmo daquelas localidades que não se submeterem à troca da prestação direta para a prestação indireta dos serviços, exigir-se-á atualizações dos seus documentos (contratuais ou legislativos) para aprimoramento do pacto regulatório previsto no instrumento. A modificação trazida pela Lei n. 14.026/2020 contempla dois aspectos: *i)* o fortalecimento das cláusulas regulamentares, típicas do modelo concessório; e *ii)* a introdução de uma barreira econômica para a continuidade do operador dos serviços.

505 Art. 10 [...] § 3º Os contratos de programa regulares vigentes permanecem em vigor até o advento do seu termo contratual. (Incluído pela Lei n. 14.026, de 2020)

Em termos pragmáticos, a ideia parece ser a seguinte: nas localidades em que não houver a troca da gestão associada para a concessão do serviço precedida de procedimento licitatório, ele deverá incluir mecanismos contratuais que atribuam novas obrigações aos operadores e que garantam a melhor administração dos conflitos na execução das atividades. Trata-se de uma transformação, por meio dos instrumentos contratuais, da gestão associada (como por exemplo, os contratos de programa) em uma concessão *sui generis*. Evidentemente, tal regra não se aplica apenas aos contratos entre titulares dos serviços e companhias estaduais; no entanto, esse será o caso da maioria dos instrumentos contratuais sobre os quais a Lei n. 14.026/2020 incidirá - ao menos no recorte de momento, porque o modelo vigente no setor ainda é o da gestão associada interfederativa.

Quanto às cláusulas regulamentares, a Lei n. 11.445/2007 estipulou no artigo 10-A um rol de cláusulas essenciais aos “contratos relativos à prestação dos serviços públicos de saneamento básico”⁵⁰⁶. Observa-se:

Art. 10-A. Os contratos relativos à prestação dos serviços públicos de saneamento básico deverão conter, expressamente, sob pena de nulidade, as cláusulas essenciais previstas no art. 23 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, além das seguintes disposições: (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020)

I - metas de expansão dos serviços, de redução de perdas na distribuição de água tratada, de qualidade na prestação dos serviços, de eficiência e de uso racional da água, da energia e de outros recursos naturais, do reúso de efluentes sanitários e do aproveitamento de águas de chuva, em conformidade com os serviços a serem prestados; (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020)

506 A nomenclatura legal é importante, porque no dispositivo não há distinção entre contratos de programa e contratos de concessão, de modo que aplicável a todos os contratos de prestação de serviços públicos, aos em vigor e aos que serão celebrados no futuro.

II - possíveis fontes de receitas alternativas, complementares ou acessórias, bem como as provenientes de projetos associados, incluindo, entre outras, a alienação e o uso de efluentes sanitários para a produção de água de reúso, com possibilidade de as receitas serem compartilhadas entre o contratante e o contratado, caso aplicável; (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020)

III - metodologia de cálculo de eventual indenização relativa aos bens reversíveis não amortizados por ocasião da extinção do contrato; e (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020)

IV - repartição de riscos entre as partes, incluindo os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária. (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020)

§ 1º Os contratos que envolvem a prestação dos serviços públicos de saneamento básico poderão prever mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes do contrato ou a ele relacionadas, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020)

Como depreende-se, o *caput* do aludido artigo faz remissão ao artigo 23 da Lei Geral de Concessões e os seus incisos preveem regras específicas para o setor de saneamento. Dentre estas, verifica-se a necessidade de previsão (como obrigação contratual) das metas da Lei n. 14.026/2020, da possibilidade de obtenção de recursos acessórios ou alternativos, da metodologia indenizatória relativa aos bens reversíveis e não amortizados e da repartição de riscos entre as partes contratantes.

Atenta-se para o movimento de aproximação dos contratos de prestação de serviços públicos de saneamento, em certa medida, às concessões comuns e às parcerias público-privadas. Nesse aspecto, a obediência ao artigo 23 da Lei n. 8.987/1995 é um comando expresso do Novo Marco; do mesmo modo, a remissão à Lei das Parcerias Público-Privadas é implícita pela incorporação de uma matriz de

riscos (art. 5º, inciso III da Lei n. 11.079/2004)⁵⁰⁷. Portanto, no caso dos contratos regulares e em vigor decorrentes de uma gestão associada, a lógica parece ser a seguinte: admite-se a continuidade da prestação de serviços, enquanto regime de transição, desde que passe a ter um instrumento contratual similar ao de uma concessão. Para os novos contratos, celebrados a partir de uma licitação, deve-se garantir que a minuta disposta pelo edital do procedimento competitivo preveja o rol de cláusulas essenciais. Ressalta-se que a não inclusão das cláusulas essenciais previstas pelo art. 10-A da Lei n. 11.445/2007 é causa de nulidade do contrato.

Salienta-se que os contratos de concessão do setor já preveem, ao menos em tese, muitas dessas cláusulas de caráter essencial, de modo que as alterações nesses instrumentos, caso necessárias, possivelmente serão pontuais. A situação, por outro lado, é diferente com os contratos de programa, uma vez que a incorporação dos ditames da Lei n. 14.026/2020 configura modificação mais significativa, especialmente porque um plano de trabalho de gestão associada interfederativa não segue – e nem deveria seguir – o raciocínio de um contrato de concessão. O que o art. 10-A da Lei n. 11.445/2007 estabelece, na prática, é a inclusão das cláusulas regulamentares (art. 23 da Lei n. 8.987/1995) no contrato de programa: o aumento do pacto regulatório entre titular do serviço e operador, de modo que parcela dos conflitos inerentes às ocorrências contratuais tenha mecanismos próprios de pacificação, que não necessariamente dependam da intervenção de medidas arbitrais ou mediadoras⁵⁰⁸. Por certo, identifica-se o alargamento das hipóteses de regulação por contrato em detrimento da regulação por agência.

Nessa lógica, a forma adequada de conformação dos atuais contratos de programa é o termo aditivo, previsto pelo artigo 10-B e 11-B da Lei n. 11.445/2007. Em leitura conjunta, os referidos

507 Art. 5º As cláusulas dos contratos de parceria público-privada atenderão ao disposto no art. 23 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, no que couber, devendo também prever:

[...]

III – a repartição de riscos entre as partes, inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária;

508 Mesmo na hipótese de mediação ou arbitragem, a repartição de riscos, por exemplo, será uma ferramenta de auxílio para a mitigação do conflito.

dispositivos prescrevem a necessidade de inclusão das metas de universalização previstas pela Lei n. 14.026/2020, com a data limite de 31 de março de 2022. Essa é a oportunidade – e a autorização legal expressa – sobretudo para que os contratos de programa passem a orientar-se pelas novas determinações da legislação. Dessa forma, titular dos serviços e operador deverão acordar sobre o conteúdo do termo aditivo, para que o processo de negociação esteja encerrado até a data limite. Todavia, o procedimento não é tão simples: não basta um acordo, exige-se que o contrato apresente viabilidade econômico-financeira de cumprimento das metas legais.

Isso porque o artigo 10-B da Lei n. 11.445/2007, ao mesmo tempo que permite um prazo para conformação dos contratos regulares (inclui-se nesses especialmente os contratos de programa), estabelece como contrapartida a imperatividade da comprovação da capacidade econômico-financeira do prestador do serviço de cumprir as metas de universalização dentro do prazo legal – de 31 de dezembro de 2033. Observa-se:

Art. 10-B. Os contratos em vigor, incluídos aditivos e renovações, autorizados nos termos desta Lei, bem como aqueles provenientes de licitação para prestação ou concessão dos serviços públicos de saneamento básico, estarão condicionados à comprovação da capacidade econômico-financeira da contratada, por recursos próprios ou por contratação de dívida, com vistas a viabilizar a universalização dos serviços na área licitada até 31 de dezembro de 2033, nos termos do § 2º do art. 11-B desta Lei. (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020)

Parágrafo único. A metodologia para comprovação da capacidade econômico-financeira da contratada será regulamentada por decreto do Poder Executivo no prazo de 90 (noventa) dias. (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020)

O dispositivo acima transcrito consolida o que chamamos de “barreira econômica” à continuidade dos contratos pré-existentes ao Novo Marco, cujos critérios específicos foram regulamentados pelo Decreto Federal n. 10.710, de 31 de maio de 2021. Além disso,

o artigo 11, incisos II e V da Lei n. 11.445/2007 passou a exigir de tais contratos a existência de um estudo que demonstre a viabilidade técnica e econômica da prestação dos serviços e de um cronograma das metas de universalização, como condição de validade desses instrumentos. Atenta-se:

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

[...]

II - a existência de estudo que comprove a viabilidade técnica e econômico-financeira da prestação dos serviços, nos termos estabelecidos no respectivo plano de saneamento básico; (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020)

[...]

V - a existência de metas e cronograma de universalização dos serviços de saneamento básico. (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020)

Portanto, em que pese a Lei n. 14.026/2020 não seja resolutiva a ponto de atingir diretamente a continuidade dos contratos de prestação de serviços públicos de saneamento regulares e em vigor, exige-se desses contrapartidas robustas para que comprovem os requisitos necessários ao cumprimento das diretrizes do Novo Marco, quais sejam: *i)* a inclusão das cláusulas essenciais (regulamentares) previstas pelo artigo 11-A da Lei n. 11.445/2007; e *ii)* a realização de estudos de viabilidade técnica e financeira de cumprimento das metas de universalização, na forma do artigo 11 da Lei n. 11.445/2007.

Por fim, menciona-se o fato de que a comprovação da capacidade econômico-financeira é realizada por meio de procedimento específico, previsto pelo Decreto Federal n. 10.710/2021, cujos critérios serão explicados no próximo tópico.

7. O Procedimento de Comprovação da Capacidade Econômico-Financeira dos Contratos de Programa – Decreto Federal n. 10.710/2021

O Decreto Federal n. 10.710, de 31 de maio de 2021, é o ato do Poder Executivo para regulamentar a forma de comprovação da capacidade econômico-financeira dos contratos de prestação de serviços públicos de saneamento⁵⁰⁹, consoante o artigo 10-B, parágrafo único da Lei n. 11.445/2007. Muito embora o dispositivo legal previsse a redação do decreto em até 90 dias da publicação da Lei n. 14.026/2021 (no dia 15 de julho de 2020), a superveniência do regulamento levou mais do que o triplo do período inicialmente determinado, motivo pelo qual registra-se a crítica pela demora na exposição dos critérios para o cumprimento do aludido dispositivo, fator que, por óbvio, prejudica os atores do setor no objetivo de conformidade à nova lei. O necessário processo de aditamento dos contratos de programa, apenas para dar um exemplo, ficou obstaculizado por um certo tempo, pela própria insegurança gerada com a indefinição dos parâmetros para mensurar a capacidade econômico-financeira que deveria ser comprovada pelas companhias estaduais para preservar os seus ativos. E, sob certo aspecto, o atraso na confecção e aprovação das leis responsáveis por desenhar o mapa da regionalização nos estados também pode ter relação com esse atraso.

Segundo o artigo 1º, § 1º incisos I e II do Decreto Federal n. 10.710/2021, submetem-se à comprovação da capacidade econômico-financeira os seguintes prestadores de serviços:

Art. 1º [...]

§ 1º Devem comprovar capacidade econômico-financeira com vistas a viabilizar a universalização dos serviços públicos de abastecimento de água potável

509 Decreto Federal n. 10.710/2021: Art. 1º Este Decreto regulamenta o art. 10-B da Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007, para estabelecer a metodologia para comprovação da capacidade econômico-financeira dos prestadores de serviços públicos de abastecimento de água potável ou de esgotamento sanitário que detenham contratos regulares em vigor, com vistas a viabilizar o cumprimento das metas de universalização previstas no *caput* do art. 11-B da Lei n. 11.445, de 2007.

ou de esgotamento sanitário, nos termos do disposto na Lei nº 11.445, de 2007, e deste Decreto:

I - os prestadores de serviço que o explorem com base em contrato de programa celebrado nos termos do disposto na Lei nº 11.107, de 6 de abril de 2005; e
II - os prestadores de serviço que o explorem com base em contrato, precedido de licitação e celebrado com o titular do serviço, de concessão comum regido pela Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, ou de concessão patrocinada ou administrativa regido pela Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, para fins de aditamento dos contratos para inclusão das metas de universalização.

Por conseguinte, tanto os contratos de programa quanto os de concessão precedidos de licitação submetem-se ao procedimento do aludido decreto. Contudo, atenta-se para o seguinte aspecto: todos os contratos de programa devem comprovar a viabilidade técnica e econômico-financeira de continuidade da prestação dos serviços; por outro lado, nem todos os contratos de concessão precisam atender ao procedimento do Decreto Federal n. 10.710/2021. Explica-se.

Os contratos de programa não se submeteram a uma habilitação econômica no momento de sua assinatura, como usualmente exige-se em uma licitação para a concessão de serviços públicos. Com a superveniência da Lei n. 14.026/2020 e das metas de universalização, impôs-se a tais instrumentos o que temos chamado de “barreira econômica” à continuidade da prestação dos serviços; do contrário haverá, no limite, a condição de irregularidade do contrato de programa⁵¹⁰, nos termos do art. 20 do Decreto Federal n. 10.710/2021⁵¹¹ - além das nulidades e anulabilidades da Lei n. 11.445/2007. A situação

510 Destaca-se que a regra de transição do art. 10, § 3º da Lei n. 11.445/2007 refere a continuidade dos contratos de programa *regulares* e em vigor até o advento dos seus respectivos termos contratuais. Assim, a situação de irregularidade desse instrumento não ensejaria a proteção da regra.

511 Art. 20. Serão considerados irregulares os contratos de programa de prestação de serviços públicos de abastecimento de água potável ou de esgotamento sanitário caso o prestador não comprove sua capacidade econômico-financeira nos termos do disposto neste Decreto. →

dos contratos de concessão, por seu turno, é diferente: deles exigiu-se a habilitação econômica com base nas metas previstas em edital, em processo competitivo. Assim, a eventual comprovação da capacidade econômico-financeira justifica-se apenas na hipótese do artigo 11-B, § 2º, inciso III da Lei n. 11.445/2007:

Art. 11-B [...]

§ 2º Contratos firmados por meio de procedimentos licitatórios que possuam metas diversas daquelas previstas no *caput* deste artigo, inclusive contratos que tratem, individualmente, de água ou de esgoto, permanecerão inalterados nos moldes licitados, e o titular do serviço deverá buscar alternativas para atingir as metas definidas no *caput* deste artigo, incluídas as seguintes: (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020)

I - prestação direta da parcela remanescente; (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020)

II - licitação complementar para atingimento da totalidade da meta; e (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020)

III - aditamento de contratos já licitados, incluindo eventual reequilíbrio econômico-financeiro, desde que em comum acordo com a contratada. (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020) [*Grifamos*]

Observa-se que a lei prevê ao titular dos serviços uma decisão político-administrativa de como atingir as metas de universalização, que poderá ser cumprida por medidas alternativas ao termo aditivo. Trata-se de um ato discricionário do agente político: caso o contrato de concessão não preveja metas de expansão de serviços compatíveis com as estipuladas pelo Novo Marco Regulatório, poderá o titular executar de forma direta a parcela remanescente (inciso I), realizar uma licitação complementar (inciso II) ou aditar o contrato de concessão existente, em comum acordo, para incluir as metas (inciso III). Apenas nessa última hipótese o contrato de concessão

→ Parágrafo único. Aplica-se o disposto no *caput* no caso de posterior perda dos efeitos de decisão que concluir pela comprovação de capacidade econômico-financeira nos termos do disposto no art. 18 ou por qualquer outro motivo.

pré-existente à Lei n. 14.026/2020 irá submeter-se ao procedimento do Decreto Federal n. 10.710/2021.

Por outro lado, aos contratos de programa, o aludido procedimento será obrigatório, de forma indiscriminada, tal qual o sugerido pelo artigo 1º, § 1º, inciso I do Decreto Federal n. 10.710/2021. Ainda assim, exigir-se-á desses instrumentos a comprovação da viabilidade técnica e econômico-financeira de forma proporcional aos seus respectivos escopos, nos termos do artigo 3º, parágrafo único do Decreto Federal n. 10.710/2021⁵¹². Ou seja, não se pode exigir do contrato de programa o cumprimento da totalidade das metas se o objeto desse não preveja a transferência da totalidade dos serviços. Esse parece ser um aspecto bem elucidado pelo regulamento. Em outras palavras, o cumprimento das metas estabelecidas pelo novo marco do saneamento, para as áreas do município não abrangidas pelos contratos de programa, ou mesmo contratos de concessão, é responsabilidade direta do poder público municipal.

Importante mencionar que o decreto exclui a sua incidência sobre a prestação dos serviços públicos de forma direta pelo titular, por intermédio de suas autarquias, fundações, empresas públicas ou sociedades de economia mista – não incluída, claro, a hipótese de gestão associada interfederativa. Cuida-se da regra do artigo 1º, § 3º do Decreto Federal n. 10.710/2021:

Art. 1º [...]

§ 3º Não se submete ao disposto neste Decreto a prestação direta de serviços públicos de abastecimento de água potável ou de esgotamento sanitário pelo Município ou pelo Distrito Federal titular do serviço, ainda que por intermédio de autarquia, empresa pública ou sociedade de economia mista por ele controladas.

512 Art. 3º A comprovação de capacidade econômico-financeira de que trata este Decreto terá por objetivo assegurar que os prestadores de serviços públicos de abastecimento de água potável ou de esgotamento sanitário tenham capacidade para cumprir as metas de universalização.
Parágrafo único. No caso de contrato de programa cujo prazo de vigência se encerre antes de 31 de dezembro de 2033, a análise de capacidade econômico-financeira deverá considerar o atingimento proporcional das metas de universalização referidas no *caput*.

Em resumo, a comprovação da viabilidade técnica e econômico-financeira é obrigatória para todos os contratos de programa e para os de concessão em que houver acordo pelo termo aditivo para inclusão das metas da Lei n. 14.026/2020. Assim, o operador dos serviços, nesses casos, deverá submeter-se a um procedimento dividido em duas etapas, conforme artigo 4º do Decreto Federal n. 10.710/2021⁵¹³. Na primeira (art. 5º do Decreto Federal n. 10.710/2021⁵¹⁴), o prestador precisará demonstrar o cumprimento de 4 (quatro) índices por meio de suas medianas nos últimos 5 (cinco) exercícios financeiros: margem líquida sem depreciação e amortização superior a zero, grau de endividamento inferior ou igual a um, retorno sobre patrimônio líquido superior a zero e suficiência de caixa superior a um. Ressalta-se que o não atendimento dos requisitos da primeira etapa exclui a análise da subsequente.

Na segunda, o prestador terá o compromisso de demonstrar um estudo de viabilidade que apresente fluxo de caixa global com valor presente líquido igual ou superior a zero e um plano de captação de recursos compatível com os estudos de viabilidade (art. 6º do Decreto Federal n. 10.710/2021). O referido estudo deverá levar em conta o investimento total necessário para o atingimento

513 Art. 4º A avaliação da capacidade econômico-financeira será feita pela entidade reguladora em duas etapas sucessivas:

I - na primeira etapa, será analisado o cumprimento de índices referenciais mínimos dos indicadores econômico-financeiros; e

II - na segunda etapa, será analisada a adequação dos estudos de viabilidade e do plano de captação.

Parágrafo único. A não aprovação do prestador na primeira etapa dispensa a análise referente à etapa seguinte.

514 Art. 5º Para a aprovação na primeira etapa de que trata o inciso I do *caput* do art. 4º, o prestador deverá comprovar que os indicadores econômico-financeiros do grupo econômico a que pertence atendem aos seguintes referenciais mínimos:

I - índice de margem líquida sem depreciação e amortização superior a zero;

II - índice de grau de endividamento inferior ou igual a um;

III - índice de retorno sobre patrimônio líquido superior a zero; e

IV - índice de suficiência de caixa superior a um.

§ 1º A verificação do atendimento aos índices de que trata o *caput* será feita por meio da análise das demonstrações contábeis consolidadas do grupo econômico a que pertence o prestador, elaboradas segundo as normas contábeis aplicáveis, referentes aos últimos cinco exercícios financeiros já exigíveis e devidamente auditados.

§ 2º Os índices de que trata o *caput* deverão ser obtidos a partir das medianas dos indicadores dos últimos cinco exercícios financeiros já exigíveis e devidamente auditados.

das metas de universalização e realizar uma estimativa do total de receitas advindas de cada um dos contratos⁵¹⁵. Pode-se, ainda, prever repactuação tarifária e aportes públicos como contraprestação à superveniência da necessidade de expansão da infraestrutura (art. 7º, § 2º do Decreto Federal n. 10.710/2021)⁵¹⁶. Salienta-se que é vedado aos contratos de programa a prorrogação do prazo como medida de reequilíbrio econômico-financeiro (art. 7º, § 3º do Decreto Federal n. 10.710/2021⁵¹⁷), um comando que já poderia ser extraído do espírito da Lei n. 14.026/2020. Outrossim, permite-se a estruturação de um plano de captação de recursos, cuja fonte de custeio poderá decorrer de recursos próprios ou de terceiros (art. 8º do Decreto Federal n. 10.710/2021) – como no caso de um empréstimo com instituição financeira.

A documentação comprobatória dos requisitos de ambas as etapas constará no requerimento de capacidade econômico-financeira (art. 10 do Decreto Federal n. 10.710/2021), endereçado à entidade reguladora do contrato, até a data limite de 31 de dezembro de 2021. Além de todos os documentos exigidos com base no disposto nos artigos 6º, 7º e 8º do Decreto Federal n. 10.710/2021, o prestador dos serviços terá a responsabilidade de juntar um rol

-
- 515 Art. 7º Os estudos de viabilidade de que trata o art. 6º deverão:
- I - apresentar a estimativa de:
 - a) investimentos necessários ao atingimento das metas de universalização para cada contrato regular em vigor de abastecimento de água potável ou de esgotamento sanitário do prestador; e
 - b) investimento global;
 - II - demonstrar o fluxo de caixa global esperado para o prestador e o fluxo de caixa para cada contrato regular em vigor de abastecimento de água potável ou de esgotamento sanitário do prestador, já adaptados às metas de universalização de serviços; e
 - III - ser compatíveis com os demais documentos a serem apresentados pelo prestador, inclusive com as condições previstas em minuta de termo aditivo que conte com a anuência do titular do serviço.
- 516 Art. 7º [...] § 2º Os estudos de viabilidade poderão prever:
- I - repactuação tarifária, desde que já haja manifestação oficial favorável do titular do serviço e que o prestador tenha protocolado o pedido de repactuação junto à entidade reguladora competente, em conformidade com as normas aplicáveis; e
 - II - aporte, contraprestação pecuniária ou subsídio de ente público, desde que compatíveis com os respectivos Plano Plurianual, Lei de Diretrizes Orçamentárias e Lei Orçamentária Anual, vedada a previsão de prestações em valor crescente, se plurianual.
- 517 Art. 7º [...] § 3º Os estudos de viabilidade não poderão prever:
- I - no caso de contrato de programa, ampliação de seu prazo de vigência;

de documentos previstos no artigo 11 do aludido regulamento⁵¹⁸. Dentre esses, destaca-se a necessidade de angariar a anuência dos titulares dos serviços sobre o conteúdo disposto na minuta de termo aditivo do art. 10-B e 11-B, § 1º da Lei 11.445/2007 (inciso II), para conformidade dos contratos regulares e em vigor às diretrizes da Lei n. 14.026/2020. Como será explicado em momento oportuno, trata-se de uma circunstância que agrava especialmente a corrida das companhias estaduais para a manutenção de sua base de contratos de programa, uma vez que a capacidade econômico-financeira é considerada “condição indispensável” para a assinatura dos termos aditivos (art. 19 do Decreto Federal 10.710/2021⁵¹⁹).

Ao fim, quem decidirá pela existência de capacidade econômico-financeira é a entidade reguladora que monitora e fiscaliza os contratos de programa⁵²⁰. Por isso, é possível que mais de uma

-
- 518 Art. 11. O prestador deverá apresentar o requerimento de comprovação de capacidade econômico-financeira acompanhado dos seguintes documentos:
I - cópia dos contratos regulares em vigor de prestação de serviços de abastecimento de água potável ou de esgotamento sanitário de que seja titular, com a inclusão dos respectivos anexos e termos aditivos;
II - minuta de termo aditivo que pretenda celebrar para incorporar ao contrato as metas de universalização, acompanhada de declaração de anuência do titular do serviço;
III - demonstrações contábeis consolidadas do grupo econômico a que pertence o requerente devidamente auditadas, referentes aos cinco últimos exercícios financeiros já exigíveis;
IV - demonstrativo de cálculo dos indicadores econômico-financeiros de que trata o art. 5º;
V - laudo ou parecer técnico de auditor independente que ateste, sob sua responsabilidade, a adequação do demonstrativo de cálculo dos indicadores econômico-financeiros aos parâmetros e aos índices referenciais mínimos previstos no art. 5º;
VI - estudos de viabilidade de que trata o inciso I do *caput* do art. 6º;
VII - plano de captação de recursos de que trata o inciso II do *caput* do art. 6º; e
VIII - laudo ou parecer técnico de certificador independente que ateste, sob sua responsabilidade, a adequação dos estudos de viabilidade e do plano de captação às exigências previstas nos arts. 6º a 8º e, quando aplicável, no inciso IV do *caput* e no § 1º do art. 9º.
- 519 Art. 19. A comprovação de capacidade econômico-financeira nos termos do disposto neste Decreto é requisito indispensável para a celebração de termos aditivos para a incorporação das metas de universalização aos respectivos contratos de prestação de serviços públicos de abastecimento de água potável ou de esgotamento sanitário previstos no § 1º e no inciso III do § 2º do art. 11-B da Lei nº 11.445, de 2007.
- 520 Decreto Federal n. 10.710/2021: Art. 15. Caberá à entidade reguladora competente para fiscalizar cada contrato de abastecimento de água potável ou de esgotamento sanitário decidir sobre a capacidade econômico-financeira do prestador do serviço.

agência analise o mesmo rol de documentos em face da realidade de fragmentação regulatória – a coexistência de diferentes reguladoras em território do mesmo Estado-membro. Nessa hipótese, *i)* as entidades poderão firmar um termo de colaboração técnica para emitirem uma apreciação conjunta⁵²¹; ou *ii)* havendo divergência de decisões, a ANA poderá atuar como mediadora do conflito (art. 15, § 2º do Decreto Federal 10.710/2021⁵²²).

Para as companhias estaduais, existe uma forma de contornar essa barreira, denominada de “presunção relativa” de capacidade econômico-financeira (art. 22, *caput* e § 2º do Decreto Federal n. 10.710/2021⁵²³), quando essa passa pelo procedimento de desestatização, na forma do previsto pelo artigo 14 da Lei n. 14.026/2020⁵²⁴ e desde que atendidos os requisitos dos incisos do artigo 22 do

- 521 Art. 15 [...] § 1º Quando o mesmo prestador de serviço for titular de contratos submetidos a entidades reguladoras distintas, essas entidades poderão celebrar termo de cooperação técnica para a apreciação conjunta da capacidade econômico-financeira do prestador de serviço.
- 522 Art. 15 [...] § 2º Na existência de entendimentos conflitantes de entidades reguladoras distintas em relação ao mesmo prestador de serviço, a ANA poderá atuar como mediadora, nos termos do disposto no § 5º do art. 4º-A da Lei n. 9.984, de 17 de julho de 2000.
- 523 Art. 22. Caso sejam submetidas a processo de desestatização, empresas públicas ou sociedades de economia mista estaduais e distritais que prestem serviços públicos de abastecimento de água potável ou de esgotamento sanitário com base em contrato de programa celebrado nos termos do disposto na Lei n. 11.107, de 2005, terão sua capacidade econômico-financeira presumida, desde que atendidas as seguintes condições:
[...]
§ 2º Ressalvada a possibilidade de comprovação de capacidade econômico-financeira nos termos do disposto no § 1º, o desatendimento a quaisquer das condições estabelecidas no *caput* ensejará a perda dos efeitos da presunção relativa e o reconhecimento da ausência de capacidade econômico-financeira da respectiva empresa pública ou sociedade de economia mista.
- 524 Art. 14. Em caso de alienação de controle acionário de empresa pública ou sociedade de economia mista prestadora de serviços públicos de saneamento básico, os contratos de programa ou de concessão em execução poderão ser substituídos por novos contratos de concessão, observando-se, quando aplicável, o Programa Estadual de Desestatização.
§ 1º Caso o controlador da empresa pública ou da sociedade de economia mista não manifeste a necessidade de alteração de prazo, de objeto ou de demais cláusulas do contrato no momento da alienação, ressalvado o disposto no § 1º do art. 11-B da Lei n. 11.445, de 5 de janeiro de 2007, fica dispensada anuência prévia da alienação pelos entes públicos que formalizaram o contrato de programa.
§ 2º Caso o controlador da empresa pública ou da sociedade de economia mista proponha alteração de prazo, de objeto ou de demais cláusulas do contrato de que trata este artigo antes de sua alienação, deverá ser apresentada proposta →

Decreto Federal n. 10.710/2021, tais como: a apresentação de requerimento à entidade reguladora – até 31 de janeiro – acompanhado de estudos e dos atos necessários à desestatização (inciso I), a autorização legislativa geral ou específica para a desestatização até 31 de dezembro de 2022 (inciso II), a troca dos contratos de programa por contratos de concessão que prevejam o cumprimento das metas de universalização (III), a compatibilidade entre estruturas regionais e a desestatização (inciso IV) e a conclusão do processo de desestatização até 31 de dezembro de 2024 (inciso V).

Assim, para as companhias estaduais que estiverem sob o processo de desestatização, haverá uma presunção relativa de comprovação da capacidade econômico-financeira. Todavia, isso não impede que, mesmo assim, decida-se pela apresentação do requerimento nos termos do artigo 10 do Decreto Federal n. 10.710/2021⁵²⁵, como forma de garantir a conformidade dos contratos às diretrizes legais. Atenta-se para o fato de que o desatendimento de quaisquer condições dos incisos enseja a perda dos efeitos da presunção relativa (art. 22, § 2º do Decreto Federal n. 10.710/2021) e, caso o prestador não tenha apresentado o requerimento regular de que trata o regulamento, não haverá abertura de novo prazo para fazê-lo (art. 22, § 3º do Decreto Federal n. 10.710/2021⁵²⁶), o que tornaria, em tese,

→ de substituição dos contratos existentes aos entes públicos que formalizaram o contrato de programa.

§ 3º Os entes públicos que formalizaram o contrato de programa dos serviços terão o prazo de 180 (cento e oitenta) dias, contado do recebimento da comunicação da proposta de que trata o § 2º deste artigo, para manifestarem sua decisão.

§ 4º A decisão referida no § 3º deste artigo deverá ser tomada pelo ente público que formalizou o contrato de programa com as empresas públicas e sociedades de economia mista.

§ 5º A ausência de manifestação dos entes públicos que formalizaram o contrato de programa no prazo estabelecido no § 3º deste artigo configurará anuência à proposta de que trata o § 2º deste artigo.

525 Art. 22. [...] § 1º O disposto neste artigo não impede que as empresas públicas e sociedades de economia mista de que trata o *caput* comprovem sua capacidade econômico-financeira nos termos do disposto neste Decreto.

526 Art. 22. [...] § 3º Na hipótese prevista no § 2º, o prestador que não tiver observado o prazo para a apresentação do requerimento previsto no art. 10 não terá nova oportunidade para demonstrar sua capacidade econômico-financeira.

os contratos de programa irregulares (art. 20 c/c art. 23⁵²⁷ do Decreto Federal n. 10.710/2021).

Evidentemente, será preciso observar como o procedimento de comprovação da capacidade econômico-financeira dos contratos dar-se-á na prática. É possível que não seja tão pacífico assim, tendo em vista que o decreto regulamentador veio com atraso e estipulou prazos exíguos; por isso, vislumbra-se eventuais litígios judiciais com fundamento em afronta a princípios constitucionais, bem como em anulação de um eventual ato administrativo que decida pelo não cumprimento dos requisitos infralegais. A propósito, o Decreto Federal n. 10.710/2021 estipula que os possíveis conflitos decorrentes da comprovação da capacidade econômico-financeira sejam apreciados, dentro da esfera administrativa, pela Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico (art. 25⁵²⁸).

Reunindo-se as considerações traçadas, o Decreto Federal n. 10.710/2021 regulamentou o procedimento de comprovação da capacidade econômico-financeira, conforme o artigo 10-B, parágrafo único da Lei n. 11.445/2007. Cuida-se de aspecto essencial, sobretudo para a continuidade dos contratos de programa, de modo que o seu eventual descumprimento enseja a irregularidade desses instrumentos e a perda da proteção da regra de transição prevista pelo artigo 10, § 3º da Lei n. 11.445/2007. Como retratado, o processo não é simples e depende da análise do histórico financeiro recente da companhia ou concessionária, bem como de um estudo de projeção de investimentos, de receitas e de compatibilidade do fluxo global de caixa e do plano de captação de recursos com as metas de universalização dispostas pela Lei n. 14.026/2020. Para as companhias estaduais, o decreto traz um elemento indutor à desestatização, em decorrência do conceito de presunção relativa de capacidade econômico-financeira, que deverá cumprir com requisitos específicos para que seja perfectibilizado. De todo o modo,

527 Art. 23. A falta de apresentação de requerimento pelo prestador, nos termos do disposto no art. 10, e, quando aplicável, por seu controlador, nos termos do disposto no art. 22, implicará a ausência de comprovação de capacidade econômico-financeira do prestador.

528 Art. 25. Eventuais conflitos resultantes da ausência de comprovação de capacidade econômico-financeira poderão ser submetidos a mediação ou arbitramento pela ANA, nos termos do disposto no § 5º do art. 4º-A da Lei n. 9.984, de 2000.

destaca-se a existência de algumas incertezas sobre como, de fato, o procedimento funcionará na prática.

8. A Prestação Regionalizada como Diretriz do Novo Marco Regulatório

Concomitantemente às diretrizes da universalização dos serviços e da competitividade para a assinatura do contrato de concessão, o Novo Marco Regulatório do Saneamento incentiva a modelagem de estruturas para a prestação dos serviços públicos de forma regionalizada. A novidade da Lei n. 14.026/2020 é que a regionalização dos serviços terá uma forma legal: para que a prestação seja considerada regional, o território deverá estar incorporado a uma das estruturas do art. 3º, inciso VI, alíneas “a”, “b” e “c” da Lei n. 11.445/2007⁵²⁹, as quais dispõem sobre a Região Metropolitana, a Aglomeração Urbana, a Microrregião, a Unidade Regional e o Bloco de Referência. Cuida-se de um elemento de novidade porque, antes da Lei n. 14.026/2020, a regionalização era tão somente a prestação dos serviços pelo mesmo operador em mais de um titular, dispensando-se maiores formalidades para enquadramento ao conceito.

Existe uma lógica para tal modificação, que pode ser compreendida por meio de uma leitura global da Lei n. 14.026/2020

529 Art. 3º Para fins do disposto nesta Lei, considera-se:

[...]

VI - prestação regionalizada: modalidade de prestação integrada de um ou mais componentes dos serviços públicos de saneamento básico em determinada região cujo território abranja mais de um Município, podendo ser estruturada em: (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020)

a) região metropolitana, aglomeração urbana ou microrregião: unidade instituída pelos Estados mediante lei complementar, de acordo com o § 3º do art. 25 da Constituição Federal, composta de agrupamento de Municípios limítrofes e instituída nos termos da Lei n. 13.089, de 12 de janeiro de 2015 (Estatuto da Metrôpole); (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020)

b) unidade regional de saneamento básico: unidade instituída pelos Estados mediante lei ordinária, constituída pelo agrupamento de Municípios não necessariamente limítrofes, para atender adequadamente às exigências de higiene e saúde pública, ou para dar viabilidade econômica e técnica aos Municípios menos favorecidos; (Incluído pela Lei n. 14.026, de 2020)

c) bloco de referência: agrupamento de Municípios não necessariamente limítrofes, estabelecido pela União nos termos do § 3º do art. 52 desta Lei e formalmente criado por meio de gestão associada voluntária dos titulares; (Incluído pela Lei n. 14.026, de 2020)

e dos seus impactos. A regionalização, dentro do contexto de competitividade e do intento de expansão da infraestrutura dos serviços, é um mecanismo que visa a conjugar diferentes titulares sob o mesmo instrumento de gestão. Aparentemente, é um reconhecimento legal de que o saneamento, também em decorrência de sua natureza monopolista, muitas vezes extrapola os limites do interesse local e passa a consolidar-se como um setor de interesse comum, seja pelo compartilhamento de instalações operacionais – na hipótese de conurbação urbana – ou como parte integrante de uma ação de saúde, caracterizada pela intervenção ambiental, conforme nomenclatura da Norma Operacional Básica do Sistema Único de Saúde⁵³⁰.

Além disso, há uma busca pela padronização técnico-regulatória: é mais fácil impor as normas da reguladora nacional em um ambiente de concentração de titulares do que de fragmentação dos serviços. Por consequência, o isolamento dos territórios é também ambiente favorável para práticas regulatórias ineficientes, que não estejam de acordo – ou signifiquem um nível de exigência menor – na comparação com as orientações da Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico (ANA), por meio de suas normas de referência. Portanto, a regionalização é um dos mecanismos de pacificação do ambiente, até então hostil, para a adoção e efetivo funcionamento de critérios regulatórios gerais. Importante mencionar que a padronização técnico-regulatória também é um meio mais seguro e transparente de regular tarifas, ponto que será crucial em face da necessidade de mediação de futuros conflitos que digam respeito ao equilíbrio econômico-financeiro dos contratos ante a imposição de novas metas de universalização e fluxo de investimentos.

530 Veja-se o conceito de intervenção ambiental como campo de atenção à saúde: “A atenção à saúde, que encerra todo o conjunto de ações levadas a efeito pelo SUS, em todos os níveis de governo, para o atendimento das demandas pessoais e das exigências ambientais, compreende três grandes campos, a saber: [...] b) o das intervenções ambientais, no seu sentido mais amplo, incluindo as relações e as condições sanitárias nos ambientes de vida e de trabalho, o controle de vetores e hospedeiros e a operação de sistemas de saneamento ambiental (mediante o pacto de interesses, as normalizações, as fiscalizações e outros); [...]”. BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria n. 2.203, de 5 de novembro de 1996**. Disponível em: <https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/1996/prt2203_05_11_1996.html>. Acesso em 20 de maio de 2021.

Salienta-se que, na conjuntura de estabelecimento do contrato precedido de licitação como regra, as estruturas regionais (especialmente Unidades Regionais e Blocos de Referência) serão, na prática, desenhos de territórios com capacidade econômico-financeira para posterior oferta aos *players* de mercado mediante uma concessão regionalizada. O roteiro é previsível: atribui-se escala com a finalidade de permitir um subsídio cruzado entre municípios deficitários e superavitários, para que as estruturas regionais – podendo ser subdivididas em lotes ou sub-blocos – tenham atratividade econômica para concessões e PPPs. Ao que tudo indica, esse será o uso ideal das ferramentas de regionalização, muito embora não seja o único. No caso do estado de São Paulo, foi a Lei n. 17.383/2021 que dispôs sobre a criação de unidades regionais de saneamento, com fundamento nos artigos 2º, inciso XIV, e 3º, alínea “b”, da Lei Federal n. 11.445/2007.

Mais especificamente, no artigo 3º, da referida Lei:

[...] Ficam criadas 4 (quatro) Unidades Regionais de Serviços de Abastecimento de Água Potável e Esgotamento Sanitário – URAEs para a prestação dos serviços públicos de abastecimento de água potável e esgotamento sanitário, integradas pelos municípios relacionados no Anexo Único desta Lei”.

A URAE 1 é a Sudeste (370 municípios), a URAE 2 é a Centro (98 municípios), a URAE 3 denomina-se Leste (35 municípios) e, por último, a URAE 4, ou Norte (142 municípios). Como a própria Lei n. 17.383/2021 afirma, busca-se assim a:

“[...] uniformização do planejamento, da regulação e da fiscalização dos serviços de abastecimento de água potável e esgotamento sanitário, visando à geração de ganhos de escala, à garantia da universalização e da viabilidade técnica e econômica dos serviços, bem como ao atendimento adequado das exigências de higiene e saúde pública dos Municípios que as integram”.

No Estado de Pernambuco, a Lei Complementar n. 434/2020, enfrentando o mesmo tema, instituiu as Microrregiões de Saneamento Básico.

O artigo 1º, § 1º, da referida Lei, estabelece que essas Microrregiões são "(...) constituídas por Municípios limítrofes nos quais há compartilhamento de instalações operacionais de infraestrutura de abastecimento de água e/ou esgotamento sanitário para prestação dos serviços públicos de saneamento de interesse comum.

No contexto específico desse estado, nos termos do artigo 2º, para fins de organização:

[...] planejamento e execução das funções públicas de interesse comum relacionadas aos serviços públicos de saneamento básico no âmbito do conjunto dos seus territórios, ficam instituídas as seguintes Microrregiões de Saneamento Básico: I - da Região Metropolitana do Recife, composta pelos Municípios, integrantes da Região Metropolitana do Recife, conforme Lei Complementar nº 382, de 9 de janeiro de 2018 e alterações; II - da Adutora do Oeste, composta pelos Municípios de Araripina, Bodocó, Exu, Granito, Ipubi, Moreilândia, Orocó, Ouricuri, Parnamirim, Santa Cruz, Santa Filomena, Santa Maria da Boa Vista e Trindade; III - da Adutora do Sertão, composta pelos Municípios de Cabrobó, Salgueiro, São José do Belmonte, Serrita, Terra Nova e Verdejante; IV - da Adutora do Pajeú, composta pelos Municípios de Afogados da Ingazeira, Brejinho, Calumbi, Carnaíba, Carnaubeira da Penha, Flores, Floresta, Iguaracy, Ingazeira, Itapetim, Quixaba, Santa Cruz da Baixa Verde, Santa Terezinha, São Jose do Egito, Serra Talhada, Tabira, Triunfo e Tuparetama; V - da Adutora Jatobá/Tacaratu, composta pelos Municípios de Jatobá e Tacaratu; VI - da Adutora do Agreste, composta pelos Municípios de Agrestina,

Água Preta, Águas Belas, Alagoinha, Altinho, Amaraji, Angelim, Arcoverde, Barra de Guabiraba, Belém de Maria, Belo Jardim, Bezerras, Bom Conselho, Bonito, Brejão, Brejo da Madre de Deus, Buíque, Cachoeirinha, Caetés, Calçado, Camocim de São Felix, Canhotinho, Capoeiras, Caruaru, Casinhas, Catende, Chã Grande, Correntes, Cumaru, Cupira, Custódia, Frei Miguelinho, Garanhuns, Gravatá, Ibimirim, Ibirajuba, Itaíba, Jataúba, Jucati, Jupí, Jurema, Lagoa do Ouro, Lagoa dos Gatos, Lajedo, Palmares, Palmeirina, Panelas, Paranatama, Passira, Pedra, Pesqueira, Poção, Quipapá, Riacho das Almas, Sairé, Salgadinho, Saloá, Sanharó, Santa Cruz do Capibaribe, Santa Maria do Cambucá, São Bento do Una, São Caitano, São João, São Joaquim do Monte, Sertânia, Surubim, Tacaimbó, Taquaritinga do Norte, Terezinha, Toritama, Tupanatinga, Venturosa, Vertente do Lério e Vertentes; VII - da Aduutora Siriji/ Palmeirinha, composta pelos Municípios de Aliança, Bom Jardim, Buenos Aires, Condado, Itaquitinga, João Alfredo, Macaparana, Machados, Orobó, São Vicente Ferrer e Vicência; VIII - do São Francisco, composta pelos Municípios de Afrânio, Dormentes, Lagoa Grande e Petrolina; IX - de Ferreiros/ Camutanga, composta pelos Municípios de Ferreiros e Camutanga; X - de Vitória/Pombos, composta pelos Municípios de Vitória de Santo Antão e Pombos; e XI - das Barragens de Carpina e Cursai, composta pelos Municípios de Carpina, Chã de Alegria, Feira Nova, Glória do Goitá, Lagoa de Itaenga, Lagoa do Carro, Limoeiro, Nazaré da Mata, Paudalho e Tracunhaém.

Enfim, em cada estado, na medida de suas próprias complexidades, com maior ou menor grau de técnica, buscou-se a organização de coletivos planejados, executados e operados de maneira integrada e harmônica com o artigo 2º da Lei n. 11.445/2007.

No estado do Paraná foi a Lei Complementar n. 237/2021 que instituiu as Microrregiões dos serviços públicos de abastecimento de água e de esgotamento sanitário do Oeste, do Centro-Leste e

do Centro-Litoral e suas respectivas estruturas de governança. No artigo 1º, § 2º, dessa mesma Lei, está disposto que

“[...] Cada Microrregião possui natureza jurídica de autarquia intergovernamental de regime especial, com caráter deliberativo e normativo, e personalidade jurídica de direito público”.

Um aspecto importante que a regionalização pretende contemplar, ao menos em discurso, é uma “otimização” (termo da Lei n. 11.445/2007) do planejamento na prestação dos serviços por meio da introdução, nessas estruturas, de planos regionais de saneamento. Nos termos do § 3º do artigo 17 da Lei n. 11.445/2007⁵³¹, a feitura do plano regional substitui os planos de saneamento dos municípios nele abrangidos – exaurindo-se, assim, o comado do artigo 19 da Lei n. 14.026/2020⁵³², que estipula a data limite de redação dos planos individuais para 31 de dezembro de 2022. Os estudos para a elaboração de tais instrumentos poderão ser conduzidos ou receber suporte da Administração Pública e dos prestadores de serviço, conforme § 4º do artigo 17 da Lei n. 11.445/2007⁵³³. Com base nesses deveres legais, denota-se o projeto de um mecanismo de gestão regional, cujo objetivo é diminuir a fragmentação do processo decisório, tendo-se como pressuposto a ideia de que os serviços de saneamento necessitam de instâncias administrativas que representam

531 Art. 17. O serviço regionalizado de saneamento básico poderá obedecer a plano regional de saneamento básico elaborado para o conjunto de Municípios atendidos. (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020)

[...]

§ 3º O plano regional de saneamento básico dispensará a necessidade de elaboração e publicação de planos municipais de saneamento básico. (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020)

532 Art. 19. Os titulares de serviços públicos de saneamento básico deverão publicar seus planos de saneamento básico até 31 de dezembro de 2022, manter controle e dar publicidade sobre o seu cumprimento, bem como comunicar os respectivos dados à ANA para inserção no Sinisa.

Parágrafo único. Serão considerados planos de saneamento básico os estudos que fundamentem a concessão ou a privatização, desde que contenham os requisitos legais necessários.

533 Art. 17 [...] § 4º O plano regional de saneamento básico poderá ser elaborado com suporte de órgãos e entidades das administrações públicas federal, estaduais e municipais, além de prestadores de serviço. (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020)

a vontade de diferentes titulares. A governança interfederativa das unidades regionais naturalmente seguirá o disposto na Lei Federal n. 13.089/2015 (Estatuto da Metr pole).

Ocorre que as futuras estruturas regionais, mais especificamente a proposta de criar unidades regionais ou blocos de referência, não são ferramentas de adesão compulsória. Por isso, a estratégia do Novo Marco Regulatório do Saneamento   criar incentivos para que a entrada nas Unidades Regionais e nos Blocos de Referência seja uma decisão político-administrativa positiva. Nessa esteira, a Lei n. 14.026/2020 vinculou a percep o de recursos federais   adesão dos titulares aos instrumentos regionais, consoante artigo. 50, inciso VII do aludido diploma legal⁵³⁴. Da mesma forma, trouxe a possibilidade de dila o do prazo para o atingimento das metas de universaliza o até, no máximo, 1  de janeiro de 2040⁵³⁵ - um ganho de 6 (seis) anos em rela o ao prazo original. Para os municípios que não estão sob a prote o das companhias estaduais, nem integram coletivos, unidades regionais, blocos de referência ou consórcios públicos, apenas para exemplificar, será preciso encontrar alternativas de financiamento para responder adequadamente às novas exigências do marco legal do setor.

O tema da regionaliza o   bastante complexo, sobretudo porque envolve muitos fatores políticos, tais como a forma de desenho das Unidades Regionais e dos Blocos de Referência, o que pressupõe um diálogo sólido com os titulares dos serviços. Nessa toada, mesmo após a modelagem das estruturas regionais, os titulares deverão manifestar a sua adesão às Unidades Regionais e aos Blocos de Referência. E, mesmo aderindo, não perdem o seu status de titulares

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

[...]

VII -   estrutura o de presta o regionalizada;

535 Art. 11-B [...]   9  Quando os estudos para a licita o da presta o regionalizada apontarem para a inviabilidade econômico-financeira da universaliza o na data referida no *caput* deste artigo, mesmo após o agrupamento de Municípios de diferentes portes, fica permitida a dila o do prazo, desde que não ultrapasse 1  de janeiro de 2040 e haja anuência prévia da agência reguladora, que, em sua análise, deverá observar o princípio da modicidade tarifária. (Incluido pela Lei n  14.026, de 2020)



do serviço, ainda que passem a compartilhar as decisões sobre a política de saneamento com um coletivo de entidades políticas, e eventual decisão de saída deverá respeitar critérios estabelecidos pelas leis organizadoras desses conjuntos.

Por tal motivo, a regionalização será abordada neste trabalho em maiores detalhes ao discutir-se a titularidade dos serviços de saneamento e os impactos da Lei n. 14.026/2020 às companhias estaduais. Por ora, importante a compreensão de que a prestação regionalizada é uma diretriz da nova lei, materializada pela previsão de estruturas regionais e difundida por meio de regras de estímulo, como a dilação do prazo de adimplemento da expansão da infraestrutura e de disponibilização de recursos federais.

Participação Privada e Saneamento Básico no Brasil

1. Perspectivas Atuais para o Saneamento Básico no Brasil

Na ordem constitucional brasileira vigente, o poder público é o responsável por controlar os processos de decisão envolvendo as políticas de educação, saúde, segurança, meio ambiente e saneamento. No caso específico do saneamento — a concepção, o financiamento, a regulação, a fiscalização e a operação do sistema, mesmo que esses estágios estejam divididos ou subdivididos —, a União, os estados, o Distrito Federal e os municípios precisam preservar e exercer o protagonismo das decisões no limite de suas competências, o que não é algo totalmente preciso. Assim sendo, no mesmo estado, conviverão contratos de programa e contratos de concessão voltados para unidades regionais ou blocos de referência, assim como é possível a continuidade de experiências em municípios isolados quando está for a convicção daquele governo. Em muitas situações, contudo, o processo de desestatização das companhias estaduais produzirá uma transição dos contratos de programa para os contratos de concessão, criando uma ambiguidade interessante entre o modelo regulatório predominante, ou seja, de regulação discricionária, regulação por contrato, ou mesmo a hipótese de uma relação de hierarquia móvel entre as ferramentas de controle da operação do serviço de saneamento.

Os estados, como dito outras vezes, ocupam-se da formação de unidades regionais – São Paulo, Rio Grande do Sul e Minas Gerais são exemplos importantes – a União estabelece as diretrizes (e as normas de referência pela ANA) – por exceção, cria os blocos de referência –, enquanto os municípios exercem a titularidade plena quando as suas estruturas de água e esgotamento sanitário têm uma existência independente.

A rigor, o Plano Plurianual (PPA) e a Lei Orçamentária Anual (LOA) são os instrumentos que revelam, a cada novo ciclo, a agenda política do Estado, que pode sempre desenvolver, com maior ou menor prioridade, ou inflexão, determinados setores da economia nacional – por exemplo, o serviço de saneamento.⁵³⁶ O Estado social e o Estado minimalista, com diferentes abordagens, podem ser satisfatórios no resultado final que interesse à população, qual seja, de desenvolver uma prestação efetiva de serviços públicos, de maneira universal e inclusiva. Assim como as políticas de educação e saúde, a renovação característica de um Estado Democrático de Direito pode determinar que grupos representativos de interesses diversos assumam o controle das estruturas burocráticas de poder, o que, inevitavelmente, acaba definindo o desenho, o modelo, o modo de execução de um serviço público.

Nesse quadro, existem inúmeros possíveis arranjos capazes de preservar as diretrizes constitucionais mediante distintas estratégias ou aperfeiçoamentos dos arranjos anteriores,⁵³⁷ implicando a reflexão coletiva, o debate público e democrático e o controle social por meio de instâncias formais ou informais de participação.⁵³⁸ Independentemente dos modelos adotados pelos titulares e da orientação nacional, é sempre no âmbito do debate e da decisão democrática que derivará a opção pelo modelo público, público-público, público-privado ou exclusivamente privado, quanto ao operador do sistema.⁵³⁹ E, como dito tantas vezes, não se deve pressupor a existência de um tipo ideal sem que se avalie a realidade do caso

536 HELLER, Léo; MORAES, Luiz Roberto Santos; BRITTO, Ana Lucia; BORJA, Patrícia Campos; REZENDE, Sonaly Cristina. **Panorama do Saneamento Básico no Brasil** — Análise Situacional dos Programas e Ações Federais, Volume III, Brasília, Ministério das Cidades/Secretaria Nacional de Saneamento Ambiental, 2011, p. 228.

537 REZENDE, Sonaly Cristina; HELLER, Léo. **O Saneamento no Brasil: políticas e interfaces**. 2. ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2008, p. 318-336.

538 AITH, Fernando. Saúde e Saneamento no Brasil: Aspectos Conceituais e Regulatórios e os Desafios para a Adoção de Políticas Públicas Intersetoriais no País. In: MOTA, Carolina. (coord.). **Saneamento Básico no Brasil: aspectos jurídicos da Lei Federal n. 11.445/2007**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 258.

539 TRINDADE, Karla Bertocco. A Construção de um Novo Modelo Institucional para o Saneamento no Estado de São Paulo. In: MOTA, Carolina. (coord.). **Saneamento Básico no Brasil: aspectos jurídicos da Lei Federal n. 11.445/2007**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 311.

concreto. Poder-se-ia inclusive desenvolver, em outro momento, o campo de incidência e o conteúdo do princípio da verossimilhança ou do princípio da realidade, que circunstancialmente já possui alguma aplicação no Direito Administrativo dentro de uma perspectiva consequencialista e da narrativa construída pela Lei n. 13.655/2018.

Salientamos que os municípios, titulares dos serviços de saneamento básico, apresentam cenários muito peculiares, os quais dificultam qualquer tentativa de uniformizar as políticas para o setor. O grau de isolamento urbano, a densidade populacional, a suficiência de recursos hídricos, a infraestrutura existente e a capacidade administrativa e financeira são alguns dos elementos básicos que justificam uma segmentação⁵⁴⁰ e, inclusive, a customização dos modelos legalmente admitidos. Todos esses fatores revelam que o sistema precisa apresentar diretrizes para construir de forma planejada o próximo ciclo da descentralização (ou regionalização/desestatização), que se inicia agora com a aprovação do Novo Marco do Saneamento (Lei n. 14.026/2020), mas isso não invalida um espaço de personalização, de ajuste entre a teoria e a prática.

Evidentemente, uma certa homogeneidade de orientação, um padrão regulatório a ser alcançado a partir das normas de referência produzidas pela ANA – e o seu catálogo de boas práticas - colabora para a organização do sistema de regulação final das subnacionais, auxiliando na hierarquização das escolhas de investimento público ou privado, rumo à universalização de estruturas de maneira inclusiva. Contudo, já se sabe que a ação normativa da agência nacional não é vinculante para os reguladores subnacionais, pois se assim fosse determinado pelo Novo Marco, existiria um risco elevado de inconstitucionalidade da proposta. Aliás, continua-se correndo o risco de permanência da fragmentação no campo regulatório, pois hoje existem algumas dezenas de entidades que cumprem esse mesmo encargo, e outras poderão surgir, ainda que o desenho proposto pelo novo marco tenha como propósito reduzir o número de atores e padronizar comportamentos. Aliás, na própria lei estadual que desenhar a regionalização poderá estabelecer-se um poder-dever

540 CUNHA, Alexandre dos Santos *et al.* Poder Concedente e Marco Regulatório no Saneamento Básico. **Cadernos Direito GV**, v. 2, São Paulo, mar. 2006, p. 38.

dessa governança interfederativa para escolher por todos a agência reguladora subnacional que será responsável pela assimilação (e possível espelhamento do trabalho desenvolvido pela ANA) das melhores práticas no contexto daquela coletividade.

Como ressaltou-se em diferentes momentos dessa pesquisa, verifica-se hoje uma tendência generalizada à transição do modelo majoritariamente público na direção do privado — ou, pelo menos, a possibilidade de uma convivência distribuída de forma equilibrada entre os dois campos. Na verdade, a urgência determinada pelo agravamento da crise fiscal do Estado tornou obrigatório pensar o sistema de saneamento brasileiro integrando a capacidade de investimento do campo privado.

Esse é um dos pontos controvertidos na ADI n. 6536, pendente de julgamento no STF. Uma das alegações dos autores da ação é a de que a estratégia de abertura para a iniciativa privada seria um meio inadequado para atingir o fim constitucionalmente exigido da promoção da universalização do serviço de saneamento.⁵⁴¹ Entretanto, cumpre destacar, que a constituição não impõe a exclusividade da prestação estatal de serviços públicos. Diante disso, pode-se argumentar que a decisão de abrir o setor para o investimento privado recai na esfera da discricionariedade legislativa, como destaca a Advocacia-Geral da União (AGU) em manifestação a respeito da referida ADI:

Deve-se ter em vista que, sobretudo quando articulado sob parâmetros normativos com alto coeficiente de indeterminação, como é o caso dos autos, o exercício da jurisdição constitucional deve ser norteado por uma premissa de autocontenção. Salvo nas hipóteses de violação flagrante às regras e princípios inscritos na Constituição da República, é indispensável que haja deferência à legitimidade político-democrática dos agentes públicos eleitos, assegurando-lhes a manutenção de seu espaço de deliberação.⁵⁴²

541 Ver ADI n. 6.536, fl. 41 da petição inicial.

542 Manifestação da AGU a respeito da ADI n. 6.536, p. 15. São citadas, corroborando esse entendimento sobre a deferência ao Poder Legislativo, as decisões do STF nas ADI n. 6.299, ADI n. 5.062, ADI n. 5.794 e ADI n. 5.062.

A Advocacia-Geral da União defende a plausibilidade do novo modelo como meio para a universalização apontando as principais estratégias trazidas na Nova Lei:

- I. Metas contratuais de universalização, de acordo com o art. 11-B da Lei 11.445/2007, cuja redação foi dada pelo Novo Marco Legal do Saneamento;
- II. Conferir transparência na celebração dos contratos e, com isso, trazer eficiência para o setor, através da obrigatoriedade da licitação, conforme a nova redação do art. 10 da Lei 11.445/2007.
- III. Uniformização do ambiente regulatório encabeçada pela Agência Nacional de Águas, que com suas novas atribuições emitirá normas de referência para todo o Brasil.

Diante disso, a Advocacia-Geral da União defende o Novo Marco como capaz de mudar a realidade infeliz que se experiencia no Brasil de hoje:

Os instrumentos previstos na legislação ora impugnada apontam para a construção de uma nova realidade no setor em análise e foram criados a partir da constatação da ineficiência do atual modelo. De fato, a Lei nº 14.026/2020 é um marco promissor para a universalização adequada do abastecimento de água e do saneamento básico no país.⁵⁴³

Antes protagonizado pelas autarquias municipais e pelas companhias estaduais – o modelo PLANASA –, cada vez mais os titulares têm se direcionado à delegação do exercício dos serviços para empresas privadas, pelos mais diversos instrumentos jurídicos,⁵⁴⁴ como

543 Ver p. 23 - 24.

544 No mês de outubro de 2020, ocorreram importantes processos concorrenciais nos estados de Alagoas e Espírito Santo, já sob as metas de universalização previstas no Novo Marco Legal do Saneamento. Em ambos os casos se apresentaram sete disputantes, indicando o interesse dos *players* privados em participar do setor →

veremos a seguir. Diante da incapacidade do Estado de responder às demandas de investimento no setor, a conversão majoritária das administrações para o modelo privado parece mesmo uma tendência. Essa incapacidade demonstra-se no que se refere ao tratamento do esgoto: são alarmantes os índices apresentados em 2018 pelo Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento (SNIS), segundo os quais apenas 53% da população é atendida com coleta de esgoto, e menos da metade do esgoto coletado é adequadamente conduzido e tratado,⁵⁴⁵ um dos fatores mais evidentes da necessidade de mudança de paradigma e foco em relação a essa política pública.

A propósito, mesmo em períodos de estabilidade na economia, quando se imaginaria uma expansão das estruturas de saneamento em relação ao acesso à água potável e ao serviço de esgotamento sanitário, isso não ocorreu. Assim, impõe-se o pragmatismo direcional ao propósito último das políticas de saneamento: universalizar o serviço de saneamento para todas as populações até 2033 (ou 2040), sendo uma questão coadjuvante se isso dependerá de uma operação do sistema pelo público ou pelo privado, ou, ainda, por um modelo misto, atento às sensibilidades específicas de cada comunidade.

A participação privada no setor intensificou-se desde a conclusão do Plano Nacional de Saneamento Básico e a regulamentação da Lei n. 11.445/2007. A tabela a seguir traz um panorama das concessões privadas no Brasil, uma realidade que tem alterado-se rapidamente.⁵⁴⁶

→ de saneamento no Brasil. A SABESP, companhia estadual de São Paulo, em consórcio, também se envolveu nos processos licitatórios, o que futuramente será uma realidade em outras licitações, que podem ser atrativas para empresas estatais de diferentes regiões do país.

545 Disponível em: <http://www.snis.gov.br/downloads/diagnosticos/ae/2018/Diagnostico_AE2018.pdf>. Acesso em: 6 nov. 2020.

546 Devem-se notar duas coisas. Primeiro, a tabela mistura concessões de todas as sortes, incluindo plenas e parciais, PPPs e subdelegações (veremos essas modalidades adiante). Ademais, foi atualizada até o ano de 2017; certamente, hoje, o número é maior (um exemplo é o recente contrato de PPP entre a Corsan e uma empresa privada no Rio Grande do Sul).



Estado	Municípios Atendidos	Concessionárias	População Atendida
Alagoas	11	2	549.026
Amazonas	1	1	2.207.525
Bahia	2	1	1.100.000
Espírito Santo	3	3	707.802
Goiás	4	1	924.904
Maranhão	3	2	320.809
Mato Grosso	37	37	1.474.392
Mato Grosso do Sul	1	1	860.943
Minas Gerais	18	5	1.462.166
Pará	12	5	240.101
Paraná	1	1	149.683
Pernambuco	15	1	3.965.548
Piauí	1	1	825.016
Rio de Janeiro	20	14	4.418.782
Rio Grande do Sul	2	2	189.343
Rondônia	4	4	134.776
Santa Catarina	12	12	561.668
São Paulo	53	40	12.173.554
Tocantins	125	2	1.209.635
Total	325	-	33.474.672

Concessões privadas por estado (2017). Fonte: Panorama da Participação Privada no Saneamento.

A tabela mostra que a prestação privada, embora em momento anterior ao Novo Marco, apesar de não ser a modalidade majoritária no Brasil, já não era inexpressiva. No entanto, ainda hoje inexistem condições ideais para o desaparecimento da sistemática do subsídio cruzado – tanto que a proposta de regionalização permite a manutenção da ferramenta na perspectiva da unidade vista isoladamente –, quando estabelece um contrabalanço entre cidades de menor e maior taxa de retorno dos investimentos em saneamento básico, conferindo equilíbrio econômico-financeiro à operação. Isso

é especialmente verdadeiro no caso do modelo administrado pelas companhias estaduais, e mais fácil de realizar quando a unidade regional é integrada apenas por municípios originalmente vinculados aos contratos de programa. Para o momento presente, conforme tem-se repetido em outros momentos, será necessário aditar os contratos de programa tornando-os compatíveis e aderentes ao novo marco e, por certo, uma regra de transição será fixada para sinalizar um ponto futuro; ou seja, o marco zero, quando essas operações precisarão alcançar eficiência operacional e econômica, sem o amparo do subsídio cruzado – por exemplo, quando essa não for uma prioridade da unidade regional ou do bloco de referência. Logo, afirma-se desde já, não é um objetivo final da lei, no aditamento dos contratos de programa até março de 2021, a ruptura imediata com um sistema que funcionou com relativo sucesso por décadas, sem uma solução que garanta a preservação de um patamar mínimo de sustentabilidade e qualidade do serviço.

Isso é, inclusive, previsto no Novo Marco do Saneamento (Lei 14.026/2020) como um princípio básico de orientação das políticas públicas no setor:

Art. 2º Os serviços públicos de saneamento básico serão prestados com base nos seguintes princípios fundamentais: XIV - prestação regionalizada dos serviços, com vistas à geração de ganhos de escala e à garantia da universalização e da viabilidade técnica e econômico-financeira dos serviços; [...].

A preocupação principal é que o poder público, sem a possibilidade de utilizar o subsídio cruzado, restasse responsável pelas operações deficitárias do serviço de saneamento básico.⁵⁴⁷ De qualquer forma, para localidades sem contrato de programa vigente, as companhias estaduais só poderão assumir a operação depois de processos licitatórios e a assinatura de contrato de concessão.

547 Ibidem, p. 140-143. Ver também: VIANA, Maurício Boratto. **Privatização dos Serviços de Saneamento** — Enfoque Socioambiental. Estudo Técnico, Consultoria Legislativa. Câmara dos Deputados: Setembro, 2017, p. 8.

Na primeira licitação de Alagoas, envolvendo a Região Metropolitana de Maceió, ocorrida em outubro de 2020, já sob as regras do Novo Marco — mas antes da deliberação do Congresso Nacional a respeito dos vetos presidenciais —, foi possível observar um número expressivo de interessados.

Em tese, a operação privada do sistema, sem o controle estatal, induz a uma expansão do serviço, ainda que isso possa representar algum nível de elevação das tarifas, em particular nas localidades onde são necessários muitos investimentos. E, obviamente, sempre existirá o risco de ações oportunistas do operador. Deve-se sempre lembrar que os valores atuais das tarifas são considerados corretos, mas proporcionais ao serviço prestado. Sendo assim, as metas deveriam ser projetadas também a partir da capacidade contributiva dos usuários, sob pena de representar exclusão do sistema ou frustração em termos de desempenho dos operadores. Desse modo, tornam-se compreensíveis as críticas acerca da fixação em lei de uma linha de chegada artificial para as operações em funcionamento.

Tanto o aumento da produtividade quanto a redução de perdas físicas e comerciais em algumas localidades poderão não ser suficientes para contrabalançar o volume de investimentos projetado para que se propicie uma universalização sustentável no setor. Em outras localidades, todavia, é possível que tais modificações imponham redução de tarifas, dependerá muito de cada uma das modelagens. Por isso, essas têm de ser construídas de maneira personalizada, calculando o impacto tarifário — sem dúvida alguma, a existência de projetos realistas é fundamental para o aperfeiçoamento dessa política pública.

A prestação de qualquer modalidade de serviço, para oferecer uma taxa de remuneração baixa depende de segurança jurídica, mormente para contratos de longo prazo. Ou seja, em um ambiente (político, econômico ou regulatório) instável, a tendência é haver uma menor competitividade e taxas de retorno mais altas para o investimento, visto que o risco sempre é precificado pelos concorrentes. Veja que ocorreram licitações em um cenário de aprovação parcial do texto da Lei n. 14.026/2020 e sem o complemento da ação normativa da entidade reguladora nacional, o que exigirá dos órgãos de controle uma posição unificada sobre o sistema e os subsistemas jurídicos que servirão de ponto de apoio para esses contratos.

Apenas para exemplificar, um excesso regulatório — contratual ou normativo — e o sobreamento de competências entre órgãos de controle — com riscos permanentes de análise do mérito da ação administrativa — produzem ineficiência econômica. A redundância entre os órgãos de controle (cada vez mais comum) também representa uma externalidade negativa para o setor, servindo como argumento de diminuição da competitividade nos processos licitatórios, verdade que já se aplica a outras áreas. O Novo Marco Legal do Saneamento defende justamente o contrário, ao incentivar a disputa para buscar maior eficiência, única possibilidade de acelerar a universalização sustentável. Um número considerável de *players* interessados em operar diretamente os sistemas ou investir no setor inegavelmente criará um contexto favorável para o desenvolvimento desse.

Não se pode, de maneira definitiva, afastar o Estado do processo. Pois, quando ausente a modulação pública, que pense um planejamento mais amplo, vocacionado para realizar o interesse público, os objetivos da Constituição e da lei do setor podem não se concretizar. A universalização do serviço, caso se pense apenas em expansão das redes, não protege os usuários de uma política tarifária excludente, caso o processo seja mal-conduzido pelos entes federativos. O Estado, por determinação constitucional e com extensa previsão na nova legislação, continuará sendo o regulador e o fiscalizador, na condição de curador do bem público.

Os Tribunais de Contas, os Ministérios Públicos, entre outros órgãos de controle, precisarão ponderar em que medida é amplo seu poder de revisão das decisões do regulador e do poder concedente, quando desenvolvem-se no campo do poder discricionário em sentido estrito, nos termos da Lei n. 13.655/2018.

E, mesmo assim, no atual ambiente, é inviável que, num país marcado pelas desigualdades regionais e locais, como o Brasil, ainda que se tenha optado pela desestatização progressiva da operação do sistema de saneamento, não haja investimento na implantação simultânea de uma complexa rede de subsídios, de proteção social, seja na forma direta ou cruzada. Isso precisa ser protegido nas modelagens construídas pelos estruturadores de projetos, sob pena da universalização não alcançar áreas rurais ou de periferia, tornando-se uma experiência incompleta, especialmente porque a concessão de serviços públicos sempre seguirá a lógica do equilíbrio

econômico-financeiro (art. 37, inciso XXI da Constituição Federal c/c art. 9º da Lei n. 8.987/1995) para garantir o princípio da continuidade (art. 6º da Lei n. 8.987/1995)

O Estado e os usuários de maior poder aquisitivo deverão sustentar uma equação econômico-financeira para os contratos que permita a cobrança de tarifas proporcionais à capacidade contributiva da totalidade dos administrados. Nas palavras de Marcello Caetano:⁵⁴⁸

[...] as prestações feitas pelos serviços públicos aos utentes podem ser gratuitas ou onerosas. Quando onerosas implicam a retribuição por aqueles que as recebem mediante o pagamento de um preço. O preço pode ser calculado de modo a cobrir todo o custo das prestações e os encargos do serviço ou só parte deles: no primeiro caso será um preço econômico, no segundo um preço político. Os preços políticos são fixados para beneficiar o público, facilitando a utilização do serviço de maneira a assistir os mais pobres ou a promover e difundir a higiene, comodidade ou cultura. Não bastando então o produto das receitas próprias dos serviços públicos para cobrir as suas despesas, tem a Administração de preencher o deficit com subsídios provenientes das receitas gerais obtidas através dos impostos, o que quer dizer, que pagam todos os contribuintes parte dos benefícios colhidos pelos utentes, ou até a totalidade, se as prestações forem gratuitas.

Necessita-se, portanto, como dito mais de uma vez, de uma desestatização que universalize, mas não exclua:⁵⁴⁹

548 CAETANO, Marcello. **Manual de Direito Administrativo**, Volume II. Coimbra: Edições Almedina, 2008, p. 1083.

549 Ibidem, p. 1085.

Nem sempre o serviço público segue um único regime quanto à retribuição das suas prestações — de gratuidade ou de onerosidade. A preocupação de encontrar soluções equitativas conduz, em certas actividades, a distinguir os utentes consoante as suas possibilidades económicas, exigindo o preço justo daqueles que podem pagá-lo, pedindo um preço reduzido (e, portanto, político) dos que não tendo recursos que permitam pagar o custo da prestação todavia possuem capacidade para pagar parte dele, e fornecendo as prestações gratuitamente aos que não disponham de meios para pagamento.

É importante novamente ressaltar que nunca existirá uma perfeita estabilidade regulatória, nem técnica, nem económica, mas muito já se avançou desde a promulgação da Lei n. 11.445/2007. Prevalece, contudo, a assimetria de informações entre os titulares, os operadores e a sociedade, inviabilizando, a curto prazo, a consolidação de um ponto de equilíbrio económico-financeiro estável para esses contratos. Instâncias públicas responsáveis pelo planeamento no nível federal e regional devem estar atentas e atuantes nos casos de municípios e regiões que padeçam de histórica deficiência económica e de infraestrutura, a fim de que não fiquem apenas essas reservadas ao poder público, quando esse não puder oferecer para o mercado taxas de retorno capazes de sustentar tarifas sociais e a lógica do subsídio cruzado.

É bastante razoável para o contexto aplicarem-se preços diferentes a grupos de consumidores-usuários conforme critérios de localização, renda, equipamentos públicos disponíveis e outros indicadores socioeconómicos. O subsídio cruzado impõe uma política de preços a partir de regras de compensação entre os administrados e as diferentes operações, permitindo que o sistema contemple os interesses dos usuários de diferentes classes sociais, o que dá a exata dimensão social dessa política pública.⁵⁵⁰

550 CAETANO, Marcello. **Manual de Direito Administrativo**, Volume II. Coimbra: Edições Almedina, 2008, p. 1084-1085. No mesmo sentido: SOLA, Juan Vicente. **Constitución y Economía**. Buenos Aires: LexisNexis, 2004, p. 732.

Diz-se com frequência que os serviços públicos não devem ter carácter lucrativo, mas é necessário esclarecer o sentido da proposição. Se por lucro se entende a margem de benefício resultante da diferença entre o preço cobrado e a importância pela qual ficou ao serviço a prestação fornecida (o custo da produção), tem de rejeitar-se essa afirmação pois é aconselhável e até indispensável que nos serviços económicos se vendam as prestações por preços acima dos custos a fim de permitir o autofinanciamento destinado à renovação e ampliação do estabelecimento, interessar o pessoal na eficiência do trabalho e constituir reservas na previsão de tempos difíceis. [...] Quando se trata de preço político, o cálculo parte não do custo das prestações, mas das possibilidades do eventual consumidor.

Em suma, é o que se defende como meio essencial para garantir o direito de todos os seres humanos à água e ao esgotamento sanitário.

Com antecipação e durante a implantação dos modelos privados de prestação dos serviços, é preciso dimensionar o impacto dessas mudanças e descobrir de que maneira seria possível suprir as deserções do sistema público, coordenado no cenário atual majoritariamente pelas companhias estaduais de saneamento. O protagonismo do Estado não se exaure, porque ele deve definir as políticas planejando o setor; sendo o regulador, o financiador (mediante subsídios) e o fiscalizador. Por tudo isso, percebe-se a relevância da Análise de Impacto Regulatório (AIR), como metarregulação da ação normativo-discrecionária do Estado.

A operação por entidades privadas dos serviços de água e esgotamento sanitário, o que se acentuou bastante em 2020/2021, já se mostra uma realidade em diversos municípios, e é importante que conheçamos essas experiências para pensar de modo mais consistente a conformação de uma nova política para o setor. No ponto que segue, examinaremos casos concretos, alguns extremamente bem-sucedidos e, outros, nem tanto, objetivando sistematizar os modelos existentes de prestação privada dos serviços de saneamento e diagnosticar os problemas

mais comuns nas experiências que já tivemos com cada um desses formatos.

Existem companhias de saneamento e empresas privadas eficientes e ineficientes, então optar por um modelo público ou pela desestatização em diferentes níveis — inclusive a privatização — não necessariamente representará a descoberta de um tipo ideal. A questão principal é acertar o modelo compatível com uma determinada comunidade, respeitando a geografia, um diagnóstico da desigualdade e a força do Estado para, sozinho ou concretizando parcerias, responder pelas demandas sociais.

No caso da base de contratos operada por companhias estaduais, sempre existiu a compreensão de que a política tarifária enfatizava a preocupação social de atender uma parte expressiva dos municípios, independentemente da eficiência econômica dessas operações. E, naturalmente, a expansão e a manutenção da rede, no final das contas, sempre dependeria dos recursos públicos disponíveis, para além da receita decorrente das tarifas.

Como dito muitas vezes, não existem recursos estatais compatíveis com as exigências legais e ambiciosas de universalização do sistema, o que obriga o poder público, Executivo e Legislativo, mediado por órgãos de controle e pelo Poder Judiciário, a criar estímulos para a atração sustentável de recursos privados.

As metas colocadas pela Lei n. 14.026/2020 são desafiadoras, e provavelmente em 2033, ou 2040 para alguns casos, produzirão algum nível de frustração. Não é apenas uma questão de disponibilidade de recursos para investimento e de uma governança mais eficiente dos operadores, pois são as tarifas pagas pelos usuários e uma eventual compensação pública que remuneram o capital privado. Logo, existirá um limite para o crescimento de desempenho e nível de entrega nessa política pública, caso não se amplie a base de usuários comprometidos com a sustentação econômico-financeira dos empreendimentos. Ao mesmo tempo, o dever de universalização horizontaliza a prestação do serviço e traz para o sistema novas economias, que podem colaborar, dentro das suas possibilidades com o equilíbrio sustentável do sistema.

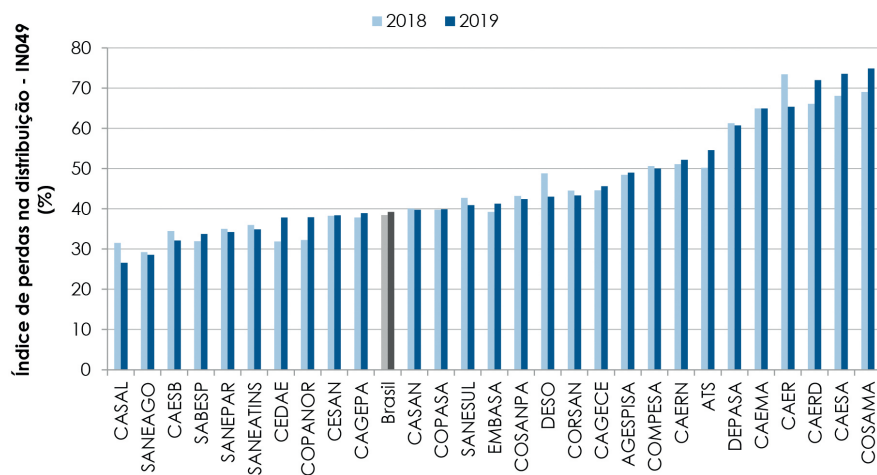
Por princípio, o acesso à água potável representa diretamente um ganho para o usuário, estando acostumado a pagar por isso. De outro lado, o serviço de coleta e tratamento de esgoto é percebido como um benefício de impacto coletivo, sendo um exemplo



típico o processo gradativo de despoluição dos rios. Também por tal motivo, é tradicionalmente mais difícil cobrar do conjunto de usuários essa parcela do serviço público de saneamento. E, de fato, em vários municípios, mesmo quando há uma estrutura instalada, muitas vezes não se consegue conectar o usuário à rede formal existente, e, menos ainda, cobrar pelo serviço. Isso, sem dúvida, representa uma perda econômica importante para qualquer operação que busque um ponto de equilíbrio. Verifica-se a perda física, que depende de reparos na própria rede, mas igualmente nota-se a perda comercial, decorrente das ligações clandestinas, ou, o que pode ser uma consequência, da não conexão dos consumidores com a infraestrutura instalada.

Confira-se, nesse sentido, o índice médio de perdas na distribuição (IN049 do SNIS) dos prestadores de serviços de abrangência regional para os anos de 2018 e 2019 e as médias do Brasil:

Índice de perdas na distribuição (IN049) dos prestadores de serviços de abrangência regional participantes do SNIS em 2018 e 2019, segundo prestador de serviços



Fonte: SNIS, 2019⁵⁵¹

551 Sistema Nacional de Informação sobre Saneamento — SNIS. **Diagnóstico dos Serviços de Água e Esgoto**, 2019. Disponível em: <<http://www.snis.gov.br/diagnosticos>>. Acesso em: 6 fev 2021.

É importante observar que, conforme dados de 2019, apenas dois prestadores apresentam índice inferior a 30% (CASAL/AL, 26,6% e SANEAGO/GO, 28,6%), sendo que os outros onze prestadores apresentaram índices superiores a 30% e inferiores a 40% (CAESB/DF, 32,1%; SABESP/SP, 33,8%; SANEPAR/PR, 34,3%; SANEATINS/TO, 34,9%; CEDAE/RJ, 37,9%. COPANOR, 37,9%; CESAN/ES, 38,4%; CAGEPA/PB, 39,0%; CASAN/SC, 39,8%; e COPASA/MG, 39,9%). Já na faixa de 40 e 50%, estão: SANESUL/MS, 40,9%; EMBASA/BA, 41,3%; COSANPA/PA, 42,4%; DESO/SE, 43,0%; CORSAN/RS, 43,3%; CAGECE/CE, 45,6%; AGESPISA/PI, 49,9% e COMPESA/PE, 50,0%). Por fim, outros oito prestadores apresentaram índices superiores a 50%, são eles: CAERN/RN, 52,2%; ATS/TO, 54,6%; DEPASA/AC, 60,7%; CAEMA/MA, 64,9%; CAER/RR, 65,4%; CAERD/RO, 72,0%; CAESA/AP, 73,6%; e COSAMA/AM, 74,9%.⁵⁵²

Desse modo, permanece a dúvida de como garantir a universalização, a sustentabilidade e a equidade para o sistema brasileiro de saneamento diante de uma população com renda per capita instável. Na verdade, e isto precisa ficar muito claro, combater o desperdício de água — seja por problemas estruturais de vazamento, por furto (as ligações diretas) ou fraude (a intervenção nos hidrômetros) — melhorará a eficiência do sistema, mas não se sabe o quanto será suficiente. Essa é uma convicção defendida ao longo desse trabalho.

2. Modelos de Participação da Iniciativa Privada no Saneamento Brasileiro

2.1. Concessões

A concessão é instrumento de delegação por contrato da execução de serviço público pelo titular desse serviço. Deve dar-se sem exclusividade – quando possível –, a fim de estimular a competição entre interessados, o que costuma funcionar por si só como elemento de regulação da proporção entre tarifa e qualidade do serviço. Por isso mesmo, no plano ideal, a regra geral é a licitação.

552 Sistema Nacional de Informação sobre Saneamento — SNIS. **Diagnóstico dos Serviços de Água e Esgoto**, 2019. p. 90-91. Disponível em: <<http://www.snis.gov.br/diagnosticos>>. Acesso em: 6 fev 2021.

No caso específico do serviço público de saneamento, em sua já destacada condição de monopólio natural, pelas razões aqui já expostas,⁵⁵³ o processo de disputa acontece apenas até a assinatura do contrato, o que eleva sobremaneira a responsabilidade do processo licitatório. A Constituição Federal, no artigo 175, a Lei n. 8.987/1995, a Lei n. 11.079/2004, assim como o marco legal do saneamento, de maneira pontual, todos ocupam-se da teoria geral e das questões de ordem prática que envolvem essa modalidade de delegação da responsabilidade de prestar serviço público no Brasil, mais precisamente, a concessão comum (Lei n. 8.987/1995, art. 2º), além das hipóteses de concessão patrocinada e a concessão administrativa (Lei n. 11.079/2004, art. 2º), o que será tratado posteriormente.

Em contexto de contração fiscal, a concessão comum é o instrumento mais apropriado para o setor, na comparação com as concessões administrativas e concessões patrocinadas, diante da necessidade de transferência de recursos públicos, característica principal desses formatos que descendem da Lei n. 11.079/2004, o marco legal das parcerias público-privadas.

Pela concessão comum, da qual pretende-se falar agora, o agente privado recebe do titular o direito de prestação de serviços numa área por prazo determinado. O concessionário fica autorizado a utilizar a estrutura existente e deve investir para cumprir o cronograma de obras e metas, que obrigatoriamente constará no contrato, ao final do qual a propriedade da estrutura é revertida ao público. A regulação será direta, levada a cabo pela agência reguladora designada pelo titular do serviço. É o pagamento da tarifa pelo usuário a receita principal desse modelo de operação. Não que se impeça a formulação de receitas acessórias, mas não é a regra geral da concessão comum (Lei n. 8.987/1995, art. 11).

Importante destacar ainda que toda concessão envolve a contratação com prazo determinado, e o esgotamento do prazo indica o seu encerramento. O advento do termo contratual extingue a concessão (Lei n. 8.987/1995, art. 35, I). Como efeito imediato, extinta a delegação, retornam ao poder concedente todos os bens reversíveis

553 Ver seção 2.1 desse capítulo.

(art. 23, X, da referida lei). A obra nova, os bens públicos que compuseram a estrutura disponibilizada ao particular para a prestação do serviço, os equipamentos adquiridos pela concessionária, tudo reverterá (ou incorporar-se-á) ao patrimônio público — e a discriminação dos bens revertidos aparece no próprio contrato.

Há inúmeros exemplos no contexto brasileiro presente de experiência de concessão dos serviços de saneamento, tanto parcial quanto total. O primeiro caso é o da cidade de Limeira, no estado de São Paulo. Em 1995, a prefeitura de Limeira apresentou projeto de lei à Câmara de Vereadores, que aprovou a realização de licitação para concessão não onerosa dos serviços de saneamento.

A Companhia Brasileira de Projetos e Obras, do grupo Odebrecht e da francesa Suez Lyonnaise des Eaux, venceu o certame. Os serviços de água e esgoto foram delegados a ela, por um prazo inicial de trinta anos. O edital previa a universalização em até cinco anos, um período razoável, tendo em conta que a cobertura na cidade era já de 98% para os serviços de abastecimento de água e 93% para os serviços de esgotamento sanitário.⁵⁵⁴

A empresa passou a operar em seguida, destacando-se pelo bom atendimento, foco na gestão das perdas e investimento em obras-chave para o desenvolvimento do serviço, o que fez o município alcançar posição de destaque na gestão de perdas e terceira posição no ranking Trata Brasil do saneamento. De 1996 a 2013, o número absoluto de ligações de água aumentou em 21%, e o nível de perda no sistema de abastecimento reduziu-se de 27,73% para 14,46%.⁵⁵⁵

Quanto ao aspecto mais delicado que envolve processos semelhantes, a tarifa, parte mais visível do relacionamento da concessionária com o público, o contrato previa o seu congelamento por seis anos. Até hoje, porém, a tarifa do município de Limeira para todos os serviços oferecidos está abaixo da média praticada no

554 SANCHEZ, Oscar Adolfo. A Privatização do Saneamento. In: **São Paulo Perspec**, v. 15, n. 1, São Paulo jan./mar. 2001, p. 94.

555 SANTANA, Felipe Baldin. **Privatização do Saneamento Básico no Brasil**: um estudo de caso da cidade de Limeira/SP. Campinas: Universidade Estadual de Campinas, 2015, p. 26.

país, inclusive no próprio estado de São Paulo. Um recente estudo do caso de Limeira conclui que:

[...] a concessão do serviço de saneamento foi benéfica do ponto de vista a criar condições favoráveis à manutenção da operação de saneamento e se aproveitou dos investimentos massivos na expansão das redes de abastecimento de água e coleta de esgoto para seguir o movimento nacional na direção da universalização dos serviços de saneamento sem alterar expressivamente a política tarifária aplicada e elevando os níveis de serviço para excelência quando comparados a outros municípios e países do mundo.⁵⁵⁶

No município de Cachoeiro de Itapemirim, Espírito Santo, em 1998, a prefeitura, por meio da Concorrência Pública nº 06/97, selecionou uma empresa para prestar os serviços pelo prazo de trinta e sete anos e seis meses, contados a partir daquele momento, em substituição à autarquia municipal. Os usuários, em sua grande maioria, estavam insatisfeitos com a qualidade do antigo Serviço Autônomo de Água e Esgotos (SAAE), cujos equipamentos e redes ficaram obsoletos devido à falta de investimentos.

Segundo depoimentos coletados pela pesquisa, não houve amplo debate na cidade com as comunidades afetadas, e as decisões de mudança de modelo processaram-se exclusivamente entre Prefeitura e Câmara de Vereadores. Ainda assim, notaram-se importantes avanços no processo. Foi, pela primeira vez, instituída uma política pública de saneamento, até então inexistente, na forma da Lei Municipal n. 4.797/1999.

Outro ponto crucial, repetido em diversos municípios, é que, conquanto a agência reguladora tenha autonomia financeira, não dispõe de autonomia política, pois a ocupação dos cargos é operada pela prefeitura, e os mandatos coincidem com os do executivo municipal. A despeito disso:

556 Ibidem.

[...] há a percepção, por parte da população, de grande melhoria na qualidade dos serviços prestados após a privatização. Ante a precariedade do sistema e a ausência de recursos financeiros no período que a antecedeu, comparados aos investimentos com recursos públicos subsidiados que se seguiram, algumas falas deixam clara a mudança positiva.⁵⁵⁷

Ocorreu, porém, sensível aumento nas tarifas cobradas, a fim de financiar a expansão da rede, em especial na tarifa do esgotamento sanitário.

De todas essas experiências, mais uma vez, evidencia-se que, não obstante o modelo escolhido em determinada região seja a contratação de concessão pelo município diretamente com empresa privada, é essencial que tal contratação esteja em harmonia com as políticas regionais e nacionais. As empresas, quando bem informadas e fiscalizadas pelos órgãos responsáveis de maneira sensível às peculiaridades extra e infrarregionais, tendem a oferecer uma melhora na qualidade dos serviços. As tarifas deverão sempre ser estabelecidas por processos abertos, amplos e democráticos para que não resultem em situações semelhantes às descritas. Hoje, em certa medida, o marco legal do setor externa essas preocupações e oferece alternativas de solução para que a lógica da universalização estabeleça-se de maneira sustentável, não apenas no aspecto ambiental, mas também econômico.

Sobre esse ponto, insiste-se, são positivas as inovações legislativas introduzidas pelo Novo Marco Legal do Saneamento (Lei n. 14.026/2020), que privilegia o modelo de concessão. Tanto para os contratos vigentes quanto àqueles a serem futuramente celebrados, novos requisitos de validade foram instituídos (metas de melhoria de tratamento, redução de perdas, uso racional dos recursos, etc.), com sanções mais palpáveis pelo seu não cumprimento (proibição de distribuição de lucros, por exemplo):

557 OLIVEIRA, Thiago Guedes; REZENDE, Sonaly; HELLER, Léo. Privatização dos serviços de saneamento: uma análise qualitativa à luz do caso de Cachoeiro de Itapemirim. In: **Revista de Engenharia Sanitária e Ambiental**, v. 16, n. 4, out./dez., 2011, p. 400.

LEI 11.445/2007	LEI 14.026/2020
<p>Art. 11. São condições de validade dos contratos que tenham por objeto a prestação de serviços públicos de saneamento básico:</p> <p>I - a existência de plano de saneamento básico;</p> <p>II - a 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;</p> <p>III - a existência de normas de regulação que prevejam os meios para o cumprimento das diretrizes desta Lei, incluindo a designação da entidade de regulação e de fiscalização;</p> <p>IV - a realização prévia de audiência e de consulta públicas sobre o edital de licitação, no caso de concessão, e sobre a minuta do contrato.</p> <p>§ 1º Os planos de investimentos e os projetos relativos ao contrato deverão ser compatíveis com o respectivo plano de saneamento básico.</p> <p>§ 2º Nos casos de serviços prestados mediante contratos de concessão ou de programa, as normas previstas no inciso III do <i>caput</i> deste artigo deverão prever:</p> <p>I - a autorização para a contratação dos serviços, indicando os respectivos prazos e a área a ser atendida;</p> <p>II - a 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; [...].</p>	<p>II - a existência de estudo que comprove a viabilidade técnica e econômico-financeira da prestação dos serviços, nos termos estabelecidos no respectivo plano de saneamento básico; [...]</p> <p>V - a existência de metas e cronogramas de universalização dos serviços de saneamento básico. [...]</p> <p>II - a inclusão, no contrato, das metas progressivas e graduais de expansão dos serviços, de redução progressiva e controle de perdas na distribuição de água tratada, 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 e com o respectivo plano de saneamento básico; [...].</p>
	<p>§ 5º Fica vedada a distribuição de lucros e dividendos, do contrato em execução, pelo prestador de serviços que estiver descumprindo as metas e os cronogramas estabelecidos no contrato específico da prestação de serviço público de saneamento básico.</p>

Além disso, como veremos adiante (Capítulo VII), será papel central da Reguladora Nacional (ANA) a padronização dos modelos básicos desses contratos e dos critérios de cálculo tarifário, bem como a fiscalização do seu cumprimento, diretamente ou mediante a aplicação de suas normas pelas agências regionalizadas. Na verdade, não é a intenção inicial que a ANA tenha relação direta com os operadores, ou seja, são as agências subnacionais que têm a responsabilidade dessa mediação, por óbvio, quando aderentes ao conjunto de orientações estabelecidas pela reguladora nacional.

A abertura de mercado, um dos pilares do Novo Marco Legal, não apenas exige a licitação, mas que o contrato de concessão seja sempre formalizado se a operação do serviço for responsabilidade de pessoa jurídica que não integra a estrutura administrativa do titular. Afora a licitação, o contrato de concessão deverá submeter-se a um conjunto de cláusulas mínimas discriminadas na Lei n. 8.987/1995 e às exigências típicas do setor, como por exemplo, a qualidade da água. Se assim não ocorrer, o contrato, por certo, assume os riscos da anulação, sempre dentro da perspectiva proposta pela Lei n. 13.655/2018 – o que exige a avaliação das consequências práticas de eventual decisão nesse sentido.

A competição e a eficiência são pressupostos importantes do novo modelo, imaginando-se que a prevalência de contratos de concessão ou contratos de programa bastante modificados (se renovados) possam representar uma transformação relevante nessa política pública. Não se nega que o setor, em muitas localidades, nem sequer tem a prestação do serviço coberta por um contrato de concessão ou contrato de programa, e essa informalidade, naturalmente, precisa ser imediatamente superada. Agora, diga-se de passagem, não será mais possível firmar contratos de programa em municípios que jamais aderiram formalmente a esse modelo. A alternativa que resta é assumir diretamente o serviço ou trabalhar com a possibilidade de transferência da operação para terceiros depois de um processo licitatório. No caso, tanto pode ser de maneira individual ou coletiva, conforme o contexto daquela localidade.

Tentando antecipar a tendência, espera-se mais modelagens utilizando o contrato de concessão comum como instrumento do que os formatos propostos pela Lei n. 11.079/2004, a Lei das

Parcerias Público-Privadas, a concessão patrocinada e a concessão administrativa. A razão principal é que nas PPPs demanda-se uma contrapartida financeira do poder público, uma alternativa bastante limitada nesse momento. Nas concessões comuns (Lei n. 8.987/1995), ao contrário, o usuário do serviço concentra a responsabilidade de sustentar o empreendimento com o pagamento da tarifa, conforme anteriormente destacado. Todavia, é importante reiterar, os valores pagos pelos contribuintes respondem pela infraestrutura instalada, pela qualidade e dimensão atual do serviço prestado. Assim sendo, em muitos casos, o cumprimento das metas estabelecidas no Marco Legal do Saneamento, a partir da Lei n. 14.026/2020, requererá novos aportes. E, na hipótese de concessão comum, isso implica, em alguma medida, no aumento das tarifas cobradas no setor.

A operação mais eficiente dos sistemas, a reestruturação de políticas e custos relacionados aos recursos humanos, o enfrentamento das perdas físicas e das perdas econômicas, entre outras iniciativas, tentam minimizar os prováveis impactos na política tarifária vigente no setor. E, segundo muitos estruturadores de projetos, é possível manter, melhorar e expandir, com a mesma política tarifária, a operação do sistema.

Obviamente, a redução de perdas de água, em uma situação ideal, precisa ser combatida. Mas não é tão simples assim. O envelhecimento das tubulações, o que é um fato, não tem solução fácil na dinâmica dos grandes centros urbanos. Quando a captação é próxima, os custos de produção da água são menores, então essa manutenção, mesmo que ambientalmente correta, não se justifica do ponto de vista econômico. Ainda, a fraude nos hidrômetros ou as ligações diretas também geram perda de recursos, desequilibrando os contratos de programa, as políticas de subsídio e as concessões. E ações criativas, como legar parcelas do serviço de saneamento para populações em áreas de ocupação irregular, mas consolidada, mesmo que em formatos simplificados, com alguns cuidados, pode propiciar a inclusão formal de novos usuários-contribuintes no sistema.

Progressivamente, trabalha-se na direção de uma recuperação econômica sustentável de todo o sistema, superando as dificuldades já conhecidas com soluções criativas ou que envolvam incorporação de tecnologias inovadoras.

2.2. Parceria público-privada

As parcerias público-privadas não são práticas recentes dos governos; a literatura especializada aponta experiências similares que remontam ao século XVII, na Europa Continental. Porém, a origem dos projetos contemporâneos, tal qual os conhecemos hoje, normalmente é atribuída à constituição, no Reino Unido, da Private Finance Initiative (PFI),⁵⁵⁸ em 1992, pelo governo John Major (1990-1997), do Partido Conservador. No princípio, o discurso em prol da adoção do mecanismo de parceria entre o setor público e o setor privado para o desenvolvimento conjunto de projetos dava-se pela necessidade de angariar investimento privado no contexto de aprofundamento da dívida pública. Mais tarde, com a ascensão do governo Tony Blair (1997-2007), do Partido Trabalhista, introduziu-se a narrativa de que as PPPs agregariam *value for money* (ou custo-benefício) pelos ganhos relativos à distribuição de riscos no exercício da atividade com o parceiro privado.⁵⁵⁹

Com o tempo, as PPPs contemporâneas tornaram-se experiências práticas na Europa Continental, como observou-se na Alemanha, na Espanha, na Holanda, na França, em Portugal e na Suíça, chegando à América do Norte, com os Estados Unidos e o Canadá,⁵⁶⁰ e também à América Latina e ao Caribe, onde dezessete países apresentam ao menos uma unidade de PPP, dentre estes o Brasil, o Chile, a Colômbia, o México e o Peru.⁵⁶¹

Em um primeiro momento, as PPPs foram utilizadas para a realização de projetos de infraestrutura, mormente nos setores de transporte, energia e saneamento,⁵⁶² sob a defesa de que a

558 O programa de estímulo de estruturação de PPPs no Reino Unido.

559 TEICHER *et al.* **Sharing Concerns: Country Case Studies in Public-Private Studies.** Newcastle: Cambridge Scholars Publishing, 2019, p. 1-2.

560 *Ibidem*, p. 2-3.

561 GARCIA-KILROY; RUDOLPH. (coord.). **Financiamento Privado de Infraestruturas através de PPPs na América Latina e no Caribe.** Grupo Banco Mundial. Disponível em: <https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/26406/114418ovPT.pdf>. Acesso em: 30 jul. 2020.

562 CLARK; HAKIM. (coord.). **Public Private Partnerships: Construction, Protection and Rehabilitation of Critical Infrastructure.** Cham: Springer, 2019, p. 19-20.

atuação das entidades privadas com finalidade lucrativa representaria ganhos de eficiência e inovação, porquanto seriam pressionadas para diminuir os custos de operação como forma de garantia do que aqui denominamos “Taxa Interna de Retorno” (TIR), o lucro com a respectiva atividade. Da mesma maneira, o Estado eximiria-se de estruturar um projeto para o qual não possuía o conhecimento necessário.⁵⁶³ Cuida-se de um mercado ativo: somente no ano de 2019, registrou-se a implementação de vinte e nove unidades de PPPs na União Europeia, somando transações com valores aproximados a 9,8 bilhões de euros, segundo levantamento do *European PPP Expertise Centre* (EPEC).⁵⁶⁴

Nas duas últimas décadas, as parcerias público-privadas têm sido encaradas também como mecanismos viáveis para a promoção de políticas públicas de grande relevância social, objetivando ganhos na diminuição de desigualdade por meio do provimento de serviços públicos essenciais.⁵⁶⁵ Nessa esteira, as PPPs passaram a ser utilizadas para a consolidação de projetos em outras áreas — para além dos setores de transporte, saneamento e energia —, originalmente resguardadas à atuação direta do Estado *lato sensu*. Com isso, a discussão do uso desses modelos de parcerias passou a figurar como alternativa para a prestação de serviços de saúde,

563 Ibidem, p. 20. “One of the many fundamentally attractive features of PPPs is their ability to save time, money, and effort in the government procurement process. Governments seeking to use the methodology may consolidate many otherwise significant and time-consuming activities into a single solicitation. In other words, instead of hiring a designer (architect), arranging for financing, soliciting bids for construction, overseeing construction, and ensuring maintenance and repair over the life cycle of the infrastructure, governments may hire a competent group or a qualified ‘concessionaire’ to perform all or some of these activities. Using this methodology, governments can focus on their core business of public safety and delivery of quality of life. Other potential benefits to governments include greater price and schedule certainty, innovations available in the private sector, and higher levels of maintenance.”

564 European Investment Bank. **Market Update:** Review of the European PPP Market in 2019. Disponível em: https://www.eib.org/attachments/epec/epec_market_update_2019_en.pdf. Acesso em: 30 jul. 2020.

565 Nesse aspecto, cita-se a iniciativa do Global Infrastructure Hub, o estudo denominado “Inclusive Infrastructure and Social Equity”, um guia prático para estruturação de projetos em infraestrutura com objetivos voltados à promoção de políticas de diminuição das desigualdades sociais. Disponível em: https://cdn.github.org/umbraco/media/2437/gih_inclusiveinfrastructure_full-document_web_art_hr.pdf. Acesso em: 30 jul. 2020.

educação e cultura. E, paulatinamente, o debate tem chegado ao Brasil, inclusive com algumas iniciativas concretas.

Conforme já referido, a literatura internacional⁵⁶⁶⁻⁵⁶⁷⁻⁵⁶⁸ destaca o Reino Unido como pioneiro na modelagem das novas estruturas de parcerias público-privadas contemporâneas a partir da atuação do programa de financiamento do governo britânico, o PFI. Possui também o mercado mais maduro para o desenvolvimento de PPPs.⁵⁶⁹

O Reino Unido, que adota sistema jurídico identificado à *common law*, não dispõe de um marco regulatório específico das parcerias público-privadas. O amparo jurídico para o desenvolvimento de PPPs, apesar de suas especificidades, reside na previsibilidade geral de que as autoridades locais podem contratar entidades privadas para a prestação de serviços públicos.⁵⁷⁰ Inclusive, segundo o *Expertise PPP Centre*, trata-se de aspecto que atribui o balanço necessário entre flexibilidade e segurança jurídica para a estruturação de projetos de PPPs.⁵⁷¹

Em Portugal, diferentemente do que foi observado no Reino Unido, há marco regulatório específico para as parcerias público-privadas, notadamente o Decreto-Lei n. 86/2003⁵⁷² e o diploma legal que o alterou, o Decreto-Lei n. 141/2006⁵⁷³, os quais, em conjunto,

566 European Commission. Expert Panel on Effective Ways of Investing in Health. **Health and Economics Analysis for an Evaluation of the Public-Private Partnerships in Health Care Delivery across Europe (2014)**. Disponível em: https://eupha.org/repository/sections/hsr/003_assessmentstudyppp_en.pdf. Acesso em: 5 ago. 2020.

567 TEICHER *et al.* **Sharing Concerns: Country Case Studies in Public-Private Studies**. Newcastle: Cambridge Scholars Publishing, 2019, p. 1-4.

568 World Health Organization. **A Preliminary Reflection On The Best Practice In PPP In Healthcare Sector: A Review Of Different PPP Case Studies And Experiences (2012)**. Disponível em: https://www.unece.org/fileadmin/DAM/ceci/images/ICoE/PPPHealthcareSector_DiscPaper.pdf. Acesso em: 31 jul. 2020.

569 European PPP Expertise Centre. **United Kingdom/England: PPP Units and Related Institutional Framework (2012)**. Disponível em: https://www.eib.org/attachments/epec/epec_uk_england_ppp_unit_and_related_institutional_framework_en.pdf. Acesso em: 5 ago. 2020.

570 Local Government Act 1993.

571 European PPP Expertise Centre. *Op. cit.*

572 Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1237&tabela=leis. Acesso em: 12 ago. 2020.

573 Disponível em: <https://dre.pt/pesquisa/-/search/539230/details/maximized>. Acesso em: 12 ago. 2020.

configuraram até 2012 uma lei geral das PPPs. Ambos os decretos-lei foram revogados por outro documento legal, o Decreto-Lei n. 111/2012⁵⁷⁴, que, como refere o seu preâmbulo, cria a Unidade Técnica de Acompanhamento de Projetos (UTAP), responsável pela gestão coordenada de todas as PPPs de Portugal. Ainda, a UTAP “disciplina a intervenção do Estado, definição, concepção, preparação, concurso, adjudicação, alteração, fiscalização e acompanhamento global das parcerias público-privadas”. Esse novo marco regulatório das parcerias público-privadas enfoca “um melhor acompanhamento, por parte do Ministério das Finanças, do desenvolvimento dos projetos e, em particular, dos contratos de PPP já celebrados”.⁵⁷⁵

No Brasil, a Lei n. 11.079/2004 institui normas gerais para a licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito dos poderes da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios. Tenta aperfeiçoar a relação entre o Estado e as empresas privadas que exploram a prestação do serviço público e a realização de obra pública como atividade negocial. A delegação da prestação de serviço público aos particulares pode ocorrer por concessão ou por permissão (Lei n. 8.987/1994, art. 2º).

A delegação por concessão envolve sempre grandes investimentos, porque compromete o particular com a realização de obra pública e, em regra, a prestação do serviço decorrente. A Lei n. 8.987/1995, todavia, apresenta uma dificuldade sob o ponto de vista de um futuro concessionário: o não oferecimento de garantias sólidas para o descumprimento do contrato por parte do poder concedente; dessa forma, contratos que envolvam valores mais elevados podem tornar-se pouco atrativos para investidores privados. Sendo assim, em tese, para facilitar a contratação, pensando em estimular o mercado de infraestrutura, o governo apresentou o projeto que culminou na Lei n. 11.079/2004.

Pela referida lei, assumem a condição de poder concedente a administração direta e os seus órgãos, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades

574 Disponível em: <https://dre.pt/pesquisa/-/search/177863/details/maximized>. Acesso em: 12 ago. 2020.

575 Ibidem.

de economia mista e as entidades controladas diretamente ou indiretamente pelo poder público. Essa é uma primeira peculiaridade, porque amplia-se o conceito de poder concedente, ou seja, não são apenas os entes políticos os legitimados à delegação, mas, até mesmo, pessoas jurídicas de direito privado, como as empresas públicas e sociedades de economia mista.

A parceria público-privada nascerá de um contrato administrativo de delegação, sempre de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa. Suas diretrizes estão expressas no artigo 4º da Lei n. 11.079/2004, que assegura a eficiência no desempenho das funções típicas do Estado e o respeito aos usuários dos serviços (beneficiários diretos desse modelo de contratação) e aos contratantes, parceiros das iniciativas do poder público. Dessa lei, decorre ainda a indelegabilidade das funções de regulação, a produção de atos normativos de caráter infralegal, o exercício do poder regulamentar (atividade típica de Estado) e do poder de polícia — a administrativa, a judiciária e a ostensiva.

São características desse modo de contratação a responsabilidade fiscal na celebração e na execução das parcerias (art. 4º, IV), pois as garantias dadas ao parceiro privado podem inviabilizar o Estado na prestação de todas as suas outras demandas. Na verdade, como existe uma repartição objetiva dos riscos, é essencial, desde o início, a demonstração da sustentabilidade financeira do contrato (art. 4º, VI e VII). Os contratos de concessão patrocinada ou concessão administrativa são modalidades diferenciadas de contrato de concessão, porque, muito embora sofram circunstancial incidência da Lei n. 8.987/1995, a regra é a subordinação a um conjunto especial de diretivas, isto é, as orientações que descendem diretamente da Lei n. 11.079/2004.

O artigo 22, inciso XVII, da Constituição Federal impõe para a União estabelecer as normas gerais de licitações e de contratos, e, no caso, essas primeiras orientações para o objeto central da Lei n. 11.079/2004, qual seja, o contrato de concessão na versão patrocinada e administrativa. Do Congresso Nacional saem as regras, restando para os estados, o Distrito Federal e os municípios legislar sobre matéria específica com relação a essa competência legislativa. Por isso, até o artigo 13 dessa última lei, temos determinações de âmbito nacional aplicáveis a todos os entes da federação, visto que o conceito de concessão comum, patrocinada e administrativa é o

mesmo para qualquer um. Já os artigos seguintes (arts. 14-22) representam norma específica à União e legitimam a produção legislativa dos demais entes, o que compreende a utilização da técnica vertical de repartição das competências.

Em realidade, o artigo 22 da Constituição Federal estabelece competências legislativas à União e, em seu parágrafo único, condiciona a produção de lei complementar nacional para a possível delegação da responsabilidade de legislar sobre as matérias específicas previstas no artigo. Esse desenho não serve para o inciso XVII, porque, no caso em questão, a delegação recebida pela União não abrange o geral e o específico, e sim apenas as normas gerais de licitações e contratos. O Direito Civil (CF, art. 22, I) e a desapropriação (CF, art. 22, II), por exemplo, temas conferidos na íntegra à União, dependem diretamente de lei complementar para ocorrer a delegação do que é específico, enquanto os incisos IX, XXI, XXIV e XVII, em especial o último, insiste-se, não dependem de posterior e explícita delegação da matéria específica. Para a União, a Lei n. 11.079/2004 deve ser atendida em sua totalidade; para estados e municípios, aplica-se apenas o disposto nos primeiros treze artigos; e, para os demais, admite-se produção legislativa em sentido diverso.

Quanto à patrocinada, é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas na qual o Estado assume para si a responsabilidade de responder por parte do valor da tarifa. O parceiro privado recebe de duas fontes, porque o Estado contratou, desde o início, que assumiria parte do pagamento do valor correspondente à contraprestação do investimento privado. Esse tipo de concessão envolve o subsídio governamental para concretizar o respeito à modicidade das tarifas (Lei n. 8.987/1995, art. 11). A Lei n. 8.987/1995 já exigia isso, enumerando-o como um dos princípios expressos no artigo 6º, § 1º: “Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas”.⁵⁷⁶

576 A concretização do princípio da modicidade das tarifas está devidamente configurada nos artigos 9º até o 13 da Lei n. 8.987/1995. A tarifa nasce, pois, da melhor proposta na licitação e, segundo o artigo 11, no “[...] atendimento às peculiaridades de cada serviço público, poderá o poder concedente prever, em favor da concessionária, no edital de licitação, a possibilidade de outras fontes provenientes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, →

Para assegurar uma menor tarifa, o Estado, desde os primeiros contratos, poderia ter assumido a responsabilidade do pagamento parcial dessa. Agora, contudo, essa hipótese recebe nome próprio, e as garantias oferecidas ao particular aumentam: é a concessão patrocinada. Em outras palavras, toda vez que envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários, a contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado.⁵⁷⁷ Ainda, ressalta-se, o artigo 10, § 3º, da Lei n. 11.079/2004 estabelece que as concessões “[...] patrocinadas em que mais de 70% (setenta por cento) da remuneração do parceiro privado for paga pela administração pública dependerão de autorização legislativa específica”.

A concessão administrativa, por sua vez, representa “[...] o contrato de prestação de serviços de que a administração pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva a execução de obra ou o fornecimento de instalação de bens” (Lei 11.079/2004, art. 2º). Os objetos centrais são a prestação de serviços — que não se restringe ao tema dos serviços públicos — e a eventual obra ou instalação de bens. O Estado pagará pelo serviço que lhe for prestado, devolvendo ao particular investidor o capital imobilizado, assim como os demais usuários responderão pelo serviço usufruído — cada um no limite da própria fruição. As PPPs no setor de saneamento, quando coordenadas pelas companhias estaduais, têm privilegiado esse formato.

A construção e a administração de presídios, escolas, hospitais públicos e o serviço de saneamento, um processo de desestatização de atividades tradicionalmente assumidas pelo Estado, poderiam

→ com ou sem exclusividade, com vistas a favorecer a modicidade das tarifas [...]”. Na verdade, a possibilidade de cogitar a delegação da prestação de serviço público e de eventual obra pública, com a divisão de responsabilidades para o pagamento da tarifa correspondente entre o Estado e o usuário, sempre foi algo admitido e estimulado.

577 A concessão para construir nova estrada (em local de difícil acesso) e, posteriormente, para prestar o serviço público que compreende ambulâncias e caminhões-guincho produziu uma tarifa de valor considerado elevado, porém, foi a proposta vencedora na licitação. O Estado, prevendo tal hipótese, faz constar no contrato que responderá por um percentual, estendendo à comunidade uma tarifa que não representa restrição insuperável ao direito de ir e vir: é a concessão patrocinada. De fato, o Estado está propiciando ao particular algumas fontes alternativas de receita, concretizando, desta maneira, o princípio da modicidade das tarifas, visto que não sacrifica o usuário com a incumbência de assumir o custo final de todo o empreendimento.

ser objetos dessa forma de contratação. O particular responde pelo desempenho da atividade, contrata os trabalhadores e recebe por isso. É um processo que desencadeia a progressiva diminuição da interferência do regime jurídico de direito público na prestação de serviço tipicamente estatal. Os professores, os médicos e os engenheiros serão todos celetistas vinculados ao empresário-concessionário, o que flexibiliza a relação do Estado com os operadores de sua atividade-fim — os agentes públicos ou os particulares em regime de colaboração que não passaram pelo filtro do concurso de provas ou de provas e títulos. Na saúde, é importante essa ressalva, a delegação de serviços médicos, para além da infraestrutura e equipamentos, ainda é um tema polêmico, especialmente quando se busca os exemplos de outros países.

Na concessão patrocinada, o privado é remunerado por uma combinação entre tarifa e contraprestação pecuniária do poder público; já na concessão administrativa, não há cobrança de tarifa, sendo a remuneração do privado feita por contraprestação do poder público apenas. No primeiro tipo, são concedidos serviços públicos ou obras públicas (art. 2º, § 1º), e, no segundo, “serviços de que a administração pública seja usuária direta ou indireta” (art. 2º, § 2º). Nas hipóteses de participação de agentes privados no setor de saneamento, a regra dos casos existentes parece ser a de concessão administrativa entre as companhias estaduais e prestadoras privadas.

Art. 2º Parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa.

§ 1º Concessão patrocinada é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas [...] quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários, contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado.

§ 2º Concessão administrativa é o contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens.

O contrato de PPP possui algumas peculiaridades adicionais. Por exemplo, deve ter um valor mínimo de R\$ 10 milhões, duração de

cinco a trinta e cinco anos, e seu objeto não pode ser exclusivamente o fornecimento de mão de obra, o provisionamento e a instalação de equipamentos ou a execução de obra pública (art. 2º, § 4º).

§ 3º Não constitui parceria público-privada a concessão comum, assim entendida a concessão de serviços públicos ou de obras públicas [...], quando não envolver contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado.

§ 4º É vedada a celebração de contrato de parceria público-privada:

I - cujo valor do contrato seja inferior a R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais);

II - cujo período de prestação do serviço seja inferior a 5 (cinco) anos; ou

III - que tenha como objeto único o fornecimento de mão de obra, o fornecimento e instalação de equipamentos ou a execução de obra pública.

Uma amostra dessa modalidade de concessão administrativa no setor de saneamento é o contrato de PPP entre a Companhia Riograndense de Saneamento (Corsan) e o Consórcio AEGEA, visando à universalização do esgotamento sanitário na Região Metropolitana de Porto Alegre. Estima-se que aproximadamente um milhão e meio de pessoas, habitantes das nove cidades atendidas, serão beneficiadas.

O investimento divide-se em R\$ 370 milhões em obras pela Corsan e R\$1,03 bilhão da parte da Aegea para expansão do sistema de esgoto, afora R\$ 374 milhões para ações comerciais e operacionais, totalizando 1,77 bilhão (valores históricos). O contrato tem vigência de trinta e cinco anos (cláusula 2.1),⁵⁷⁸ no valor de R\$ 6,92 bilhões, pagos ao longo do tempo pelo poder público.⁵⁷⁹

578 As citações seguintes referem-se à cópia do contrato. Disponível em: <https://www.corsan.com.br/upload/arquivos/202005/12114351-contrato-ppp-assinado.pdf>. Acesso em: 2 jul. 2020.

579 Disponível em: <https://www.corsan.com.br/governador-assina-contrato-da-ppp-da-corsan-para-a-regiao-metropolitana>. Acesso em: 30 jun. 2020.

Ficarão afetos à concessão os bens existentes e futuros, “integrantes de sistemas de esgotamento sanitário” dos municípios, “considerados como necessários ao cumprimento” de seu objeto (6.1), não podendo alienar-se pela concessionária (6.2). Ao fim do prazo contratado, serão revertidos à companhia concedente (8.1). Cada alteração de quadro societário e capital social da concessionária (5.7), negociação que envolva os bens afetos (6.4), contratação de financiamentos (13.2), garantia (14.3) ou seguro (15.1) deve ser precedida de ampla prestação de informação à concedente, contando com sua expressa anuência.

Do mesmo modo, o cronograma de expansão da rede de esgoto e o cronograma de universalização serão elaborados previamente pela concessionária, apresentando os estudos necessários (17.2). Exigem aprovação da concedente, tal qual toda alteração subsequente de prazos (17.8). As obras serão constantemente fiscalizadas pela concedente durante a execução (19.1), abrangendo o controle de qualidade dos materiais e equipamentos (19.10), a verificação do não cumprimento de normas técnicas pertinentes e a determinação de imediata substituição às expensas da concessionária (19.11). No limite, havendo desacordo quanto a isso, a questão pode ser levada a comitês técnicos e à arbitragem (19.14).

Aprovado o plano operacional (20.3), a concessionária passará por um período de operação assistida, em que a concedente prestará assistência técnica e acompanhamento intensivo (20.4), até ter aprovação para iniciar operação autônoma, preservando a regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade e cortesia (21.3). Contudo, seguirá tendo de “avisar previamente à Corsan acerca de quaisquer circunstâncias que afetem a qualidade, continuidade [...], que atinjam ou modifiquem as condições de prestação dos serviços” (21.6). A Corsan, por sua vez, mantém seu “livre acesso, em qualquer época, aos dados relativos à administração, à contabilidade e aos recursos técnicos, econômicos e financeiros da concessionária” (23.1).

A cada três anos, haverá revisão dos parâmetros e resultados gerais da concessão, a fim de adequar as especificações mínimas dos serviços, a atualidade das tecnologias e os indicadores (36.1). Existe, ainda, hipótese de intervenção da concedente em caso de “cessão ou interrupção total ou parcial da prestação”, “deficiências graves no desenvolvimento das atividades”, “situações que ponham em risco

o meio ambiente e a segurança de pessoas ou bens” e “descumprimento reiterado dos preceitos estabelecidos no edital, contratos e anexos” (39.1). Há, por fim, sanções e penalidades por inexecução parcial ou total das obrigações contratuais, que vão de advertência e multa à caducidade da concessão e declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a administração pública (41.1).

Nesse tipo de arranjo, portanto, a participação do setor privado não toma o protagonismo que se dá nos casos de concessão abordados no item anterior, ficando sempre responsável perante o ente público (ou companhia estadual de economia mista) pelos estritos serviços que lhe são delegados. Ao ente, continua assegurada a responsabilidade última mesmo no tocante ao órgão regulador, permanecendo em papel de protagonismo de definição dos termos básicos em que se darão as prestações de serviços, delegando apenas aqueles que não é capaz de prestar diretamente, por problemas de organização ou por limitações orçamentárias.

Essa é parte da discussão que antecedeu a aprovação da Lei n. 14.026/2020. Discute-se a eficiência das companhias estaduais, a transparência no cálculo das tarifas. Em tese, acredita-se, as disputas por contratos de concessão, também entre empresas estatais e o setor privado, poderá oferecer uma tarifa justa e realista. As licitações e a formalização dos vínculos a partir da confecção e assinatura de novos contratos tendem a organizar o setor, contando com a coordenação do governo federal, segundo diretrizes gerais estabelecidas pela ANA, por meio de suas normas de referência.

O surgimento das unidades regionais e dos blocos de referência podem facilitar a economia de escala em determinadas regiões, acelerando o processo de universalização do acesso à água potável e ao esgotamento sanitário, além de possivelmente manter a ferramenta do subsídio cruzado. A titularidade dos estados em relação aos serviços de interesse comum e o incentivo para a formação dessas novas estruturas de governança, decorrentes da prestação regionalizada de serviços, para além do que já existe, são igualmente elementos de expectativa dentro desse novo modelo.

2.3. Subdelegação

Desde o ano de 2007, a legislação pertinente aos contratos no setor permite que o ente, público ou privado, a quem o titular

concede a prestação dos serviços de saneamento, subdelegue a terceiro privado, quando não houver disposição contratual em sentido contrário. É importante salientar que quem delega segue responsável perante o titular pela garantia do cumprimento dos planos e das metas e pela manutenção da qualidade dos serviços.

Além da parceria público-privada, comentada anteriormente, outra arquitetura institucional distinta para lidar com a ineficiência do esgoto sanitário é o contrato de subdelegação — da prestação parcial ou total dos serviços até a própria regulação ou fiscalização.

O Novo Marco do Saneamento reconhece tal possibilidade, definindo o regime desse tipo de prestação privada:

Art. 11- A Na hipótese de prestação dos serviços públicos de saneamento básico por meio de contrato, o prestador de serviços poderá, além de realizar licitação e contratação de parceria público-privada, nos termos da Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, e desde que haja previsão contratual ou autorização expressa do titular dos serviços, subdelegar o objeto contratado, observado, para a referida subdelegação, o limite de 25% (vinte e cinco por cento) do valor do contrato.

§ 1º A subdelegação fica condicionada à comprovação técnica, por parte do prestador de serviços, do benefício em termos de eficiência e qualidade dos serviços públicos de saneamento básico.

§ 2º Os contratos de subdelegação disporão sobre os limites da sub-rogação de direitos e obrigações do prestador de serviços pelo subdelegatário e observarão, no que couber, o disposto no § 2º do art. 11 desta Lei, bem como serão precedidos de procedimento licitatório.

Atendidas as condicionalidades legais da comprovação do benefício em termos de eficiência e qualidade dos serviços, pode-se dar seguimento à contratação, remanescendo sempre a delegatária responsável final pela adequada prestação dos serviços.

Um caso recente de subdelegação ocorreu em 17 de fevereiro de 2011, quando a Companhia Estadual de Saneamento de Goiás

(Saneago) abriu processo de licitação, na modalidade “concorrência nacional”, para delegação regionalizada dos serviços públicos de esgotamento sanitário nos municípios Aparecida de Goiânia, Jataí, Rio Verde e Trindade. A Saneago contratou com uma empresa especializada em análise de viabilidade econômico/financeira.

Depois de alguns questionamentos do Ministério Público Estadual e do Tribunal de Contas, pôde finalmente se dar o fundamento das propostas técnicas. A empresa vencedora do certame foi a Foz Goiás Saneamento, do grupo Odebrecht Ambiental, que assinou o Contrato n. 1327/2013, em 19 de julho de 2013, com prazo de vigência de vinte e oito anos.

A implantação de obras de melhorias na Estação de Tratamento de Esgoto (ETE) almejava aumentar a eficiência no tratamento do afluente, melhorando a qualidade do esgoto lançado para adequá-lo às orientações de qualidade contidas no Decreto Estadual n. 1.745/1979. E as tarifas prosseguiram sob vistoria da Agência Goiana de Regulação, Controle e Fiscalização de Serviços Públicos (AGR).

Já é possível medir os impactos causados pela adoção do modelo. Por exemplo, em Jataí, no começo do ano de 2013, início do contrato, o índice de atendimento dos serviços de coleta e tratamento do esgoto era de 58%. O contrato estabeleceu o objetivo de cobertura de no mínimo 90% dos usuários atendidos com abastecimento de água em até seis anos a contar do princípio de sua vigência. As metas mais específicas previstas eram as seguintes:⁵⁸⁰

- Tratamento de esgoto: melhorias na elevatória e na ETE Rio Claro, com a mecanização do tratamento preliminar, implantação de reatores anaeróbios e aeradores, desinfecção do efluente final e remoção de lodo das lagoas existentes;

580 CRUCIOLI, João Igor; SILVA, Thiago Oliveira; TORRES, Lucas Yamauchi; SILVA, Débora Pereira da; LIMA FILHO, Cleomar Rodrigues. Tratamento ineficiente do esgoto sanitário por contrato de subdelegação no município de Jataí: avaliação dos impactos causados aos usuários. In: **XXX Congresso Nacional de Saneamento e Meio Ambiente**. Disponível em: https://www.saneamentobasico.com.br/wp-content/uploads/2019/12/fenasan2019_159.pdf. Acesso em: 6 nov. 2020.

- Interceptores/coletores: ampliação dos interceptores Jataí, Açude e Queixada para a ligação das redes coletoras;
- Elevatórias de esgoto: sem previsão;
- Rede coletora: implantar 300 km de redes coletoras até 2020;
- Ligações de esgoto: implantar 9.071 ligações até 2020.

Conforme relatórios de 2016, realizados pela agência reguladora, que avaliaram o cumprimento das metas e impuseram um novo cronograma físico-financeiro, a eficiência do tratamento continuava inferior àquela prevista pelo Decreto Estadual n. 1.745/79, ainda que a empresa tivesse causado impacto econômico-financeiro significativo sobre a tarifa cobrada dos usuários.

Um recente estudo concluiu, tendo em vista esses resultados, que:

Em busca do avanço no serviço de esgotamento sanitário são necessários maiores esforços pela prestadora, assim como maior atuação da agência reguladora e do poder concedente para regulação e fiscalização dele. O poder concedente já está participando de forma efetiva com a revisão do plano, determinando novas diretrizes e metas que buscam garantir prestação dos serviços de melhor qualidade à população e alocando em seu quadro um departamento para regulação e fiscalização dos serviços de saneamento básico do município de Jataí.⁵⁸¹

A experiência, portanto, serve para alertar a respeito da necessidade de regulação e atuação constante e efetiva do poder concedente nos contratos de delegação, pois os impactos tarifários precisam implicar aumento da cobertura e melhora da qualidade dos serviços subdelegados, sob pena de subverter esses importantes instrumentos.

581 Ibidem.

2.4. Contrato de Performance

Um último caso a ser visto é o do contrato de performance, uma modalidade relativamente nova no Brasil. Consiste na remuneração do agente privado não apenas pela prestação dos serviços, mas também pelo cumprimento de metas contratuais.⁵⁸² Por ser um instrumento legal novo, importado de práticas de outras nações, não há legislação específica sobre o contrato de performance no país. As normas aplicáveis, portanto, encontram-se na Lei das Licitações e Contratações Públicas (Lei n. 8.666/1993) e nas disposições relevantes da Lei das Estatais (Lei n. 13.303/2016), bem como na nova Lei de Licitações (Lei n. 14.133/2021).

A atratividade do contrato de performance reside no fato de que o contratante, isto é, a administração pública, não precisa endividar-se para financiar o contrato. Cabe à empresa contratada “realizar todos os investimentos e prestar todos os serviços necessários [...] antes de receber qualquer pagamento do contratante”.⁵⁸³ Desse modo, os riscos, bem como os custos de planejamento e treinamento, recaem em larga escala na empresa contratada, que dispõe de incentivos para prestar o serviço de modo eficiente, uma vez que a remuneração depende do cumprimento de metas contratuais.

Esse tipo de contrato tem sido empregado por empresas do setor de saneamento com os fins de melhoria da eficiência energética e diminuição das perdas na distribuição de água com resultados bastante promissores.⁵⁸⁴ Os contratos realizados pela Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo (Sabesp) para reduzir as perdas na distribuição de água na capital são uma referência nesse quesito. Eles realizam-se em três fases distintas:

582 ABES. Associação Brasileira de Engenharia Sanitária e Ambiental. **Controle e redução de perdas nos sistemas públicos de abastecimento de água**, 2015, p. 66; IFC. International Finance Corporation. **Manual sobre Contratos de Performance e Eficiência para Empresas de Saneamento em Brasil**, 2013, p. 17.

583 Ibidem, p. 20.

584 Ibidem; COSTA, Fábio Moraes; FERREIRA, Felipe Ramos; RAINHO, Alice Guimarães. Determinantes da Redução da Perda de Distribuição de Água nas Empresas de Saneamento. In: **XXI USP International Conference in Accounting**. 2019. Disponível em: https://congressosp.fipecafi.org/anais/Anais2019_NEW/ArtigosDownload/1736.pdf. Acesso em: 6 nov. 2020.

(i) Implantação, ou fase pré-operatória, que dura cerca de doze meses, mas varia a depender da natureza do contrato, em que pode haver remuneração parcial sujeita ao cumprimento das metas.

(ii) Apuração de performance, que dura de seis a doze meses, também podendo variar. A remuneração é a mesma da primeira fase, mas aqui já se calcula a da fase seguinte, que será fixa.

(iii) Remuneração fixa, que é a fase mais longa, podendo ser de trinta e seis meses, remunerando-se em função dos resultados calculados na fase de apuração.

Um exemplo bem-sucedido foi o contrato realizado pela SABESP para o Setor Vila do Encontro de 2010 a 2014. O setor abrange uma área de 6,7 km² e distribui água para cerca de 100 mil pessoas. Estabeleceu-se uma meta de reduzir o desperdício de água em, no mínimo, 112.852 m³/mês, passando de 1.010.618 m³/mês (*baseline*) para, no mínimo, 897.766 m³/mês. Nota-se que, no período de 2008 a 2012, o índice de perdas de água passou de 51% para 30%,⁵⁸⁵ evidenciando o sucesso da medida adotada.

O contrato de performance é muito propício para intervenções em áreas com estruturas precárias e de difícil acesso. Oferece respostas mais rápidas, produzindo desenvolvimento urbano a partir de soluções customizadas, coletivas ou individuais. Aqui defende-se a perspectiva de uma engenharia social, baseada em acesso facilitado aos fundos que preservam linhas específicas para investimentos com propósito. Não basta apresentar os números de ligações novas de água e esgoto por ano, mas quantas delas ocorreram em favelas. O operador do sistema, em qualquer contexto, precisa estar consciente de que assumirá áreas rentáveis e não rentáveis, e por isso é interessante abrir-se para soluções criativas e sustentáveis — no aspecto ambiental, social e econômico.

3. Participação Privada e Melhoria Global dos Serviços

Comum aos casos apresentados na seção anterior é a participação da iniciativa privada, de algum modo, no sistema de saneamento

585 IFC. *Op. cit.*, p. 46.

básico. No entanto, logo vemos que as diferenças são maiores do que esse ponto em comum entre elas. Os três primeiros casos referem-se ao tipo de governança propriamente dita das empresas prestadoras de serviço de saneamento:

(i) O capital privado pode entrar para aumentar a capacidade de investimento através da abertura do capital de empresas estatais, com essas preservando o controle acionário do Estado. Assim, temos sociedade de economia mista cujo acionista controlador é o Estado.

(ii) No segundo caso temos a abertura de capital de sociedades de economia mista sem reserva do controle acionário do Estado, seguida da efetiva venda das ações públicas para entes privados. Aqui o objetivo não é apenas capitalizar a empresa, mas também transferir a capacidade de gestão para a esfera privada.

(iii) Já o terceiro caso versa sobre a concessão de serviço público diretamente à empresa privada. O titular dos serviços transfere a ente privado os ônus e os bônus da prestação do serviço.

Um contrato de escopo mais amplo e duradouro, envolvendo valores elevados, recomenda a adoção da parceria público-privada. Já para um objeto mais específico, de curto prazo, o contrato de performance pode ser o ideal. De outro lado, quando o Estado realmente não dispõe de recursos para transferir ao concessionário, resta utilizar a concessão comum, o que poderá sobrecarregar o usuário, conforme a dimensão do empreendimento. Atualmente, existe uma tendência no setor de potencializar o uso de contratos de performance, por exemplo, para facilitar iniciativas que tentem levar o serviço de saneamento às áreas de periferia, remunerando a partir dos objetivos concretizados. Alguns fundos trabalham segundo essa lógica, em harmonia com o conceito de *investimento com propósito*, na mesma linha dos critérios ESG.

Cumpre agora expor algumas reflexões à luz dos casos apresentados, mas também de estudos que visam a testar hipóteses a respeito do efeito que o tipo de governança, se pública, privada ou mista, tem sobre a eficiência e a qualidade dos serviços de saneamento no Brasil. Começemos perguntando se, entre os modelos de provisão públicos, privados e mistos, há algum que se sobressaia em relação aos demais?

De início, deve-se reconhecer uma dificuldade imposta à nossa tarefa: a única base de dados unificada no âmbito nacional é, ao

menos por ora, autodeclaratória⁵⁸⁶, cabendo a cada prestador de serviço disponibilizar os dados para o Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento (SNIS), fato gerador de insegurança e assimetria. Destarte, há um problema de confiabilidade das informações a que temos acesso.⁵⁸⁷

Dado esse caráter voluntário da divulgação dos resultados, nos municípios em que o serviço é prestado com maior qualidade, existe uma tendência à maior presteza e transparência na divulgação, o contrário do que ocorre nos locais menos assistidos. As séries históricas modificam-se à medida que municípios que não informavam seus resultados passam a informar, e vice-versa, afora as falhas técnicas do SNIS ao captar e divulgar as informações.⁵⁸⁸ Por isso mesmo, para estruturar os seus projetos, o BNDES tem encontrado dificuldade em estabelecer com precisão o escopo das licitações, justamente pela insegurança proveniente dos números apresentados e das divergências entre companhias estaduais, estados e municípios, quando titulares dos serviços.

De outro lado, as pesquisas de temas relacionados aos serviços de saneamento, em geral, são embasadas em teorias econômicas sobre os incentivos que cada tipo de gestão fornece. Um exemplo de construção teórica encontra-se no trabalho de Andrei Shleifer, o autor russo-americano argumenta, nos idos de 1998, que os modelos privados de provisão mostram-se, usualmente, superiores aos públicos quando os incentivos para inovar e conter custos são altos.⁵⁸⁹

Há, portanto, articulações teóricas acerca de que modelo de prestação é o mais eficiente, em razão das suposições referentes à nossa motivação como agentes econômicos. As hipóteses de

586 Explicação sobre o sistema de coleta de dados do SNIS disponível em: <<http://www.snis.gov.br/menu-coleta-dados>>. Acesso em 21 de junho de 2021.

587 SCRIPTORE, Juliana Souza; JÚNIOR, Rudinei Toneto. A estrutura de provisão dos serviços de saneamento básico no Brasil: uma análise comparativa do desempenho dos provedores públicos e privados. **Revista de Administração Pública**, v. 46, n. 6, 2012, p. 1482; SAIANI, Carlos Cesar Santejo; AZEVEDO, Paulo. **Privatização do Saneamento Básico faz bem à Saúde?** ANPEC — Associação Nacional dos Centros de Pós-Graduação em Economia, 2014, p. 3.

588 SCRIPTORE, Juliana Souza; JÚNIOR, Rudinei Toneto. *Op. cit.*, p. 1488.

589 SHLEIFER, Andrei. State versus Private Ownership. **Journal of Economic Perspectives**, v. 12, n. 4, p. 133-150, 1998, p. 147.

pesquisas empíricas podem tornar-se um modo de corroborar ou refutar as especulações baseadas na racionalidade econômica na área do saneamento.

Estamos longe de chegar a um consenso em termos de que modelo de provisão, se público, privado ou misto, é o mais adequado ante a experiência observável no Brasil. Embora alguns estudos apontem para melhores resultados vindos da iniciativa privada,⁵⁹⁰ outras pesquisas são mais céticas, não verificando diferenças significativas atribuíveis aos tipos distintos de gestão.⁵⁹¹ Ana Léa de Ribeiro Lemos compara o desempenho de empresas públicas, privadas e de economia mista⁵⁹² nos períodos de 2010 a 2017, com base em indicadores do SNIS.⁵⁹³ A autora separa três conjuntos de indicadores: (i) indicadores operacionais e de atendimento de água e de esgoto; (ii) indicadores econômico-financeiros e administrativos de água e de esgoto; (iii) indicadores de qualidade de água e de esgoto.

Confrontando os desempenhos desses três tipos de governança nos três conjuntos de indicadores, destacou quais saíram-se melhor e tiveram maior evolução do desempenho entre um período e outro. Um resultado interessante desse trabalho é a evidência contrária a uma suposição comumente feita na teoria: a de que prestadores de serviços privados, em contextos em que não há competição, optariam por reduzir custos em detrimento da qualidade dos serviços. Como vemos na tabela a seguir, as empresas privadas,

590 SAIANI, Carlos Cesar Santejo; AZEVEDO, Paulo. *Op. cit.*; VARGAS, Marcelo Coutinho; LIMA, Roberval Francisco de. Concessões privadas de saneamento no Brasil: bom negócio para quem? **Ambiente & Sociedade**, v. 7, n. 2, p. 67-94, 2004.

CABRAL, Lorena Soares Laia *et al.* Privatizar ou não privatizar? Uma análise longitudinal dos serviços de abastecimento de água no Brasil. **Revista de Engenharia Sanitária e Ambiental**, v. 23, n. 4, p. 811-822, 2018.

591 SCRIPTORE, Juliana Souza; JÚNIOR, Rudinei Toneto. *Op. cit.*; BARBOSA, Raphael de Paiva; BASTOS, Ana Paula Vidal. A participação privada na provisão dos serviços de água e esgotamento sanitário no Brasil: um estudo comparativo da eficiência dos prestadores de serviços. **Revista de Estudos Sociais**, v. 15, n. 30, p. 106-130, 2013.

592 A autora denominou “governança híbrida” as empresas de economia mista, seja de controle acionário do Estado, seja de controle acionário privado. Assim, neste comparativo, se confluem os dois primeiros casos apresentados na seção anterior.

593 DE MELO, Ana Léa Ribeiro Lemos. **Comparação de desempenho entre governanças de provisão de serviços públicos**: uma análise para o saneamento básico brasileiro. Universidade Federal de Uberlândia — Instituto de Economia e Relações Internacionais, 2019.

em sua maioria, tiveram desempenho superior nos indicadores de qualidade de água e esgoto ao final do período observado e apresentaram a melhor evolução no mesmo período:

Indicadores/ Governanças/Anos	Melhor desempenho médio?		Melhoria do desempenho médio (de 2010 a 2017)?	
	2010	2017	Maior	Com menor padronização?
Duração e dia das paralisações	Pública	Privada	Privada	Não
Duração e dia das intermitências	Pública	Pública	Pública	Não
Incidência das análises de cloro residual fora do padrão	Híbrida	Privada	Privada	Sim
Incidência das análises de turbidez fora do padrão	Privada	Privada	Híbrida	Sim
Extravasamentos de esgotos por extensão de rede	Pública	Privada	Privada	Sim
Duração média dos serviços executados	Híbrida	Híbrida	Pública	Não
Incidência das análises de coliformes totais fora do padrão	Privada	Privada	Pública	Sim

Síntese dos indicadores de qualidade de água e de esgoto selecionados no SNIS: melhor desempenho médio e maior melhoria do desempenho médio (2010 e 2017).
 Fonte: DE MELO, Ana Léa Ribeiro Lemos. **Comparação de desempenho entre governanças de provisão de serviços públicos**: uma análise para o saneamento básico brasileiro, p. 50.

Por mais coerente que seja uma teoria, o critério de adequação dessa dá-se na prática. O dissenso na literatura quanto à qualidade da prestação privada desses serviços recomenda cautela. Um estudo que vise a comprovar esse tipo de efeito, o da privatização na melhoria dos serviços, precisa lidar com dificuldades enormes.

A necessidade de universalização dos serviços, a nacionalização do exercício do poder regulamentar, a realização de licitações, a formalização (e padronização) dos contratos e o incentivo à prestação regionalizada, no final das contas, pressionam o setor no Brasil

para uma ampliação da participação privada. Essa é uma verdade inquestionável, ainda que se admita a inevitabilidade de convivência com as companhias estaduais que demonstrarem capacidade econômico-financeira e governança compatíveis com a complexidade do sistema (pelo menos enquanto os contratos de programa continuarem vigendo) – pois mesmo que exista uma data para o encerramento dos contratos de programa, é possível, por exemplo, participar de licitações e vincular-se a contratos de concessão (um movimento comercial que a SABESP/SP tem feito, buscando participar de consórcios). Ainda assim, cada local construirá um modelo não perene, pois as mudanças de cenários, em períodos longos, podem implicar escolhas diferentes mais tarde. Nenhum modelo — público, privado ou público-privado — representa, por si só, a fórmula perfeita.

Por exemplo, há diversas variáveis em operação que podem afetar a qualidade e a eficiência na distribuição de água e esgoto, como a evolução do contexto socioeconômico mais amplo nas regiões analisadas e as diferenças de atitude de todos os agentes envolvidos, desde os provedores até os consumidores.

Há também uma multiplicidade de aspectos que consideramos valiosos na prestação do serviço de saneamento. Quer dizer, embora o fim último com o qual todos concordam seja universalizar o serviço, em um contexto de recursos escassos, discordamos sobre como melhor realizar essa tarefa, que fins intermediários são mais importantes, que meios são mais eficientes. Além disso, quando se fala de universalizar a coleta e o tratamento de esgoto, até 2033, no patamar de 90%, existe uma preocupação a respeito desses 10% que, em tese, não seriam priorizados — regiões periféricas, zonas de favela, etc. Mesmo que essa seja uma conduta oportunista do operador, é algo que o modelo proposto permite acontecer, caso não seja contrastado pela ação do modelador, dos reguladores ou dos controladores externos. Por isso, o BNDES, ou qualquer outro estruturador de projetos, deverá manter-se atento, determinando respostas específicas para esse tipo de demanda por parte do operador público ou privado. Aliás, na revisão dos contratos de programa, ao menos para acrescentar as metas estabelecidas em lei, essa questão também deve ser enfrentada — inclusive constando expressamente nas novas minutas construídas no âmbito das companhias estaduais a partir da orientação dos conteúdos propostos

pela ação regulatória da agência nacional, das subnacionais e das novas especificações previstas em lei.

Nesse cenário, nossa tarefa resume-se a olhar para as experiências anteriores, cotejar suas vantagens e desvantagens e, seja qual for o caminho adotado, mitigar fraquezas e amplificar os seus pontos fortes, conscientes das circunstâncias em que nos encontramos. Tendo isso em vista, podemos retirar algumas lições das breves descrições dos casos mencionados.

A abertura de capital da SABESP/SP, em São Paulo, parece ter sido um meio politicamente aceitável, à época, de elevar os investimentos em saneamento diante da crise orçamentária enfrentada pela companhia, reflexo em grande parte do quadro macroeconômico desfavorável dos anos 1990. A medida teve resultado, visto que o desempenho da companhia é considerado bom em comparação à média brasileira.

Não obstante a crise hídrica de 2014-2015 em São Paulo, a experiência da SABESP/SP mostra-nos que devemos ficar atentos aos possíveis conflitos de interesse, principalmente nessas ocasiões em que a população estiver claramente desassistida. Igualmente, não se pode negligenciar certo tipo de atividade por ela ser menos lucrativa, como no caso da atuação da COPASA/MG no tratamento de esgoto. O serviço de coleta e tratamento de esgoto, assim como a necessidade de levar a infraestrutura de saneamento para áreas de difícil acesso, sempre mostraram-se menos eficientes do ponto de vista econômico, e a forma de enfrentar isso é vincular os contratos de concessão e os contratos de programa ainda vigentes a metas específicas para essas localidades.

Por fim, o fato do desempenho da SABESP/SP ser bom em relação à média brasileira não significa que esteja bom segundo um padrão razoável. O desempenho médio do nosso país decorre do encontro de números entre realidades totalmente desiguais — uns têm o suficiente, outros nada têm.

A experiência bastante criticada da passagem do controle acionário da SANEATINS/TO para uma empresa privada serve como advertência para que prestemos atenção aos aspectos essenciais para o sucesso de privatizações. Primeiro, deve haver, antes de eventual privatização, uma articulação adequada entre as partes envolvidas. Em segundo lugar, cumpre um acompanhamento do contrato, com devidas readequações, visando a maiores

incentivos ou a imposições para que se aumente a cobertura do serviço. De igual importância é a existência de regulação técnica e efetiva.

Dentre as modalidades apresentadas — a concessão, o contrato de parceria público-privada, a subdelegação e o contrato de performance — quando empregadas de modo correto, são técnicas valiosas para a consecução de fins importantes para o saneamento, desde a redução de perdas na distribuição de água, a exemplo dos contratos de performance da SABESP/SP, até a universalização do serviço de coleta e tratamento do esgoto, objetivo da PPP entre CORSAN e AEGEA no Rio Grande do Sul.

Seja qual for a modalidade de governança e as metodologias contratuais utilizadas, valendo-se de parcerias com agentes privados ou não, impende a nós não esquecer o fim último da universalização dos serviços de saneamento básico como um valor indispensável para o exercício da cidadania. Para tanto, faz-se necessário o engajamento em favor de uma regulação independente e estruturada, com capacidade técnica para estabelecer diretrizes razoáveis e força para fazer valer suas determinações e fiscalizar de modo efetivo a atividade dos prestadores de serviço. A Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico (ANA), no limite de suas competências, para além das diretrizes gerais (CF, art. 21, XX), estabelecerá normas de referência, ou normas de conteúdo, o que pode representar risco de invasão de competência da União em relação aos demais entes da federação. Salvo, obviamente, se a aderência a esse novo modelo decorra de uma ação voluntária.

Diante dessa dúvida, o que realmente compromete os reguladores com as normas de referência nacionais e os seus detalhamentos é a necessidade, em algum instante, de acessar os recursos da União para cumprir adequadamente as suas responsabilidades. A Lei n. 9.984/2000, na sua versão mais recente, amplia as competências da União, por meio de sua autarquia de regime especial, no saneamento básico, mas a eficácia desse movimento dependerá da assimilação dessas orientações, dessas boas práticas, pelos subnacionais. E, que fique muito claro mais uma vez, a aderência a esse modelo é ato discricionário do regulador subnacional.

Ademais, é nosso papel exigir: *i)* que a sociedade seja ouvida nos processos capazes de afetar a vida dos cidadãos; *ii)* e que a administração pública e os titulares dos serviços de saneamento ajam



de forma inteligente, movidos pelo interesse público. A relevância do controle social, mais do que a análise do impacto regulatório, pode ser eficaz para escolhas políticas aptas a estabelecer hierarquias corretas nas estruturas de projetos que realmente priorizem a universalização do serviço de saneamento básico enquanto direito transversal.





Capítulo VI

Titularidade e Competência nos Serviços de Saneamento

1. Titularidade dos Serviços de Saneamento

Conforme já esmiuçado, a partir de 1967 foi impulsionada no Brasil a transição da gestão dos serviços de saneamento básico pela administração direta para empresas estatais. Essas tiveram apoio da Superintendência do Desenvolvimento do Nordeste (SUDENE), do Banco Nacional da Habitação (BNH) e do Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID), que liberavam empréstimos às companhias, condicionando-os:

[...] à transferência da concessão dos serviços às empresas mistas, mais capacitadas [...] para a administração dos custos na visão da autonomia tarifária e com melhor suporte técnico-administrativo para a implantação, ampliação e operação dos sistemas de saneamento. Assim, os agentes financiadores pressionaram os municípios a transferirem a operação de seu sistema de saneamento para as empresas estaduais.⁵⁹⁴

Esse era o quadro estabelecido pela política de saneamento do Regime Militar, que tendia à centralização de poder na esfera federal, o que, a seu tempo e naquelas circunstâncias, permitiu a adoção do subsídio cruzado, a priorização de regiões mais desenvolvidas.⁵⁹⁵ A coordenação do sistema a partir do governo federal

594 CARVALHO, Vinícius Marques de. **O Direito do Saneamento Básico**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 109.

595 GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. A Evolução Jurídica do Serviço Público de Saneamento Básico. In: OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; DAL POZZO, Augusto →

era uma boa medida naquele momento, pois a relação da política pública de saúde com o serviço de saneamento básico revelava a necessidade de uma estratégia nacional.

Na Constituição Federal de 1988, desenhou-se uma complexa definição da estrutura federativa, com a confirmação da autonomia administrativa, organizativa, legislativa, financeira e tributária dos municípios. Os quatro artigos dedicados ao tema do saneamento básico (arts. 23, IX; 25, § 3º; 30, V; e 200) são o reflexo da construção das políticas de saneamento iniciadas em 1942. Atribuiu-se ao município a *titularidade* dos serviços de saneamento quando predominasse o interesse local, mas também foi estabelecido que a matéria é de competência comum de todos os entes federados, que devem agir cooperando entre si, por meio de ações conjuntas:⁵⁹⁶

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: [...] IX - promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico;

Art. 25. Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição. [...] § 3º Os Estados poderão, mediante lei complementar, instituir regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, constituídas por agrupamentos de municípios limítrofes, para integrar a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum.

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; [...].

→ Neves. (coords.). **Estudos sobre o Marco Regulatório do Saneamento no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 22-23.

596 BARROSO, Luís Roberto. Saneamento: competência constitucional da União, Estados e Municípios. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 153, jan./mar. 2002, p. 255-270.

Essa complexa teia normativa despertou inúmeros debates ao longo das últimas décadas, a começar pela difícil definição dos limites da noção de *interesse local*, central para a compreensão do campo de atuação da titularidade municipal. Em segundo lugar, pela questão não integralmente resolvida no texto constitucional a respeito da absorção ou não da titularidade dos serviços por um outro ente, um terceiro, uma vez instituída a região metropolitana. No final dos anos 1990 e início dos anos 2000, em que tomou corpo e impulso uma política de estímulo ao investimento privado no setor, a discussão da titularidade voltou para o foco das conversas.

Em realidade, esse é um tema que foi resolvendo-se aos poucos. Tanto o STF quanto a legislação setorial demoraram a enfrentar as zonas cinzentas que resultavam da interpretação literal dos textos legais — a tradição do setor e as dificuldades práticas de administrar o discurso da titularidade municipal nos casos de infraestruturas físicas e naturais obrigatoriamente compartilhadas.

Para a viabilidade de qualquer projeto orientado à desestatização, não bastava privatizar as companhias estaduais, já que os municípios, com o advento do termo contratual, poderiam simplesmente incorporar a infraestrutura instalada, em conformidade com o artigo 42 da Lei n. 8.987/1995 e, posteriormente, o artigo 58 da Política Nacional de Saneamento Básico — Lei n. 11.445/2007, segundo a competência que lhe foi atribuída no artigo 30, inciso V, da Constituição Federal de 1988. A indenização das estruturas não amortizadas, no final das contas, ficava para solução posterior, mediada pelo Poder Judiciário. Agora, caberá à ANA estabelecer a forma de cálculo dos passivos indenizatórios resultantes, por exemplo, de uma não renovação de contrato com uma companhia estadual quando uma empresa privada assumir a gestão dos equipamentos vinculados à operação. Além disso, o artigo 42, § 5º da Lei n. 11.445/2007 condiciona a transferência dos serviços de um prestador para outro à indenização dos investimentos vinculados a bens reversíveis e não amortizados, de modo que o rompimento dos contratos regulares e vigentes mostre-se uma decisão complexa.

O projeto de lei n. 266/1996, que tramitou no Congresso Nacional, de autoria do senador José Serra, tinha como principal escopo transferir a titularidade do serviço de saneamento dos municípios para os Estados-membros. Na hipótese de um mesmo sistema

de produção de água servir mais de um município, o assunto tornaria-se uma competência do Estado-membro.

Como dito anteriormente, depois, na mesma direção, surge o PL n. 4147/2001 — repetindo o PL n. 53/1991 —, de iniciativa do Poder Executivo. Tentava instituir as diretrizes nacionais para o setor, mas sempre priorizando a transição do modelo público para o modelo privado. Destaca-se no projeto a distinção entre *interesse local* e *interesse comum*; aparece em detalhes no artigo 2º, incisos II e III, separando o espaço de competência dos estados em relação ao interesse local dos municípios. Havia realmente uma preocupação de solucionar esse assunto. Em síntese, o serviço de interesse local continuava sendo competência dos municípios, enquanto os serviços de interesse comum — aqueles em que ao menos uma das atividades, infraestruturas ou instalações operacionais têm repercussão em dois ou mais municípios, integrantes ou não de região metropolitana, aglomeração urbana ou microrregião — viravam competência do estado. Assim estava expresso no artigo 4º do projeto de lei:

[...] É titular dos serviços públicos de saneamento básico:

I — o Município, nos serviços de interesse local;

II — o Distrito Federal, em sua área geográfica;

III — o Estado, nos serviços de interesse comum. [...].

Nenhum dos projetos obteve sucesso, mas o STF veio a debruçar-se de forma detida sobre a matéria ao tratar da prestação dos serviços nas regiões metropolitanas. Por meio da ADI n. 1.842, o Partido Democrático Trabalhista (PDT) questionou a constitucionalidade de alguns artigos da Lei Estadual n. 2.869/1997 do Rio de Janeiro, que criava a Região Metropolitana e a Microrregião dos Lagos, atribuindo ao Estado as funções executiva e administrativa de ambas naqueles interesses metropolitanos e comuns, entre eles o serviço de saneamento. O debate centrou-se justamente nos dispositivos que regulamentavam a política tarifária desses serviços, o que, segundo o partido, feria o equilíbrio federativo, a autonomia municipal e a divisão constitucional de competências entre União, Estados-membros e Municípios.

O relator, ministro Maurício Corrêa, votou pelo desprovisionamento da ação, com o seguinte argumento: interesses que transbordam

as fronteiras de cada município podem condicionar a autonomia de municípios individuais que estejam conectados a ponto de constituir regiões metropolitanas. A titularidade originária do município poderia ser relativizada em “circunstâncias territoriais, típicas de municípios limítrofes [...] que se estendem ao longo de todo o seu território, unindo-se à área urbana dos municípios vizinhos [...] e exigindo uma atuação conjunta, organizada, dirigida e planejada por terceira entidade, no caso, o Estado”.⁵⁹⁷ Corrêa considerou que essas regiões metropolitanas constituem uma verdadeira comunhão de interesses, na forma de um ente terceiro com competência para atuação em caso de dependência intermunicipal quanto à estrutura de saneamento ou à bacia hidrográfica compartilhada.

[...] parece-me claro que as questões de saneamento básico extrapolam os limites de interesse exclusivo dos Municípios, justificando-se a participação do Estado-membro. [...] Verificado o interesse regional predominante na utilização racional das águas, pertencentes formalmente ao Estado, o que o torna gestor natural de seu uso coletivo, assim como da política de saneamento básico cujo elemento primário é também a água, resta claro competir ao Estado-membro, com prioridade sobre o Município, legislar acerca da política tarifária aplicável ao serviço público de interesse comum. Não vislumbro, dessa forma, qualquer vício de inconstitucionalidade na lei ordinária impugnada.

Ressalve-se, contudo, que as regiões metropolitanas, os aglomerados urbanos e as microrregiões não configuram entes federativos, e sim, organismos administrativos que visam a dar maior viabilidade à prestação de serviços públicos de titularidade municipal, caso exijam cooperação regional. É uma figura, portanto,

597 STF. ADI 1.842, Relator(a): Min. Luiz Fux, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgada em 06/03/2013, DJe-181, 16-09-2013, p. 26. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630026>. Acesso em: 6 nov. 2020.

intermediária entre Estado-membro e município, instituída mediante lei complementar estadual.

O ministro Nelson Jobim objetou, exatamente nesse sentido, em seu voto: “[...] isso não significa que caiba ao Estado as funções executivas de concretização dos chamados interesses metropolitanos”. A titularidade é municipal, “embora seja, por imposição de lei estadual, uma titularidade que somente pode ser exercida em acordo ou consenso com os demais municípios”.⁵⁹⁸ Em resumo, não há vínculo de subordinação, mas de cooperação, pois se nenhum município terá soberania de decisão, também nenhuma decisão poderá ser tomada sem sua concordância.

Por um lado, a lei estadual encarrega-se de instituir as regiões ou os agrupamentos municipais, de determinar sua função justificada por sua necessidade no interesse comum dos municípios (definido empiricamente) e de elencar as normas procedimentais de decisão. Já a titularidade da prestação dos serviços não deixa a esfera municipal. Conforme o voto do ministro Nelson Jobim:⁵⁹⁹

Aos MUNICÍPIOS caberá a decisão da forma como se organizarão para a prestação de serviços públicos de INTERESSE REGIONAL — se por meio de consórcio, por exemplo — e, principalmente, as decisões de cunho administrativo e legislativo em matéria de interesse comum do AGRUPAMENTO MUNICIPAL. Dessa forma conserva-se: (1) a dimensão meramente decisória e administrativa das REGIÕES METROPOLITANAS; (2) a competência dos ESTADOS para instituírem os agrupamentos; (3) a autonomia municipal; (4) a exigência de integração das funções públicas de interesse comum; e (5) a paridade, igualdade ou proporcionalidade de legitimidade e representatividade das comunas no centro decisório das REGIÕES METROPOLITANAS.

598 Ibidem, p. 76-77.

599 Ibidem, p. 87.

A própria instituição das regiões deve obedecer a critérios não arbitrários, com base na viabilidade econômica e técnica da prestação regionalizada do serviço, atentando-se à conformação da bacia hidrográfica local:⁶⁰⁰

Ao ESTADO cabe a instituição de REGIÕES METROPOLITANAS, AGLOMERADOS URBANOS e MICRORREGIÕES. Cabe, ainda, garantir, por meio dessa aproximação de MUNICÍPIOS, que todos eles possam prestar, adequada e eficaz [sic], o serviço de SANEAMENTO BÁSICO. Uma vez reunidos em aglutinações municipais, cada um desses grupos, por meio de seus órgãos internos de deliberação, decidirão a forma de prestação de serviço e para quem darão a concessão do serviço. Nesses casos, a EMPRESA INTERMUNICIPAL, a EMPRESA PRIVADA CONCESSIONÁRIA ou a COMPANHIA ESTADUAL concessionária deverá prestar o serviço de SANEAMENTO BÁSICO a todos os MUNICÍPIOS e compensar, por meio dos subsídios cruzados, os MUNICÍPIOS lucrativos com os MUNICÍPIOS deficitários.

Alicerçado no entendimento defendido, o ministro votou pela declaração de inconstitucionalidade dos dispositivos que regulassem o regime jurídico das concessionárias ou permissionárias de serviços públicos municipais, em especial os de saneamento básico e os que atribuísssem o controle e a fiscalização desses serviços a órgãos da administração estadual. Todas as medidas deveriam ser tomadas apenas com anuência dos municípios e via convênio de cooperação. Nessa mesma linha de raciocínio, agora poderão ser enquadradas as unidades regionais e os blocos de referência.

Já o ministro Gilmar Mendes defendeu uma solução intermediária: tanto o agrupamento de municípios quanto o estado deteriam

600 Ibidem, p. 118.

a titularidade e o poder concedente dos serviços. Um órgão colegiado tomaria as decisões a esse respeito.⁶⁰¹

O serviço de saneamento básico — no âmbito de regiões metropolitanas, microrregiões e aglomerados urbanos — constitui interesse coletivo que não pode estar subordinado à direção de único ente, mas deve ser planejado e executado de acordo com decisões colegiadas em que participem tanto os municípios compreendidos como o estado federado. Portanto, nesses casos, o poder concedente do serviço de saneamento básico nem permanece fracionado entre os municípios, nem é transferido para o estado federado, mas deve ser dirigido por estrutura colegiada — instituída por meio da lei complementar estadual que cria o agrupamento de comunidades locais — em que a vontade de um único ente não seja imposta a todos os demais entes políticos participantes.⁶⁰²

Nessa solução, levemente distinta daquela apresentada pelo ministro Nelson Jobim, acompanharam-no os ministros Ricardo Lewandowski, Rosa Weber e Marco Aurélio. O entendimento fixado, depois de mais de uma década de controvérsias, foi o de que, nas regiões metropolitanas, a gestão dos serviços de saneamento seria compartilhada entre estado e municípios, embora a lei imponha condições para esse compartilhamento (que haja instalações operacionais compartilhadas).

Segundo Gallaci, existe uma razão para tal regra: “um município sozinho, quando parte de região metropolitana, não pode, em seu território, gerir as funções públicas de interesse comum de forma unilateral, ignorando os municípios restantes e o Estado”.⁶⁰³

601 Ibidem, p. 182.

602 Ibidem, p. 207.

603 GALLACI, Fernando Bernardi. Reflexão acerca das disputas jurídicas envolvendo o setor de saneamento brasileiro. **Revista de Direito Administrativo Contemporâneo**, São Paulo, v. 3, n. 21, p. 95-118, nov./dez. 2015.

O Novo Marco Legal do Saneamento tratou da questão de modo compatível com o entendimento consolidado:

Art. 8º Exercem a titularidade dos serviços públicos de saneamento básico:

I - os Municípios e o Distrito Federal, no caso de interesse local;

II - o Estado, em conjunto com os Municípios que compartilham efetivamente instalações operacionais integrantes de regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, instituídas por lei complementar estadual, no caso de interesse comum.

Veremos à frente, mesmo que o aspecto da titularidade esteja razoavelmente pacificado, a operacionalização do sistema e a competência legislativa continuam demandando respostas, pois dependem dos problemas práticos que surgirem durante a experiência real do novo sistema.

2. Competência Administrativa

Com relação à competência administrativa comum, a União, os Estado-membros e os municípios devem “promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico”.⁶⁰⁴ Assim sendo, terão de reservar recursos para o desenvolvimento de políticas voltadas ao saneamento. A competência legislativa para estabelecer as diretrizes é da União, mas a competência administrativa é comum, o que abre a perspectiva de segregação de funções na concepção e na operação do sistema de saneamento básico entre os entes da federação.

A propósito, o artigo 23, no seu parágrafo único, determina que “leis complementares fixarão 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”. Então, insiste-se, existe um espaço para uma coordenação

604 Constituição Federal, artigo 23, inciso IX.

nacional que, dialogando com as subnacionais, possa organizar o setor, diminuindo deseconomias que surgem quando observa-se um espelhamento de competências e uma perda de recursos pela falta de foco no estabelecimento das prioridades para o contexto de cada localidade. A União, os Estados-membros e os Municípios precisam definir claramente os seus campos de atuação e as suas prioridades de investimento, evitando disputas pelos mesmos espaços de poder.

Ainda, a Constituição determina que 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 das funções públicas de interesse comum”.⁶⁰⁵

O acesso à água potável, o esgotamento sanitário, a limpeza e o manejo de águas pluviais são assuntos de interesse local, competência do Município, mas isso não se desconfigura com a formação de um consórcio público, de direito público ou de direito privado.⁶⁰⁶ Enquanto a Região Metropolitana impõe a adesão,⁶⁰⁷ os consórcios públicos estão mais sintonizados com o conceito de federalismo cooperativo, portanto, não podem prescindir de um contrato (ou convênio) de cooperação. E, mais modernamente, as unidades regionais e os blocos de referência também permitem viabilizar economia de escala a partir do agrupamento de municípios, limítrofes ou não, sob a influência direta do Estado e/ou da União.

No Rio de Janeiro, seguindo-se essa interpretação, surgiu a Lei Complementar n. 87/1997, que instituiu regiões metropolitanas, todas direcionadas para a organização, o planejamento e a execução de serviços de interesse comum. O artigo 3º, inciso II, dessa lei considerava o serviço de saneamento básico como de interesse comum. Conforme já referimos, o esperado julgamento pelo Supremo Tribunal Federal da ADI 1.842 declarou a inconstitucionalidade de parte dessa produção legislativa estadual e reforçou a competência municipal nesse tema, sem, no entanto, avançar sobre

605 Constituição Federal, artigo 25, § 3º.

606 STF, ADI n. 2.337/SC, Rel. Min. Celso de Mello, julgada em 21/6/2002, Tribunal Pleno.

607 STF, ADI n. 1.841/RJ, Rel. Min. Carlos Velloso, julgada em 1º/8/2002, Tribunal Pleno.

como deve ocorrer a prestação dos serviços de interesse comum nas regiões metropolitanas.

Esse é o mesmo destino da Emenda Constitucional n. 7/1999, da Bahia, que tentava restringir o significado da expressão “interesse local” a fim de criar situações em que o serviço de saneamento básico deveria ser considerado competência do Estado. A ideia era interpretar “interesse local” de modo a abranger apenas o serviço de saneamento básico caso o sistema dependesse de recursos naturais de exclusiva propriedade do município, e cuja execução tivesse início e conclusão dentro do seu território (art. 59, V, da Constituição Estadual da Bahia).

3. Competência Normativa

Este debate nos remete à Constituição Federal, que considera competência da União “instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos”.⁶⁰⁸ A habilitação para estabelecer as diretrizes não inibe a produção legislativa estadual e municipal, desde que não contrarie o que está determinado na regra nacional. Entretanto, a definição de *diretrizes* não se iguala à competência privativa para a criação de *normas gerais*, como é o caso das licitações e dos contratos administrativos.⁶⁰⁹

Logo, à União compete instituir as diretrizes do serviço de saneamento básico no Brasil. Esse é o papel desempenhado pela Lei n. 11.445/2007, agora com as significativas alterações advindas do Novo Marco Legal do Saneamento, fruto da Lei n. 14.026/2020. O seu artigo 1º “estabelece as diretrizes nacionais para o saneamento básico e para a política federal de saneamento básico”. Na sequência, o artigo 2º discrimina os princípios fundamentais, que, em qualquer circunstância, devem ser observados na conformação do sistema no âmbito do município. O Novo Marco Legal do Saneamento, no seu artigo 6º, reformula e amplia essa lista de princípios. Sua redação final é a que segue:

608 Constituição Federal, art. 21, inciso XX.

609 Constituição Federal, art. 22, inciso XXVII.

I - universalização do acesso e efetiva prestação do serviço;

II - integralidade, compreendida como o conjunto de atividades e componentes de cada um dos diversos serviços de saneamento, que propicia à população o acesso a eles em conformidade com suas necessidades e maximiza a eficácia das ações e dos resultados;

III - abastecimento de água, esgotamento sanitário, limpeza urbana e manejo dos resíduos sólidos realizados de forma adequada à saúde pública, à conservação dos recursos naturais e à proteção do meio ambiente;

IV - disponibilidade, nas áreas urbanas, de serviços de drenagem e manejo das águas pluviais, tratamento, limpeza e fiscalização preventiva das redes, adequados à saúde pública, à proteção do meio ambiente e à segurança da vida e do patrimônio público e privado;

VI - articulação com as políticas de desenvolvimento urbano e regional, de habitação, de combate à pobreza e de sua erradicação, de proteção ambiental, de promoção da saúde, de recursos hídricos e outras de interesse social relevante, destinadas à melhoria da qualidade de vida, para as quais o saneamento básico seja fator determinante;

VIII - estímulo à pesquisa, ao desenvolvimento e à utilização de tecnologias apropriadas, consideradas a capacidade de pagamento dos usuários, a adoção de soluções graduais e progressivas e a melhoria da qualidade com ganhos de eficiência e redução dos custos para os usuários;

XI - segurança, qualidade, regularidade e continuidade;

XII - integração das infraestruturas e dos serviços com a gestão eficiente dos recursos hídricos;

XIII - redução e controle das perdas de água, inclusive na distribuição de água tratada, estímulo à racionalização de seu consumo pelos usuários e fomento à eficiência energética, ao reúso de efluentes sanitários e ao aproveitamento de águas de chuva;

XIV - prestação regionalizada dos serviços, com vistas à geração de ganhos de escala e à garantia da universalização e da viabilidade técnica e econômico-financeira dos serviços;

XV - seleção competitiva do prestador dos serviços; e

XVI - prestação concomitante dos serviços de abastecimento de água e de esgotamento sanitário.

A partir da lei de 2007, o Brasil definiu um novo conceito de saneamento básico, que engloba um grupo de atividades capazes de ultrapassar a compreensão tradicional, normalmente resumida no binômio água-esgoto. Vale citar a definição legal, que hoje tem redação dada pelo Novo Marco:

Art. 3º Para fins do disposto nesta Lei, considera-se:
I - saneamento básico: conjunto de serviços públicos, infraestruturas e instalações operacionais de:

a) abastecimento de água potável: constituído pelas atividades e pela disponibilização e manutenção de infraestruturas e instalações operacionais necessárias ao abastecimento público de água potável, desde a captação até as ligações prediais e seus instrumentos de medição;

b) esgotamento sanitário: constituído pelas atividades e pela disponibilização e manutenção de infraestruturas e instalações operacionais necessárias à coleta, ao transporte, ao tratamento e à disposição final adequados dos esgotos sanitários, desde as ligações prediais até sua destinação final para produção de água de reúso ou seu lançamento de forma adequada no meio ambiente;

c) limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos: constituídos pelas atividades e pela disponibilização e manutenção de infraestruturas e instalações operacionais de coleta, varrição manual e mecanizada, asseio e conservação urbana, transporte, transbordo, tratamento e destinação final ambientalmente adequada dos resíduos sólidos domiciliares e dos resíduos de limpeza urbana; e

d) drenagem e manejo das águas pluviais urbanas: constituídos pelas atividades, pela infraestrutura e pelas instalações operacionais de drenagem de águas pluviais, transporte, detenção ou retenção para o amortecimento de vazões de cheias, tratamento e disposição final das águas pluviais drenadas, contempladas a limpeza e a fiscalização preventiva das redes; [...].

O PLANSAB representa o eixo central da política federal para o setor de saneamento no Brasil, com repercussões em todo o país, ainda que, segundo consolidado no nosso Direito, os municípios deveriam ser titulares da operação do sistema. Além disso, há um envolvimento dos estados, pois a maioria das localidades estão vinculadas a companhias estaduais.⁶¹⁰ Isto é, faz tempo, há um espaço de coordenação do setor protagonizado pelo governo federal.

A Constituição atribuiu à União Federal a responsabilidade de determinar as diretrizes do saneamento básico, balizadas por uma lista de princípios e pelo seu próprio conceito. Tais diretrizes também revelam-se pela necessidade de o Estado contribuir para a organização dos microssistemas municipais ou regionais (o caso dos consórcios públicos e das regiões metropolitanas). Por isso, o artigo 52 da Lei n. 11.445/2007, mantido pelo Novo Marco Legal, determina a competência da União para elaborar o Plano Nacional de Saneamento Básico.

Parte-se dessa visão ampla para que os municípios, com a participação residual dos estados, possam definir os seus processos, em equilíbrio com o projeto nacional. Um incentivo à integração, historicamente, foi a dependência em relação à União Federal para a obtenção das linhas de financiamento público para o setor, que era o modelo hegemônico no Brasil. O Novo Marco acena com um

610 PINTO, Carolina Mota. (coord.). Nota Introdutória. In: **Saneamento Básico no Brasil**: aspectos jurídicos da Lei Federal n. 11.445/2007. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 20. O quadro tende a mudar com as repercussões do Novo Marco Legal do Saneamento. Ainda não se sabe qual será o nível de desestatização, nem se esse processo será relativamente curto ou longo. O que se sabe é que as mudanças legais têm um claro propósito de promover a desestatização. De todo modo, será um processo gradual.

uso mais explícito desse mecanismo de incentivo: agora, aportes de recursos federais, extremamente reduzidos, é verdade, serão condicionados tanto pela adoção das normas regulatórias de referência da ANA quanto pela adesão às estruturas de prestação regionalizada.⁶¹¹ Dessa forma, repete-se a metodologia empregada no PLANASA para conseguir aderência ao sistema proposto.

Claramente, o acesso aos recursos federais está condicionado à conformação local de ambientes propícios à alocação de recursos privados no setor. Ou seja, diante da demonstrada falta de capacidade de investimentos de cada estado, a solução da nova lei é suprir essa carência por meio do investimento privado. Para a criação de uma estrutura administrativa atraente à participação privada, são utilizados os recursos públicos federais como mola propulsora das padronizações necessárias a esse processo. Assim, o financiamento público federal passa a ser meio, e não fim, de uma adequação dos sistemas subnacionais ao formato proposto pelo Novo Marco Legal. Hoje, como já dito outras vezes, o BNDES tem concentrado-se nas modelagens dos processos de desestatização, para criar condições melhores para a atração de investimento privado para o setor, como por exemplo, utilizando-se da ferramenta do *Project finance non-recourse*. Para tanto, é necessário oferecer para o mercado bons projetos, com uma adequada distribuição de riscos e taxa de câmbio estável.

Se parecia estável também a regulação, o país enfrenta uma mudança significativa após a recente aprovação do Novo Marco do Saneamento. Essa alteração já se anunciava na Medida Provisória n.

611 “Art. 50. A alocação de recursos públicos federais e os financiamentos com recursos da União ou com recursos geridos ou operados por órgãos ou entidades da União serão feitos em conformidade com as diretrizes e objetivos estabelecidos nos arts. 48 e 49 desta Lei e com os planos de saneamento básico e condicionados: [...] VIII — à adesão pelos titulares dos serviços públicos de saneamento básico à estrutura de governança correspondente em até 180 (cento e oitenta) dias contados de sua instituição, nos casos de unidade regional de saneamento básico, blocos de referência e gestão associada. § 1º Na aplicação de recursos não onerosos da União, serão priorizados os investimentos de capital que viabilizem a prestação de serviços regionalizada, por meio de blocos regionais, quando a sua sustentabilidade econômico-financeira não for possível apenas com recursos oriundos de tarifas ou taxas, mesmo após agrupamento com outros Municípios do Estado, e os investimentos que visem ao atendimento dos Municípios com maiores deficit de saneamento cuja população não tenha capacidade de pagamento compatível com a viabilidade econômico-financeira dos serviços.”

844/2018, cujo objetivo envolvia “garantir maior segurança jurídica aos investimentos no setor de saneamento básico e aperfeiçoar a legislação de gestão dos recursos hídricos e a de saneamento básico”. Com a intenção de atrair investimentos privados, a MP teve seu prazo prorrogado por sessenta dias, ao término do qual, não aprovada, perdeu a validade.⁶¹² Porém, praticamente todo o seu conteúdo foi convertido no projeto de lei recentemente aprovado no Congresso, a Lei n. 14.026/2020.

Além de alterar a Lei n. 11.445/2007, o Novo Marco mudou a norma de criação da ANA (Lei n. 9.984/2000), concedendo-lhe poderes para delinear as referências nacionais para a regulação da prestação de serviços públicos de saneamento básico, por seus titulares e suas entidades reguladoras e fiscalizadoras, nos termos do art. 4º-A:

§ 1º Caberá à ANA estabelecer normas de referência sobre:

I - padrões de qualidade e eficiência na prestação, na manutenção e na operação dos sistemas de saneamento básico;

II - regulação tarifária dos serviços públicos de saneamento básico, com vistas a promover a prestação adequada, o uso racional de recursos naturais, o equilíbrio econômico-financeiro e a universalização do acesso ao saneamento básico;

III - padronização dos instrumentos negociais de prestação de serviços públicos de saneamento básico firmados entre o titular do serviço público e o delegatário, os quais contemplarão metas de qualidade, eficiência e ampliação da cobertura dos serviços, bem como especificação da matriz de riscos e dos mecanismos de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro das atividades;

IV - metas de universalização dos serviços públicos de saneamento básico para concessões que considerem,

612 Para mais detalhes da tramitação da MP n. 844/2018, ver a seção 6 do Capítulo III.

entre outras condições, o nível de cobertura de serviço existente, a viabilidade econômico-financeira da expansão da prestação do serviço e o número de Municípios atendidos;

V - critérios para a contabilidade regulatória;

VI - redução progressiva e controle da perda de água;

VII - metodologia de cálculo de indenizações devidas em razão dos investimentos realizados e ainda não amortizados ou depreciados;

VIII - governança das entidades reguladoras, conforme princípios estabelecidos no art. 21 da Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007;

IX - reúso dos efluentes sanitários tratados, em conformidade com as normas ambientais e de saúde pública;

X - parâmetros para determinação de caducidade na prestação dos serviços públicos de saneamento básico;

XI - normas e metas de substituição do sistema unitário pelo sistema separador absoluto de tratamento de efluentes;

XII - sistema de avaliação do cumprimento de metas de ampliação e universalização da cobertura dos serviços públicos de saneamento básico;

XIII - conteúdo mínimo para a prestação universalizada e para a sustentabilidade econômico-financeira dos serviços públicos de saneamento básico.

§ 2º As normas de referência para a regulação dos serviços públicos de saneamento básico contemplarão os componentes a que se refere o inciso I do *caput* do art. 2º da Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007, e serão instituídas pela ANA de forma progressiva.

Questionamentos surgiram quanto à competência para a emissão desses atos normativos infralegais. Isso, como se destacou em outros momentos do trabalho, deverá ser discutido em breve nos autos da ADI n. 6.536/DF, proposta pelos partidos PSOL, PCdoB, PT e PSB. Objeções similares já haviam sido feitas nas discussões sobre a MP n. 844/2018, e a resposta dada pela Comissão Mista à

época ressaltou o caráter não vinculativo das normas de referência editadas pela agência. De fato, é um assunto que carece de amplo debate: se todos os condicionamentos estipulados pelo Novo Marco para o acesso a recursos públicos federais, mediante adesão das agências reguladoras regionais às normas de referência da ANA, não constituem uma estratégia para a mitigação da competência constitucional normativa em nível local e regional.

Atenta-se para o fato de que essas normas de referência — agora elaboradas pela ANA conforme um roteiro estabelecido em sua agenda pública, para orientação dos agentes que venham a prestar serviços de saneamento e dos órgãos responsáveis por sua regulação — dirão respeito a diversas e sensíveis matérias. Uma das questões que poderá normatizar será a própria “governança das entidades reguladoras” (art. 4º-A, § 1º, VIII).

Além disso, as normas versarão sobre: fixação de padrões de qualidade de prestação dos serviços e manutenção dos sistemas de saneamento (art. 4º-A, § 1º, I), que vincularão as agências regionais (arts. 22, II, e 23); estabelecimento de metas de universalização, a serem incluídas em contratos de concessão (art. 5º, § 1º, IV), e de sistema para avaliação periódica e obrigatória (art. 4-B, § 2º) de seu cumprimento (art. 4º-A, § 1º, XII); regulação tarifária padronizada e consistente, pois sua ausência tem gerado o vácuo regulatório para as imensas desigualdades de custos a usuários em diferentes regiões do país (art. 4º-A, § 1º, II); padronização dos instrumentos negociais (art. 4º-A, § 1º, III); uso e reutilização de água tratada (art. 4º, IX); procedimentos de licenciamento ambiental (art. 44).

O Novo Marco elenca, ainda, os princípios básicos a que devem direcionar-se, com destaque à universalização e modicidade da tarifa (art. 4º-A, § 3º, I) e, sempre que possível, à concomitância da prestação de abastecimento de água com o esgotamento (art. 4º-A, § 3º, VIII). Determina, ademais, que estimulem a cooperação dos entes federativos (art. 4º, § 3º, III), ao mesmo tempo que adotem métodos, técnicas e processos adequados às peculiaridades regionais (art. 4º-A, § 3º, IV), um dos desafios centrais para a regulação no setor. E a uniformização das tarifas (art. 4º-A, § 1º, II), afora os óbvios critérios de equilíbrio econômico-financeiro, precisará contemplar mecanismos de subsídio para populações de baixa renda e o compartilhamento de ganhos de produtividade com os usuários (art. 4º-A, § 8º).

Cabe citar também o dispositivo explicitamente impugnado pela referida Ação Direta de Inconstitucionalidade em tramitação:

Art. 4º-B. A ANA manterá atualizada e disponível, em seu sítio eletrônico, a relação das entidades reguladoras e fiscalizadoras que adotam as normas de referência nacionais para a regulação dos serviços públicos de saneamento básico, com vistas a viabilizar o acesso aos recursos públicos federais ou a contratação de financiamentos com recursos da União ou com recursos geridos ou operados por órgãos ou entidades da administração pública federal, nos termos do art. 50 da Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007.

[...]

§ 2º A verificação da adoção das normas de referência nacionais para a regulação da prestação dos serviços públicos de saneamento básico estabelecidas pela ANA ocorrerá periodicamente e será obrigatória no momento da contratação dos financiamentos com recursos da União ou com recursos geridos ou operados por órgãos ou entidades da administração pública federal.

Tal problemática necessitará de atento exame no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, para definir até que ponto essa competência normativa conferida pelo Novo Marco à ANA não viola a competência constitucional dos municípios de legislar sobre assuntos de interesse local (art. 30, I, II e V, CF).

Entendemos, contudo, que, em abstrato, quanto ao conteúdo das normas de referência a serem editadas (por previsão da nova lei), não há inconstitucionalidade patente, e que apenas as normas específicas poderão ser impugnadas por eventual extrapolação de competência normativa. Mas permanece viva a tensão entre o limite da vinculatividade empírica de tais normas para a atividade de municípios e estados e de suas agências reguladoras. A decisão de adesão ou não às *normas de referência* resta prejudicada pelo seu atrelamento ao acesso a recursos federais, que, sabe-se, são essenciais na condução autônoma dos assuntos de interesse local.

Não existe dúvida, um dos pontos principais do Novo Marco é a ampliação da competência regulatória da ANA, colocando-a como primeira referência para as agências subnacionais.

As normas de referência, quando internalizadas, possivelmente reduzirão a insegurança jurídica presente no setor, pois os operadores seguidamente deparam-se com a administração de diferentes regras e parâmetros de fiscalização, com prejuízos evidentes à sua governança. Por exemplo, as chances de não conformidade às obrigações de *compliance* multiplicam-se diante de um conjunto tão diversificado de normas expedidas por entidades diversas. E, em qualquer contexto, os riscos do negócio aumentam a taxa de retorno exigida para os investimentos, na medida em que é preciso precificar qualquer instabilidade. Hoje, o desenho federal, estadual e municipal, quando o enfoque é esclarecer o conjunto de exigência dos programas de integridade públicos pode ser diferente em muito aspectos. O que implica, para a organização interna dos programas de integridade privada uma dinâmica de adaptação e resposta rápida, por exemplo, para diferentes parâmetros de julgamento a respeito da efetividade (ou não), de um determinado aspecto do trabalho desenvolvido em determinada instituição. Isso já acontece para empresas que estabelecem relações com companhias estatais diversas, pois mesmo que o ponto de partida seja o mesmo, internamente as equipes podem personalizar com certa margem de liberdade, inclusive, os seus formulários de *due diligence*. Logo, o que pode inviabilizar a contratação por uma empresa estatal, ou pessoa jurídica de direito público, em alguns contextos terá menor relevância para outro programa de *compliance* anticorrupção

Na verdade, o sobreamento de competências normativas e/ou fiscalizatórias dos órgãos e das entidades controladoras, nacionais e subnacionais, produz uma tensão permanente, reduzindo a competitividade e aumentando a taxa de retorno buscada para os investimentos. Excesso de controle e insegurança jurídica, no final das contas, encarecem o serviço prestado aos usuários, algo grave, já que a maior parte das modelagens delegam para eles a responsabilidade de sustentar os custos do empreendimento — o caso da concessão comum (Lei n. 8.987/1995, art. 2º).

Para produzir algum nível de alinhamento, o Comitê Interministerial de Saneamento Básico (CISB) colaborará na alocação de recursos federais nas ações concretas de incentivo à

regionalização, além de garantir apoio técnico e financeiro da União para os grupos de municípios adequaram suas estruturas de governança e de prestação de serviço às exigências do Novo Marco Legal, o que envolverá, em casos excepcionais, a liberação de recursos não onerosos federais, no intuito de fortalecer a regionalização do sistema brasileiro de saneamento.

Ao mesmo tempo, o alcance das metas também determinará o acesso a políticas de benefícios ou incentivos orçamentários, fiscais ou creditícios. O ponto de partida é a assimilação comprovada das normas de referência expedidas pela agência reguladora nacional, justamente com a intenção do governo federal, com os seus braços, coordenar o desenvolvimento dessa política pública.

Falta, por fim, referir recente debate levado à apreciação do Supremo Tribunal Federal a respeito da competência normativa dos estados em matéria de saneamento. Trata-se da ADI n. 4.454/PR, que objetivava a declaração de inconstitucionalidade do § 3º do art. 210-A da Constituição do Paraná, incluído pela Emenda Constitucional n. 24/2008, a qual restringia a “pessoas jurídicas de direito público ou por sociedade de economia mista sob controle acionário e administrativo, do poder público estadual ou municipal”, a prestação de saneamento e abastecimento de água.

A relatora, ministra Carmen Lúcia, reiterou o entendimento de que, segundo os termos do artigo 175 da Constituição Federal, incumbe ao poder concedente do serviço em questão a regulamentação dos serviços por ele conferidos, não tendo o Estado competência para tal:

Impõe-se, assim, pela norma questionada, seja realizada a prestação dos serviços de saneamento básico por pessoa jurídica de direito público ou sociedade de economia mista estadual ou municipal, retirando dos Municípios a possibilidade de planejamento e autoadministração e obstruindo-lhes o exercício da opção pela concessão dos serviços a empresas privadas mediante prévia licitação e preenchimento dos critérios previstos em lei. Do município foi retirada parcela de sua autonomia para, de maneira responsável e atendendo às peculiaridades locais, observando-se os princípios constitucionais que regem a

Administração Pública, a busca pelo melhor serviço à população.⁶¹³

Da mesma forma, portanto, também não pode o Estado arbitrariamente e unilateralmente definir uma unidade regional para a prestação do serviço e os parâmetros. Nos termos da jurisprudência abalizada do Supremo, é necessário que as decisões acerca da prestação, compartilhada ou não, sejam tomadas por órgãos colegiados que levem em conta tanto os interesses comuns dos municípios quanto os individuais.

4. A Prestação Regionalizada por meio da Região Metropolitana, da Aglomeração Urbana, da Microrregião, da Unidade Regional e do Bloco de Referência: Dilemas de Titularidade e de Obrigatoriedade de Adesão às Estruturas

A partir do advento da Lei n. 14.026/2020, o conceito de regionalização da prestação dos serviços foi modificado para incorporar a modelagem de estruturas, com base em lei ordinária estadual, em lei complementar estadual ou ato do Poder Executivo Federal, sucedido pela constituição de consórcio público. Anteriormente, na redação original do 3º artigo da Lei n. 11.445/2007, a regionalização significava a operação, pelo mesmo prestador, de atividades em mais de um titular do serviço⁶¹⁴, independentemente da formalização de estruturas regionalizadas, de planos regionais de saneamento ou

613 STF, ADI 4.454/PR. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753582488>. Acesso em: 6 nov. 2020. "Impõe-se, assim, pela norma questionada, seja realizada a prestação dos serviços de saneamento básico por pessoa jurídica de direito público ou sociedade de economia mista estadual ou municipal, retirando dos Municípios a possibilidade de planejamento e autoadministração e obstruindo-lhes o exercício da opção pela concessão dos serviços a empresas privadas mediante prévia licitação e preenchimento dos critérios previstos em lei. Do município foi retirada parcela de sua autonomia para, de maneira responsável e atendendo às peculiaridades locais, observando-se os princípios constitucionais que regem a Administração Pública, a busca pelo melhor serviço à população."

614 Art. 3º Para os efeitos desta Lei, considera-se: [...] →

mesmo de manutenção de esferas colegiadas de decisão. Como será explicado no momento da sobreposição desse tema à realidade dos contratos de programa, foi no modelo da redação original da Lei n. 11.445/2007 em que equiparou-se a prestação dos serviços pelas companhias estaduais à prestação regionalizada, paradigma modificado pelo Novo Marco.

Em sentido diverso ao da redação original da Lei n. 11.445/2007, a Lei n. 14.026/2020 introduz a lógica de que a regionalização dos serviços depende da estruturação de territórios que abranjam mais de um município, seja por critérios de viabilidade econômico-financeira e por ganhos de escala (os desenhos de adesão voluntária) ou pelo compartilhamento da infraestrutura necessária à prestação dos serviços (as estruturas de adesão compulsória). Não mais considera-se prestação regionalizada, por si só, àquela em que o mesmo operador atua em mais de um município.

Veja-se o conceito disposto pelo art. 3º, inciso VI e alíneas “a”, “b” e “c” da Lei 11.445/2007:

Art. 3º Para fins do disposto nesta Lei, considera-se: (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020)

[...]

VI - prestação regionalizada: modalidade de prestação integrada de um ou mais componentes dos serviços públicos de saneamento básico em determinada região cujo território abranja mais de um Município, podendo ser estruturada em: (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020)

a) região metropolitana, aglomeração urbana ou microrregião: unidade instituída pelos Estados mediante lei complementar, de acordo com o § 3º do art. 25 da Constituição Federal, composta de agrupamento de Municípios limítrofes e instituída nos termos da Lei nº 13.089, de 12 de janeiro de

→ VI - prestação regionalizada: aquela em que um único prestador atende a 2 (dois) ou mais titulares;

2015 (Estatuto da Metrópole); (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020)

b) unidade regional de saneamento básico: unidade instituída pelos Estados mediante lei ordinária, constituída pelo agrupamento de Municípios não necessariamente limítrofes, para atender adequadamente às exigências de higiene e saúde pública, ou para dar viabilidade econômica e técnica aos Municípios menos favorecidos; (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020)

c) bloco de referência: agrupamento de Municípios não necessariamente limítrofes, estabelecido pela União nos termos do § 3º do art. 52 desta Lei e formalmente criado por meio de gestão associada voluntária dos titulares; (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020)

Como depreende-se do dispositivo acima transcrito, são 5 (cinco) estruturas de regionalização previstas na Lei n. 11.445/2007 (alterada pela Lei 14.026/2020), quais sejam: a Região Metropolitana, a Aglomeração Urbana, a Microrregião, a Unidade Regional e o Bloco de Referência. Tais estruturas têm peculiaridades conceituais, além de diferenças relevantes sobre o exercício da titularidade dos serviços de saneamento, aspecto que dialoga, no mínimo, com o procedimento de formalização (se por lei ordinária estadual, por lei complementar estadual ou ato do Poder Executivo Federal) e com a voluntariedade ou compulsoriedade da adesão dos municípios. Assim, passa-se a explicar cada uma delas.

A Região Metropolitana, a Aglomeração Urbana e a Microrregião são concepções mais bem elucidadas pelo Estatuto da Metrópole (Lei 13.089/2015), especificamente no art. 1º, § 1º, inciso I e art. 2º incisos I e VII:

Art. 1º Esta Lei, denominada Estatuto da Metrópole, estabelece diretrizes gerais para o planejamento, a gestão e a execução das funções públicas de interesse comum em regiões metropolitanas e em aglomerações urbanas instituídas pelos Estados, normas gerais sobre o plano de desenvolvimento urbano integrado e outros instrumentos de governança interfederativa, e critérios para o apoio da União a ações que

envolvam governança interfederativa no campo do desenvolvimento urbano, com base nos incisos XX do art. 21 , IX do art. 23 e I do art. 24 , no § 3º do art. 25 e no art. 182 da Constituição Federal .

§ 1º Além das regiões metropolitanas e das aglomerações urbanas, as disposições desta Lei aplicam-se, no que couber:

I – às **microrregiões** instituídas pelos Estados com fundamento em funções públicas de interesse comum com características predominantemente urbanas;

Art. 2º Para os efeitos desta Lei, consideram-se:

I – **aglomeração urbana**: unidade territorial urbana constituída pelo agrupamento de 2 (dois) ou mais Municípios limítrofes, caracterizada por complementaridade funcional e integração das dinâmicas geográficas, ambientais, políticas e socioeconômicas; [...]

VII - **região metropolitana**: unidade regional instituída pelos Estados, mediante lei complementar, constituída por agrupamento de Municípios limítrofes para integrar a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum; (Redação dada pela Lei nº 13.683, de 2018)

O ponto convergente das referidas estruturas de regionalização, em termos conceituais, é a existência de compartilhamento material de infraestrutura, ou seja, de instalações operacionais entre os municípios nesses territórios. Por isso, fala-se sobretudo em municípios limítrofes, com encontro de malhas urbanas – a denominada “conurbação urbana”. A partir dessa característica, identifica-se a extrapolação do interesse local na prestação de um serviço, passando-se ao campo da função pública de interesse comum, definido pelo Estatuto da MetrÓpole como a “política pública ou ação nela inserida cuja realização por parte de um Município, isoladamente, seja inviável ou cause impacto em Municípios limítrofes” (art. 2º, inciso II).

Além dessas estruturas, que não são exatamente novidades da Lei n. 14.026/2020 por já estarem previstas pela Constituição Federal e pelo Estatuto da MetrÓpole, o Novo Marco Regulatório, para fins

exclusivos do saneamento básico, elenca duas outras figuras: a da Unidade Regional e a do Bloco de Referência. Nessas estruturas, o território não será constituído necessariamente por municípios limítrofes, o aspecto preponderante, ao que tudo indica, é a modelagem econômico-financeira, a conjugação de localidades deficitárias com localidades superavitárias para atribuição de viabilidade econômica por meio de ganhos de escala⁶¹⁵. Entre essas, a principal característica distintiva é o ente federativo responsável pelo desenho técnico: a Unidade Regional é de competência do Estado-membro, ao passo que o Bloco de Referência é da União Federal.

A primeira diferença entre as estruturas de regionalização já previstas pelo Estatuto da MetrÓpole e as novas elencadas pela Lei n. 14.026/2020, e provavelmente a mais importante em termos de consequências práticas, é definir a voluntariedade ou obrigatoriedade da adesão pelos Municípios. Embora o tema esteja relativamente pacificado no âmbito do Supremo Tribunal Federal, ainda causa dúvidas no momento de sua aplicação.

Com relação à Região Metropolitana, à Aglomeração Urbana e à Microrregião, a adesão dos municípios é compulsória, ou seja, esses não poderão insurgir-se em face de tais estruturas de regionalização. Isso porque a modelagem dessas formas de prestação do serviço está ligada à existência material de compartilhamento de infraestrutura operacional, identificando-se a transição do interesse local para o interesse comum. Assim, entende-se que o exercício das atividades de saneamento em um município tem impacto direto em outro município⁶¹⁶, de modo que a regra do artigo 8º, inciso I seja suplantada pela do inciso II da Lei 11.445/2007. Observa-se:

615 Decreto Federal n. 10.588/2020: Art. 2º A prestação regionalizada de serviços de saneamento visa à geração de ganhos de escala e à garantia da universalização e da viabilidade técnica e econômico-financeira dos serviços, com uniformização do planejamento, da regulação e da fiscalização.

616 “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.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI n. 1.842/RJ**. Relator: Ministro Luiz Fux. Redator: Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Brasília/DF. Data da Publicação: 16/09/2013. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630026>>. Acesso em 20 de maio de 2021.

Art. 8º Exercem a titularidade dos serviços públicos de saneamento básico: (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020)

I - os Municípios e o Distrito Federal, no caso de interesse local; (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020)

II - o Estado, em conjunto com os Municípios que compartilham efetivamente instalações operacionais integrantes de regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, instituídas por lei complementar estadual, no caso de interesse comum. (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020)

Trata-se da transformação em lei, especificamente para o saneamento básico, do entendimento do Supremo Tribunal Federal, exarado na ADI n. 1842/RJ. Na oportunidade, a Suprema Corte posicionou-se pela obrigatoriedade dos municípios aderirem aos instrumentos previstos pelo Estatuto da MetrÓpole, com base justamente na ideia de que haveria a extrapolação do interesse local em tais hipóteses. No caso específico, discutiu-se a constitucionalidade da Lei Complementar Estadual n. 87/1997, da Lei Estadual n. 2.869/1997 e do Decreto Estadual n. 24.631/1998, que instituíram a Região Metropolitana do Rio de Janeiro e transferiram a titularidade da prestação de serviços públicos de interesse metropolitano para o Estado do Rio de Janeiro. O ponto de conflito seria a eventual supressão da autonomia municipal em face desses comandos legislativos. Ao fim, o Supremo Tribunal Federal julgou parcialmente procedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade, com base no entendimento de que *i)* “o interesse comum e a compulsoriedade da integração metropolitana não são incompatíveis com a autonomia municipal”⁶¹⁷; *ii)* “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”⁶¹⁸.

617 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI n. 1.842/RJ**. Relator: Ministro Luiz Fux. Redator: Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Brasília/DF. Data da Publicação: 16/09/2013. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630026>>. Acesso em 20 de maio de 2021.

618 *Ibidem*.

Especificamente sobre o exercício do interesse comum em saneamento básico, o Supremo Tribunal Federal ressaltou a necessidade de fortalecimento das instâncias decisórias colegiadas, entre municípios e Estado-membro. Observa-se o seguinte trecho:

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. [...] 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.⁶¹⁹

A necessidade de compartilhamento das decisões estratégicas e técnicas foi absorvida pelo Estatuto da Metrôpole, conforme extrai-se dos seus artigos 7º-A e 8º:

Art. 7º-A. No exercício da governança das funções públicas de interesse comum, o Estado e os Municípios da unidade territorial deverão observar as seguintes diretrizes gerais: (Incluído pela Lei nº 13.683, de 2018)
I - compartilhamento da tomada de decisões com vistas à implantação de processo relativo ao planejamento, à elaboração de projetos, à sua estruturação

619 *Ibidem.*

econômico-financeira, à operação e à gestão do serviço ou da atividade; e (Incluído pela Lei nº 13.683, de 2018)

II - compartilhamento de responsabilidades na gestão de ações e projetos relacionados às funções públicas de interesse comum, os quais deverão ser executados mediante a articulação de órgãos e entidades dos entes federados. (Incluído pela Lei nº 13.683, de 2018)

Art. 8º A governança interfederativa das regiões metropolitanas e das aglomerações urbanas compreenderá em sua estrutura básica:

I – instância executiva composta pelos representantes do Poder Executivo dos entes federativos integrantes das unidades territoriais urbanas;

II – instância colegiada deliberativa com representação da sociedade civil;

III – organização pública com funções técnico-consultivas; e

IV – sistema integrado de alocação de recursos e de prestação de contas.

Por conseguinte, em que pese exista a obrigatoriedade de adesão dos Municípios às estruturas de regionalização cuja base conceitual seja o compartilhamento de instalações operacionais (Região Metropolitana, Aglomeração Urbana e Microrregião) em decorrência da transição do interesse local para o interesse comum, não há o predomínio absoluto do Estado-membro em termos decisórios. Existe, em certa medida, o compartilhamento da titularidade, não propriamente a assunção dessa pelo Estado-membro⁶²⁰. Trata-se, idealmente, de um mecanismo de governança interfederativa em

620 Essa é, inclusive, é direção normativa, uma vez que o art. 8º, inciso II da Lei n. 11.445/2007 fala em exercício da titularidade do “[...] Estado, em conjunto com os Municípios [...], no caso de interesse comum”. De modo que a interpretação mais, digamos, peremptória de que haveria uma transição de titularidade do Município para o Estado-membro não nos parece a mais razoável, à luz, inclusive, dos recentes posicionamentos do Supremo Tribunal Federal a respeito do tema.

que respeitada a autonomia do município – ao menos esse é o discurso legitimador.

Por outro lado, com relação às estruturas regionalizadas trazidas pelo Novo Marco Regulatório do Saneamento Básico (Unidade Regional e Bloco de Referência), a adesão será voluntária. Isso decorre do texto da Lei n. 11.445/2007 e do Decreto Federal n. 10.588/2020. Reitera-se que o artigo 8º, inciso I da Lei n. 11.445/2007 dispôs que a titularidade dos serviços de saneamento será dos municípios e do Distrito Federal “no caso de interesse local”. Caso o município exerça a titularidade por predomínio do interesse local, exige-se dele a anuência para passar a integrar a Unidade Regional ou o Bloco de Referência.

Atenta-se para as regras a respeito do tema:

- Lei 11.445/2007

Art. 8º-A. É facultativa a adesão dos titulares dos serviços públicos de saneamento de interesse local às estruturas das formas de prestação regionalizada. (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020)

- Decreto Federal 10.588/2020

Art. 2º A prestação regionalizada de serviços de saneamento visa à geração de ganhos de escala e à garantia da universalização e da viabilidade técnica e econômico-financeira dos serviços, com uniformização do planejamento, da regulação e da fiscalização.

[...]

§ 5º É facultativa a adesão dos titulares dos serviços públicos de saneamento básico de interesse local às estruturas das formas de prestação regionalizada.

Segundo a lógica do Novo Marco, presume-se de interesse local o serviço não contemplado pelas hipóteses de regionalização com adesão compulsória. Assim, as Unidades Regionais e os Blocos de Referência destinar-se-ão ao desenho de territórios que abranjam mais de um município, mesmo quando haja a predominância do interesse local em tais áreas. Inclusive, é possível a incorporação, nas Unidades Regionais e nos Blocos de Referência, de regiões com exercício de interesse local e de outras com predomínio do interesse comum, conforme extrai-se da previsão legal do artigo 8º,

§ 2º da Lei n. 11.445/2007⁶²¹ e do artigo 2º, § 6º do Decreto Federal n. 10.588/2020⁶²². De todo modo, a adesão às novas estruturas de regionalização dependeria da anuência do titular – do município, quando de interesse local, e do colegiado de Municípios e/ou Estado-membro, quando de interesse comum (Região Metropolitana, Aglomeração Urbana e Microrregião).

O ponto principal das estruturas de adesão voluntária é a identificação de viabilidade econômico-financeira no território taxado como Unidade Regional ou Bloco de Referência. A diretriz dessa discussão tem sido a necessidade de compatibilizar municípios deficitários com municípios superavitários, para que, dentro da região de saneamento, estabeleça-se um subsídio cruzado que auxilie todo o território para o cumprimento das metas de universalização e do padrão de qualidade esperado do serviço. Apesar da voluntariedade da adesão, destacou-se o papel da União Federal no processo como indutora da regionalização por meio de benefícios financeiros – aportes federais aos contratos incluídos em estruturas regionais. Em razão disso, há quem defenda que a referida voluntariedade não será tão real assim:

Na prática, não nos parece que a regionalização seja efetivamente facultativa, já que, ao condicionar a obtenção de recursos financeiros a essa formatação de serviço, a norma deixa pouca margem de escolha

621 Art. 8º Exercem a titularidade dos serviços públicos de saneamento básico: (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020)

[...]

§ 2º Para os fins desta Lei, as unidades regionais de saneamento básico devem apresentar sustentabilidade econômico-financeira e contemplar, preferencialmente, pelo menos 1 (uma) região metropolitana, facultada a sua integração por titulares dos serviços de saneamento. (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020)

622 Art. 2º A prestação regionalizada de serviços de saneamento visa à geração de ganhos de escala e à garantia da universalização e da viabilidade técnica e econômico-financeira dos serviços, com uniformização do planejamento, da regulação e da fiscalização.

[...]

§ 6º As unidades regionais de saneamento básico devem conter, preferencialmente, pelo menos uma região metropolitana, facultada a sua integração por titulares dos serviços de saneamento básico. (Redação dada pelo Decreto nº 10.710, de 2021)

ao ente federado, principalmente se de menor porte ou capacidade financeira.⁶²³

Assim, a prática pode revelar uma “obrigatoriedade de fato” diante da necessidade de recursos para o cumprimento das metas de universalização do art. 10-B da Lei n. 11.445/2007. De todo modo, a legislação é clara ao definir que a adesão à Unidade Regional ou ao Bloco de Referência estará condicionada à decisão político-administrativa do titular do serviço, ainda que a negativa possa inviabilizar a percepção de recursos federais. Além disso, é possível afirmar que, em tese, com a finalidade de garantir a viabilidade econômico-financeira do território contemplado, será possível integrar uma estrutura de adesão compulsória (Região Metropolitana, Aglomeração Urbana e Microrregião) a uma estrutura de adesão voluntária (Unidade Regional ou Bloco de Referência).

Outro aspecto que deve ser considerado é a diferença de procedimentos para a formalização das estruturas regionais. Os instrumentos previstos pelo Estatuto da Metrópole compartilham da peculiaridade de que necessitam de Lei Complementar Estadual, conforme previsto pelo artigo 25, § 3^o⁶²⁴ da Constituição Federal, pelo artigo 4^o da Lei n. 13.089/2015⁶²⁵ e pelo artigo 3^o, inciso I, alínea “a” da Lei n. 11.445/2007. A Unidade Regional, por seu turno, pressupõe a promulgação de uma Lei Ordinária Estadual, na qual constará o desenho dos territórios contemplados após a identificação da viabilidade econômico-financeira da modelagem, ainda pendente da

623 LEONI, Fernanda e GIAMUNDO NETO, Giuseppe. **Gestão Associada e Outros Arranjos Institucionais para a Prestação dos Serviços de Saneamento** (in) DAL POZZO, Augusto Neves. **Lei Federal n. 14.026/2020: O Novo Marco Regulatório do Saneamento Básico**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 214.

624 Art. 25. Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição.
[...]
§ 3^o 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.

625 Art. 4^o A instituição de região metropolitana ou de aglomeração urbana que envolva Municípios pertencentes a mais de um Estado será formalizada mediante a aprovação de leis complementares pelas assembleias legislativas de cada um dos Estados envolvidos.

posterior adesão pelos titulares dos serviços. O Estado-membro é quem tem a competência exclusiva para instituí-la até 1 (um) ano após a aprovação da Lei n. 14.026/2020, ou seja, até 15 de julho de 2021 (art. 15 da Lei n. 14.026/2020⁶²⁶).

Desde 16 de julho de 2021, a União Federal, de modo concorrente ao Estado-membro, poderá, na omissão desse, promover a estruturação dos Blocos de Referência por meio de ato do Poder Executivo⁶²⁷. Destaca-se que o desenho promovido pela União Federal terá as mesmas premissas daquele de competência do Estado-membro, qual seja, a impressão de viabilidade econômico-financeira por meio da conjugação de municípios superavitários e deficitários. A diferença entre ambas as estruturas é que, para além do ato do Poder Executivo, a gestão interfederativa do serviço necessitará da celebração de um consórcio público entre os municípios da região de saneamento, na forma do artigo 3º, inciso VI, alínea “a” da Lei n. 11.445/2007 e do artigo 2º, § 1º, inciso II do Decreto Federal n. 10.588/2020⁶²⁸.

Quanto às Unidades Regionais e aos Blocos de Referência, o Decreto Federal n. 10.588/2020, após alterações do Decreto Federal n. 10.710/2021, estipulou no seu artigo 2º, § 12º, que o cumprimento do processo de regionalização, em termos legais, só estará perfectibilizado a ponto de permitir a alocação de recursos federais quando todo o território do Estado-membro estiver contemplado por estruturas de regionalização. Veja-se:

626 Art. 15. A competência de que trata o § 3º do art. 52 da Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007, somente será exercida caso as unidades regionais de saneamento básico não sejam estabelecidas pelo Estado no prazo de 1 (um) ano da publicação desta Lei.

627 Art. 52 [...] § 3º A União estabelecerá, de forma subsidiária aos Estados, blocos de referência para a prestação regionalizada dos serviços públicos de saneamento básico. (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020)

628 Art. 2º A prestação regionalizada de serviços de saneamento visa à geração de ganhos de escala e à garantia da universalização e da viabilidade técnica e econômico-financeira dos serviços, com uniformização do planejamento, da regulação e da fiscalização.

[...]

III - na hipótese de bloco de referência, com a assinatura de convênio de cooperação ou com a aprovação de consórcio público pelo ente federativo.

Art. 2º A prestação regionalizada de serviços de saneamento visa à geração de ganhos de escala e à garantia da universalização e da viabilidade técnica e econômico-financeira dos serviços, com uniformização do planejamento, da regulação e da fiscalização.

§ 1º Para fins de alocação de recursos públicos federais e de financiamentos com recursos da União, ou com recursos geridos ou operados por órgãos ou entidades da União, será considerada cumprida a exigência de prestação regionalizada:

[...]

§ 12. O cumprimento da exigência de prestação regionalizada de que trata o § 1º, para os serviços de água potável e de esgotamento sanitário, estará condicionado à segmentação de todo o território do Estado em estruturas de prestação regionalizada que apresentem viabilidade econômico-financeira. (Incluído pelo Decreto nº 10.710, de 2021)

Com base no dispositivo transcrito, entende-se que a regionalização deverá dividir todo o território do Estado-membro: em regra, deve-se articular uma forma de promover os desenhos das estruturas regionais sem que haja localidades residuais, que estejam de fora do debate, ainda que isso possa ocorrer de maneira gradual. Tal regra acresce uma dificuldade prática, que é a necessidade de estabelecer um diálogo entre ente federativo responsável pela regionalização e os titulares dos serviços, um processo de convencimento de que a estrutura regional funcionará e que será compatível com o interesse local do serviço. Por isso mesmo, em uma situação ideal, seria preciso mais tempo. Uma alternativa, que parece viável, é propor esses novos desenhos na medida em que esses consensos são construídos, não sendo necessário, dessa forma, uma lei apenas para definitivamente abranger todo o território. Nos exemplos mais recentes, para encontrar com maior facilidade esses pontos de acordo, as propostas de legislação a respeito do assunto separam grandes áreas, um número expressivo de municípios, para em momento posterior encontrar a viabilidade técnica e econômico-financeira desses coletivos – em São Paulo, é o caso da Lei n. 17.383/2021.

Em outras palavras, a partir de uma leitura isolada da Lei n. 11.445/2007 (alterada pela 14.026/2020) e do Decreto Federal n. 10.588/2020, compreende-se que nem todas as Unidades Regionais precisarão ser propostas em uma única lei. Não existe vedação à fragmentação legal do debate; contudo, o § 12º do art. 2º do Decreto Federal n. 10.588/2020 (introduzido pelo Decreto Federal 10.710/2021) parece tentar apressar a regionalização, o que fortalece o movimento pela estruturação das Unidades Regionais em uma única lei. Isso pode ser positivo para induzir o Estado-membro ao debate definitivo da modelagem das estruturas; por outro lado, a agilização do processo pode prejudicar a adesão dos titulares dos serviços, justamente porque depende de um convencimento dos agentes públicos responsáveis por tal decisão político-administrativa.

Dessa forma, é fundamental esclarecer: o caso das Unidades Regionais e dos Blocos de Referência é muito mais delicado, uma vez que não segue o rito legal (necessidade de lei estadual complementar) apontado pela Constituição, sendo constituídos a partir do protagonismo do Estado-membro (com as Unidades Regionais) ou da própria União Federal (com os blocos de referência). E, assim como no caso das normas de referência da ANA, paira acentuada dúvida sobre a constitucionalidade dos instrumentos adotados pelo Novo Marco para a indução à adesão às Unidades Regionais ou Blocos de Referência por parte dos Municípios. Apenas para exemplificar, o artigo 50 da Lei n. 11.445/2007, conforme a nova redação, é inequívoco em penalizar os municípios que não adiram aos blocos com a ausência de alocação de recursos públicos federais e financiamentos:

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

[...]

VIII - à adesão pelos titulares dos serviços públicos de saneamento básico à estrutura de governança correspondente em até 180 (cento e oitenta) dias contados de sua instituição, nos casos de unidade

regional de saneamento básico, blocos de referência e gestão associada.

§1º Na aplicação de recursos não onerosos da União, serão priorizados os investimentos de capital que viabilizem a prestação de serviços regionalizada, por meio de blocos regionais, quando a sua sustentabilidade econômico-financeira não for possível apenas com recursos oriundos de tarifas ou taxas, mesmo após agrupamento com outros Municípios do Estado, e os investimentos que visem ao atendimento dos Municípios com maiores deficits de saneamento cuja população não tenha capacidade de pagamento compatível com a viabilidade econômico-financeira dos serviços.

Caberá ao STF ponderar se tal condução constitui-se em ferramenta legítima de indução, ou indevida ingerência federal sobre a esfera da autonomia municipal. Esse dispositivo está sendo questionado pelos partidos PSOL, PCdoB, PT e PSB na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 6536/DF). Em específico, argumentam que o Novo Marco Legal do Saneamento viola a competência originária municipal pelo fato do arranjo institucional por ele instituído resultar em coercitividade prática da adesão às normas de referência nacionais, por condicionar o acesso ao financiamento da União Federal. Além disso, objetam, por considerarem inconstitucional a possibilidade de instituição de Blocos de Referência pela União Federal, na inércia estadual para a articulação de gestão associada.

Quanto ao ponto, a Advocacia-Geral da União (AGU) manifestou-se referindo, primeiro, que, a instituição de Regiões Metropolitanas, Aglomerações Urbanas e Microrregiões por lei não viola a autonomia municipal, prevista que é pelo próprio artigo 25, §3º da Constituição. Também a prestação regionalizada dos serviços de saneamento, por meio das Unidades Regionais e dos Blocos de Referência, em ocasiões que ultrapassam interesses locais, mas não se limitam ao agrupamento de municípios contíguos também não o faria.

Assim como os consórcios, tratar-se-iam de formas de gestão associada não compulsórias. Segundo a AGU:

[...] a atuação dos Estados e da União na coordenação dessas aglomerações interfederativas não tem o escopo de minimizar ou de se contrapor ao espaço de atuação dos Municípios, mas de induzir a cooperação para a prestação de um serviço público dispendioso, complexo e multifásico.⁶²⁹

Cita, para frisar esse ponto, o artigo 8º da Lei n. 11.445/2007, conforme nova redação aprovada por ocasião do Novo Marco, segundo o qual “*é facultativa a adesão dos titulares dos serviços públicos de saneamento de interesse local às estruturas das formas de prestação regionalizada*”. Contudo, ponderamos que é necessário que a análise dos dispositivos legais deve dar-se em conjunto e tendo em vista as consequências práticas de seus enunciados normativos.

Nesse sentido, a decisão do STF deverá levar em conta também a extensão em que o condicionamento ao acesso aos recursos federais à adesão aos Blocos de Referência de fato se constituirá em medida coercitiva ou que preserva o caráter facultativo. Dessa avaliação, caberá ponderar, por exemplo, se, na maioria dos municípios tais recursos serão vitais e insubstituíveis ou relativamente supérfluos. É o que determina que seja considerado a redação do artigo 20 do Decreto-Lei n. 4.657/1942, acrescentado pela Lei n. 13.655/2018:

Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.

Não se pode esquecer que o PLANASA, desde o início, também criava um ambiente desfavorável para os municípios que não

629 Manifestação da AGU a respeito da ADI n. 6.536/DF, p. 46.

aceitavam o engajamento com o desenho proposto a partir do surgimento das companhias estaduais. Em certa medida, foi o mesmo raciocínio desenvolvido no PLANASA para aproximar os municípios das companhias estaduais para assim beneficiarem-se, direta ou indiretamente, das políticas nacionais para o setor.

Independentemente da solução para esse impasse constitucional, salienta-se que os municípios, titulares dos serviços de saneamento básico, apresentam realidades muito próprias, que dificultam qualquer tentativa de uniformização artificial das políticas para o setor em todo o território nacional. A ANA, no exercício do poder regulamentar, deve medir os impactos de sua ação normativa, conhecer a realidade do país e dimensionar essa complexidade, para então avançar na estratégia originalmente pensada de assumir uma coordenação nacional do setor. O grau de isolamento urbano, a densidade populacional, a suficiência (ou insuficiência) de recursos hídricos, a infraestrutura existente, a capacidade administrativa e financeira são alguns desses elementos básicos de segmentação.⁶³⁰ E, sem dúvida alguma, é importante reiterar, a ANA precisará conhecer o trabalho desenvolvido pelas reguladoras subnacionais, em um contexto de bastante assimetria, ou pelo menos, insegurança na qualidade das informações existentes nos sistemas nacionais (construídos por autodeclaração).

As zonas rurais, a periferia intramunicipal (bairros afastados do centro do município) ou extramunicipal (municípios da região metropolitana) — as cidades periféricas — e as zonas de favela são seguidamente excluídas do sistema, seja com relação ao acesso à água potável ou ao serviço de esgotamento sanitário. Logo, a ANA precisa explorar a fundo essas realidades, inclusive para conceber padrões normativos e tarifários que compreendam que os maiores investimentos ocorrerão em coletivos incapazes de sustentar o equilíbrio econômico-financeiro das operações, tornando o instituto do subsídio cruzado, com novas roupagens, um elemento de sobrevivência do sistema. O cálculo para identificar as economias de escala nos conjuntos de municípios, seja nas unidades regionais

630 CUNHA, Alexandre dos Santos *et al.* Poder Concedente e Marco Regulatório no Saneamento Básico. **Cadernos Direito GV**, v. 2, São Paulo, mar. 2006, p. 38.

ou nos blocos de referência, depende desse nível de informação. Também por isso os estados têm encontrado tanta dificuldade em construir artesanalmente esses novos desenhos territoriais, e mesmo o BNDES, chamado para fazer as modelagens, tem se deparado com um nível elevado de insegurança informacional. E sem informações precisas, como será possível construir novas escalas, que no tempo, substituam com vantagem o modelo PLANASA.

Da mesma maneira, a métrica para avaliar as tarifas cobradas pelas companhias estaduais, sua eficiência não medida em um processo licitatório anterior, precisa abranger todas as dificuldades existentes na administração de um sistema com mais de uma centena de municípios — ou até mais do que isso. Por todas essas demandas, é compreensível o atraso da agenda regulatória da entidade nacional, mesmo que obviamente isso represente insegurança para gestores públicos e privados que atuam no setor.

A ANA, comprometida com o impacto regulatório das suas decisões, o que representa uma concreta limitação legal para o desenvolvimento do seu trabalho, deve transformar-se em um repositório de todas as informações que envolvem o sistema de saneamento básico em funcionamento no Brasil. Mas que fique claro: fala-se dos dados reais, que repercutem no cotidiano das pessoas. Pois se assim não acontecer, por certo, os contratos padronizados, as métricas para avaliar a capacidade econômico-financeira dos operadores públicos e privados, os procedimentos de fiscalização e os padrões de desempenho exigidos poderão implicar importações artificiais de modelos compatíveis com realidades completamente distintas da experiência brasileira. A própria discussão entre desestatização e reestatização, o que envolveria comparar operações em funcionamento, em certa medida, fica prejudicada, diante da assimetria informacional que caracteriza o setor.

Em síntese, o que já apareceu outras vezes nesse trabalho, são, ao menos, 5 (cinco) as estruturas regionalizadas principais para a prestação de serviços públicos de saneamento, 3 (três) delas – Região Metropolitana, Aglomeração Urbana e Microrregião - de adesão compulsória e as outras 2 (duas) de adesão voluntária – Unidade Regional e Bloco de Referência. A modelagem dos aludidos desenhos regionais pressupõe o cálculo da viabilidade econômico-financeira da estrutura, bem como a inclusão de todo o território do Estado-membro. Faz-se a ressalva de que persistem discussões primordiais



para o funcionamento da prestação regionalizada dos serviços, especialmente pela existência de dúvidas sobre o grau de coercibilidade prática das Unidades Regionais e dos Blocos de Referência, bem como pelo processo de tomada de decisão dentro da gestão associada decorrente de tal compatibilização de titulares dos serviços.

	Região Metropolitana, Aglomeração Urbana e Microrregião	Unidade Regional	Bloco de Referência
Previsão Legal	Art. 25 da Constituição Federal; Art. 3º, inciso VI, alínea “a” da Lei 11.445/2007; Art. 2º, inciso I do Decreto Federal 10.588/2020	Art. 3º, inciso VI, alínea “b” da Lei Federal 11.445/2007; Art. 2º, inciso II do Decreto Federal 10.588/2020	Art. 3º, inciso VI, alínea “c” da Lei Federal 11.445/2007; Art. 2º, inciso III do Decreto Federal 10.588/2020
Pressuposto	Compartilhamento de instalações operacionais	Modelagem que apresente viabilidade econômico-financeira	Modelagem que apresente viabilidade econômico-financeira
Natureza do Serviço	Interesse comum	Interesse local/comum	Interesse local/comum
Forma de Adesão	Compulsória	Voluntária	Voluntária
Procedimento de Celebração	Lei Complementar Estadual	Lei Ordinária Estadual	Decreto do Poder Executivo, com posterior formação de Consórcio Público entre os Municípios aderentes

5. Regras de Transição de Regime de Titularidade de Competência

A Constituição Federal, no artigo 175, incumbe diretamente ao poder público a prestação de serviço público, admitindo a

possibilidade de delegação dessa responsabilidade a pessoas físicas e jurídicas, de direito público ou de direito privado, sempre depois de uma licitação. Nesses mesmos termos, a Lei Geral dos Serviços Públicos, a Lei n. 8.987/1995, detalhou tal possibilidade indicando a obrigatoriedade de harmonização das leis estaduais e municipais com as normas gerais estabelecidas pelo marco regulatório nacional, considerando o que está disposto no artigo 22, inciso XXVII, da Constituição Federal.

Na redação original da Lei n. 8.987/1995, existia a explicitação de um marco para o encerramento dos vínculos até então existentes, o que também alcançaria os contratos-convênios dos municípios com as companhias estaduais de saneamento básico. Concebeu-se, dessa maneira, o texto original do artigo 42 dessa lei:

§ 1º Vencido o prazo de concessão, o poder concedente procederá a sua licitação, nos termos desta Lei.
§ 2º As concessões em caráter precário, as que estiverem com prazo vencido e as que estiverem em vigor por prazo indeterminado, inclusive por força de legislação anterior, permanecerão válidas pelo prazo necessário à realização dos levantamentos e avaliações indispensáveis à organização das licitações que precederão a outorga das concessões que as substituirão, prazo esse que não será inferior a 24 (vinte e quatro) meses.

No início de vigência da Lei Geral dos Serviços Públicos, estava evidente que, por mais vinte e quatro meses, no mínimo, os contratos dos municípios com as companhias estaduais permaneceriam produzindo os seus efeitos, até que tudo estivesse resolvido, inclusive “levantamentos e avaliações indispensáveis à organização das licitações”. Nada disso aconteceu. Nesse momento, sem dúvida, parecia ressalvado o patrimônio público gerado pelas companhias estaduais que, a partir de recursos federais, expandiram e qualificaram, dentro de suas possibilidades, a estrutura de saneamento básico de cada município. Mas é importante ressaltar: o real significado do conceito “amortização dos investimentos” nunca foi detalhadamente esclarecido, o que poderá ser agora resolvido pela ANA em sua ação normativa — e, nesse aspecto, imagina-se, as companhias estaduais

poderão ter algum tipo de prejuízo em relação às suas expectativas iniciais. Evidentemente, de acordo com a dimensão dada para esses passivos indenizatórios ou a forma de cálculo, o valor de outorga nas licitações pode criar barreiras para a entrada de novos competidores no mercado.

A amortização dos investimentos, quando determinados períodos não estavam formalizados por contrato ou por documentos padronizados, os quais jamais retratavam os números reais que circulavam entre a companhia estadual e o município, torna a recuperação desse número bastante difícil e imprecisa. A solução para essa questão impactará diretamente no desenvolvimento do Novo Marco Legal do Saneamento.

A realização de uma licitação e a outorga da concessão para terceiro, deduz-se da Lei Geral dos Serviços Públicos, pressupõe uma apuração do investimento necessário e possivelmente a mensuração de um passivo indenizatório. Isso pode complicar uma eventual transição para operadores privados, mesmo que essa seja a decisão motivada do município-concedente — identificar a dimensão desse passivo indenizatório a ser mensurado e integrar o *valor e o destino dessa outorga no edital da licitação*.

Diante das limitações dos municípios para organizar licitações e da dúvida produzida pelas orientações da Lei Geral dos Serviços Públicos, não se evoluiu nesses processos, estendendo-se por mais um tempo o modelo PLANASA, mesmo com a diminuição dos repasses federais.⁶³¹

631 A Lei n. 8.987/1995, na verdade, apontava para o ano de 1997, desde que se desenvolvessem, durante um período mínimo de vinte e quatro meses, os obrigatórios levantamentos e as auditorias para a definição de eventuais passivos indenizatórios que, por exemplo, poderiam tornar-se valor de outorga para o novo concessionário, garantindo a justiça econômica no processo de encerramento desses contratos, que na sua origem não dependeram de processos licitatórios. A partir do PLANASA, desenvolveu-se uma parceria no formato público-público, entre o município e uma entidade da administração indireta estadual. Os levantamentos e as auditorias, com início marcado para o ano de 1995, serviriam como referência para restaurar o equilíbrio do contrato, administrado artesanalmente pelos diferentes governos, até pela dificuldade de revisar constantemente os valores envolvidos na contratação. Na prática, demonstrou-se a impossibilidade de uma recomposição justa e contínua das tarifas cobradas pelo serviço, podendo-se apontar como razões o baixo poder aquisitivo dos usuários e a sucessão de crises econômicas acumuladas pelo país no período.

No caso do Rio de Janeiro, o principal projeto do BNDES até agora, a prefeitura da capital tentou obstruir a concessão da Companhia Estadual de Águas e Esgoto (CEDAE) à iniciativa privada. A Rio-Águas, que representa a prefeitura do Rio de Janeiro, junto aos técnicos do BNDES, alertou para inconsistências do projeto. Entre outros tantos interesses, alegava-se a existência de superdimensionamento da cobertura de esgoto na capital, o que, sem dúvida, poderá interferir na aceleração dos reajustes tarifários com o início da nova operação. A Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado (AGENERSA) compartilhou as suas informações para dar mais transparência ao processo e viabilizar uma modelagem que retratasse a realidade da infraestrutura atual do sistema de esgoto da cidade, por exemplo, em relação ao número exato de pontos de rede de galerias pluviais que despejam diretamente o esgoto sem qualquer tipo de tratamento.

Em qualquer hipótese, quando existem inconsistências, isso converter-se-á posteriormente em uma modelagem, um processo de disputa e um valor de outorga distanciados da realidade do sistema, com prejuízos futuros para a operação equilibrada do contrato. Aqui, sem dúvida, as assimetrias informacionais, a falta de transparência e a fragilidade do acervo de informações, repetidas em outros projetos, criam mais uma vez um ambiente inseguro para a aplicação efetiva do Novo Marco Legal do Saneamento, como é desejado pelo governo federal e pelos grupos interessados em participar do mercado de saneamento no Brasil.

Voltando ao ponto, era premente elaborar um novo sistema para a prestação dessa modalidade de serviço público, um plano que impedisse o agravamento dos deficits acumulados no setor. A importância e a gravidade dos temas, mais tarde, levaram a uma nova redação do artigo 42 da Lei n. 8.987/1994, dada pelo artigo 58 da Lei n. 11.445/2007, a Lei Geral do Saneamento Básico. O Poder Executivo, associado ao Congresso, convalidou todos os contratos entre municípios e companhias estaduais até que se finalizasse o processo de encerramento desses vínculos, nos passos estabelecidos pela nova redação do artigo 42.

§ 3º As concessões a que se refere o § 2º deste artigo, inclusive as que não possuam instrumento que as formalize ou que possuam cláusula que preveja

prorrogação, terão validade máxima até o dia 31 de dezembro de 2010, desde que, até o dia 30 de junho de 2009, tenham sido cumpridas, cumulativamente, as seguintes condições:

I - levantamento mais amplo e retroativo possível dos elementos físicos constituintes da infraestrutura de bens reversíveis e dos dados financeiros, contábeis e comerciais relativos à prestação dos serviços, em dimensão necessária e suficiente para a realização do cálculo de eventual indenização relativa aos investimentos ainda não amortizados pelas receitas emergentes da concessão, observadas as disposições legais e contratuais que regulavam a prestação do serviço ou a ela aplicáveis nos 20 (vinte) anos anteriores ao da publicação desta Lei;

II - celebração de acordo entre o poder concedente e o concessionário sobre os critérios e a forma de indenização de eventuais créditos remanescentes de investimentos ainda não amortizados ou depreciados, apurados a partir dos levantamentos referidos no inciso I deste parágrafo e auditados por instituição especializada escolhida de comum acordo pelas partes; [...].

A lei citada sofreu profundas mudanças. Passou a ser cobrada a realização de levantamentos e auditorias, a partir de uma avaliação do contrato, dos seus aditamentos e das alterações legislativas (retroagindo em até vinte anos) com impactos prováveis no momento do contrato. Essa nova redação estabeleceu que todos os contratos de concessão, ainda em pleno andamento, não importando se precários, prorrogados ou não, deveriam ser considerados válidos, com totais condições de operação, até que fossem efetivamente concluídos os levantamentos e as auditorias e, como já dito, recalculando-se os últimos vinte anos de execução do contrato — as perdas e os ganhos dessa operação.

Em outras palavras, com a modificação do artigo 42, firmou-se uma regra de transição nacional para todos os contratos de concessão com data anterior à Constituição de 1988. O respeito ao princípio da continuidade (Lei n. 8.987/1995, art. 6º) e a preocupação com a

realização dos serviços públicos de caráter essencial, até que fosse possível completar os processos licitatórios para a confecção de novos contratos, exigiu do Poder Executivo e do Poder Legislativo uma compreensão diferenciada do fenômeno. Isso determinou a remodelação do processo de corte de vínculo dos contratos de concessão, que teve impacto em muitos outros setores.

A prestação do serviço público requer licitação, desde que os contratos atuais sejam encerrados nos termos da lei existente, o que depende de ações concretas do poder concedente, não propriamente da concessionária. Em outras palavras, desenvolveu-se nacionalmente a convicção de que era preciso estabilizar o sistema de concessões, a partir do oferecimento de uma regra de transição, respeitando os tempos que são próprios para uma realidade tão complexa.

Contudo, isso traz o problema do passivo operacional do poder concedente, pois a concessionária não pode retirar-se, periclitando o serviço, sem a seleção de um novo contratante, sem a discussão em torno da conformação de um novo formato para a prestação do serviço.

Além disso, era preciso construir um acordo entre o poder concedente e a concessionária, quantificando um valor de indenização que, dependendo do caso, seria uma condição para a realização de um novo processo licitatório.

Não havia solução possível dentro do sistema jurídico nacional senão o conjunto de procedimentos detalhados na Lei n. 8.987/1995, um requisito fundamental à realização do processo licitatório. Porém, com o passar do tempo, a regra envelheceu, gerando incerteza quanto aos processos de transição, em especial quando o poder concedente decreta a caducidade do contrato (convênio ou contrato de programa) de concessão.

A regra de transição, em harmonia com a Constituição Federal, prevendo as auditorias desses contratos, foi pensada sob uma lógica de concertação jurídica para prevenir crises sistêmicas no setor e quebras do compromisso com a continuidade. Essa opção legislativa permitiu a estabilização do sistema e a retomada dos investimentos para necessidades de curto prazo, pois ofereceu uma saída de segurança a todas as companhias estaduais, assegurando a indenização de passivos ainda não amortizados e, quando possível comprovar, em razão de eventuais situações de desequilíbrio econômico-financeiro

da operação. No entanto, nada disso foi concretizado no tempo correto, dentro dos marcos previstos pela legislação.

Agora, com a recente aprovação do Novo Marco do Saneamento, uma nova transição é proposta. Em outras palavras, promove-se uma ampla reformulação da sistemática de titularidade e competência, o que não impede a continuidade das companhias estaduais, mas cria um ambiente bastante hostil para elementos característicos da cultura PLANASA permanecerem vigentes. Abolindo os contratos de programa, tanto para os existentes quanto para as concessões a serem celebradas, há novos requisitos de validade instituídos por legislação federal (metas de melhoria de tratamento, redução de perdas, uso racional dos recursos, etc.), com sanções mais palpáveis pelo seu não cumprimento (proibição de distribuição de lucros, por exemplo), nos termos da nova redação do art. 11 da Lei n. 11.445/2007.

Para a questão de transição dos atuais contratos de programa vigentes com companhias estaduais, ou mesmo para os casos de relações precárias, não formalizadas ou de prazo expirado, foi inicialmente oportunizada a formalização e prorrogação pelo prazo máximo de trinta anos, com as devidas adaptações, até 31 de março de 2022:

Art. 16. Os contratos de programa vigentes e as situações de fato de prestação dos serviços públicos de saneamento básico por empresa pública ou sociedade de economia mista, assim consideradas aquelas em que tal prestação ocorra sem a assinatura, a qualquer tempo, de contrato de programa, ou cuja vigência esteja expirada, poderão ser reconhecidas como contratos de programa e formalizadas ou renovados mediante acordo entre as partes, até 31 de março de 2022. Parágrafo único. Os contratos reconhecidos e os renovados terão prazo máximo de vigência de 30 (trinta) anos e deverão conter, expressamente, sob pena de nulidade, as cláusulas essenciais previstas no art. 10-A e a comprovação prevista no art.10-B da Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007, sendo absolutamente vedada nova prorrogação ou adição de vigência contratual

Contudo, houve veto presidencial desse dispositivo, sob a justificativa de que “prolonga de forma demasiada a situação atual [...], além de limitar a livre iniciativa e a livre concorrência [...], em descompasso com os objetivos do Novo Marco Legal do Saneamento”. Isso altera dramaticamente o calendário de transição dos contratos de programa para contratos de concessão, mas hoje é a realidade que consolidou-se, diante da confirmação dos vetos firmados pelo Presidente da República. A partir desse momento, inegavelmente, o novo contexto jurídico do serviço público de saneamento no Brasil evidencia que a tendência para os próximos anos é ocorrer um aumento acelerado dos contratos de concessão como regra de convivência entre titulares e operadores.

Ainda assim, os concessionários respondem pelos contratos, no limite exato do que estiver formalmente pactuado. Por sua vez, os titulares do serviço têm o compromisso de universalização. Logo, quando a concessionária tem a delegação de parte do território, para o restante, utilizando-se de diferentes ferramentas, o poder público local precisará construir um portfólio de soluções alternativas, na medida que permanece como ponto de chegada a universalização.



Capítulo VII

Planejamento e Regulação dos Serviços de Saneamento

Este capítulo conclui o trajeto que percorremos desde a afirmação histórica e articulação no Direito Internacional de um direito humano à água e ao serviço de esgotamento sanitário até a sua efetivação por meio da formatação de instrumentos jurídicos que constituem o Direito Administrativo do Saneamento Básico Brasileiro — em especial, depois da aprovação da Lei n. 14.026/2020. Exploramos e discutimos a formação do microssistema brasileiro e seu aspecto atual, cujos textos legais incluem a Lei n. 11.445/2007 e, principalmente, o Novo Marco Legal do Saneamento, resultante da aprovação da Lei n. 14.026/2020.

Passaremos agora à análise de dois tópicos centrais para a organização concreta da empreitada de dar corpo à universalização dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário. Inicialmente, trataremos do planejamento desses serviços em escala nacional e local, competência indelegável dos poderes públicos instituídos. Veremos que são criados num processo administrativo complexo, iniciado com a elaboração de um plano, mas nele não se esgotam. Envolvem mútua responsividade entre plano e prática: o primeiro orienta a prestação e regulação dos serviços, e essas, por sua vez, oferecem os materiais para controle, avaliação e revisão periódica do plano.

A segunda parte dedica-se a tratar da regulação no campo do saneamento, com foco nas normativas aprovadas ou em estágio final de elaboração ou tramitação no âmbito da Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico (ANA). Esboçamos aspectos pertinentes de uma teoria geral da regulação, para então descrever a estrutura e o funcionamento das agências reguladoras no Direito brasileiro. Concluindo a seção, avaliamos a atual situação da regulação no setor do saneamento e o papel da ANA no novo cenário normativo.

Por fim, ingressaremos em um nível ainda mais específico, examinando as peculiaridades do processo decisório interno às

agências reguladoras, para dar conta das implicações da Análise de Impacto Regulatório. Esse instrumento, introduzido no Direito brasileiro pela Lei n. 13.848/2019, está em consonância com a chamada “virada pragmática” no Direito Administrativo, que direciona à consideração das consequências práticas das decisões públicas, algo bastante desenvolvido na Lei n. 13.655/2018 e no Decreto n. 9.830/2019. Chamaremos atenção para as vantagens e limitações dessa ferramenta.

1. Planejamento dos Serviços de Saneamento

Em nosso contexto de abordagem, entendemos por “planejamento” a técnica administrativa desenvolvida historicamente no âmbito estatal, ao longo do século XX, e reconhecida como central pelo constitucionalismo contemporâneo. A Constituição Federal de 1988 insiste no papel do Estado na promoção da cidadania (art. 1º, II, CF) e dos direitos fundamentais (art. 5º, CF). Tendo isso em conta, depositou: *(i)* na União competência administrativa para “elaborar e executar planos nacionais e regionais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social” (arts. 21, IX, 174 e 214, CF); *(ii)* nos estados federados poder para a “organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum” às suas microrregiões (art. 25, § 3º); e *(iii)* nos municípios capacidade de planejamento referente a assuntos locais (arts. 29, XII, e 30, VIII, CF).

Mesmo quando não haja imediata e explícita exigência de formulação de planos para as atividades estatais, considera-se esse dever um corolário dos princípios da administração pública, mormente a impessoalidade e a eficiência (art. 37, CF). A definição prévia e detalhada de objetivos, com indicação de condições, prazos e metas das atividades desenvolvidas, deve ser entendida como decorrência da vedação ao arbítrio estatal, ponto fulcral de nossa Ordem Constitucional. Ainda assim, na prática, todos os setores que dependem de obras de infraestrutura dimensionam equivocadamente a importância do planejamento dos projetos, tornando sua execução um processo marcado por falhas e improvisações – em certa medida a Lei n. 14.133/2021. Aliás, o próprio juízo de sobrepreço ou superfaturamento de obra fica prejudicado quando a origem dos processos de construção está baseada em deficit de investimento de tempo e recursos para a elaboração de um projeto adequado.

De forma mais ampla, na esfera da administração pública, o planejamento é um processo administrativo que não se encerra na elaboração de um plano com finalidades específicas. Ele precisa seguir com o acompanhamento de sua execução e a constante avaliação e revisão periódica dos objetivos intermediários e meios eleitos para sua consecução.

Tal qualquer processo administrativo, o planejamento deverá ser organizado em fases bem delimitadas:

(i) Uma *fase de instauração* (art. 5º da Lei n. 9.784/1999), via ofício ou requerimento de interessados, como pessoas físicas, organizações e associações (art. 9º da Lei n. 9.784/99), ao órgão competente pela atividade específica (art. 11).

(ii) Uma *fase de instrução* (art. 29), em que serão coletados, organizados e apresentados os dados necessários à tomada de decisão, expondo um diagnóstico da atividade em planejamento. Nessa etapa, por exemplo, estará a necessidade de consulta ou audiências públicas para apuração dos interesses em questão (arts. 31 e 32 da Lei n. 9.784/1999).

(iii) Uma *fase de deliberação*, na qual, diante do diagnóstico elaborado, dever-se-á elaborar prognósticos, com discussão dos cenários possíveis, fixação de objetivos finais e intermediários, metas concretas e etapas de sua execução. O resultado dessa fase será, pois, o *plano*, documento que articulará o resultado das etapas anteriores, apontando motivadamente suas decisões com clareza e concisão (art. 2º, IX, Lei n. 9.784/1999). Isso faz do plano declaração jurídica perfeita e válida, norma concreta individual.

(iv) A *fase do controle, da avaliação e da revisão periódica* consiste, por fim, no acompanhamento da execução do plano. O desrespeito às suas determinações pelos órgãos responsáveis pela execução é passível de responsabilização civil do ente respectivo. As avaliações e revisões periódicas têm justamente a função de, perante a realidade fática imprevisível de início, fazer os ajustes necessários para a consecução realista de seus objetivos — o que nem sempre é muito simples, quando as relações entre o público e o privado são mediadas por rígidos contratos administrativos.⁶³²

632 OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. O Planejamento do Serviço de Saneamento Básico na Lei n. 11.445/2007 e no Decreto 7.217/2010. In: DAL POZZO, Augusto Neves; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; BERTOCCELLI, Rodrigo de Pinho. (coords.). →

No caso dos serviços de saneamento, a atribuição constitucional de competência para dispor acerca de suas diretrizes e formular um plano nacional recai sobre a União (art. 21, XX, CF) de forma integrada com o Sistema Único de Saúde (art. 200, IV, CF). A fim de regulamentar essa questão, a Lei n. 11.445/2007 estabeleceu que os titulares dos serviços de saneamento são responsáveis pela formulação dos Planos de Saneamento Básico locais (art. 9º, I), atividade *indelegável*:

LEI 11.445/2007	LEI 14.026/2020
<p>Art. 9º O titular dos serviços formulará a respectiva política pública de saneamento básico, devendo, para tanto:</p> <p>I - elaborar os planos de saneamento básico, nos termos desta Lei; [...].</p>	<p>Art. 9º</p> <p>I - elaborar os planos de saneamento básico, nos termos desta Lei, bem como estabelecer metas e indicadores de desempenho e mecanismos de aferição de resultados, a serem obrigatoriamente observados na execução dos serviços prestados de forma direta ou por concessão; [...]</p> <p>Parágrafo único. No exercício das atividades a que se refere o <i>caput</i> deste artigo, o titular poderá receber cooperação técnica do respectivo Estado e basear-se em estudos fornecidos pelos prestadores dos serviços.</p>

O processo de planejamento dos serviços de saneamento, contudo, não se resume à mera elaboração e fixação de um plano. Será atividade permanente do ente estatal titular do serviço, uma vez que a partir das diretrizes estabelecidas no plano, irá acompanhar e regular a implantação e prestação dos serviços, e, a partir das informações recolhidas e organizadas durante o exercício da atividade regulatória, revisará o plano periodicamente. Nesse sentido, o Decreto n. 7.217/2010, que regula a Lei n. 11.445/2007, aponta:

→ **Tratado sobre o marco regulatório do saneamento básico no Direito brasileiro.** São Paulo: Editora Contracorrente, 2017, p. 551-561.

Art. 2º Para os fins deste Decreto, consideram-se:
I - **planejamento**: 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;
II - **regulação**: todo e qualquer ato que discipline ou organize determinado serviço público, incluindo suas características, padrões de qualidade, impacto socioambiental, direitos e obrigações dos usuários e dos responsáveis por sua oferta ou prestação e fixação e revisão do valor de tarifas e outros preços públicos, para atingir os objetivos do art. 27; [...].

O conteúdo mínimo do Plano de Saneamento Básico é especificado pelo artigo 19 da Lei n. 11.445/2007:

Art. 19. A prestação de serviços públicos de saneamento básico observará plano, que poderá ser específico para cada serviço, o qual abrangerá, no mínimo:
I - **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;
II - **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;
III - **programas, projetos e ações** necessárias 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;
IV - ações para **emergências e contingências**;
V - mecanismos e procedimentos para a **avaliação sistemática** da eficiência e eficácia das ações programadas.

Note-se que a própria lei já estipula o objetivo final das políticas públicas a serem elaboradas: a universalização dos serviços de saneamento básico. O que está na alçada dos titulares de prestação do serviço é o estabelecimento de objetivos e metas intermediários; inclui também sua conversão em ações programadas em consonância a eles. Isso implica que o planejamento se dê em diálogo e integração com os órgãos responsáveis pela regulação do uso de recursos hídricos e pelos serviços de saúde pública e de planejamento urbano em geral.

Ocorre que, desde a promulgação da Lei n. 11.445/2007, o prazo para a adoção dos planos municipais vem sendo prorrogado. Inicialmente, foi fixado em 2014, pelo Decreto n. 7.217/2010. Aproximando-se dessa data, alterou-se para 31 de dezembro de 2015 (Dec. n. 8.211/2014), 31 de dezembro de 2017 (Dec. n. 8.629/2015), 31 de dezembro de 2019 (Dec. n. 9.254/2017) e, novamente, para 31 de dezembro de 2022 (Dec. n. 10.213/2020). Recente tabulação de dados apresentada pelo IBGE revelou que, em 2017, apenas 2.126 municípios (38,2%) possuíam política de saneamento, com 1.342 em processo de elaboração. Significa, porém, um aumento expressivo em relação à situação de 2011. O gráfico abaixo demonstra essa comparação, considerando ainda as desigualdades regionais:⁶³³

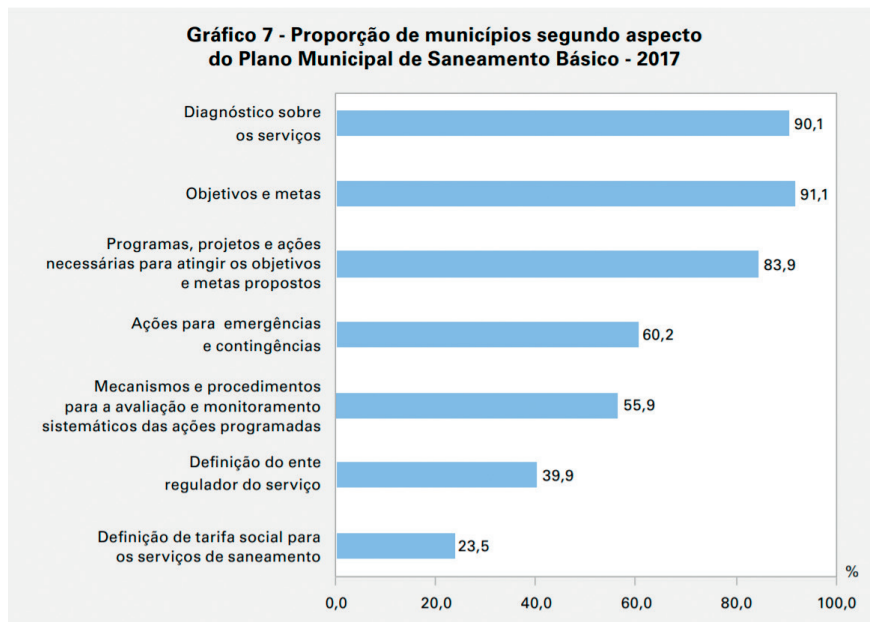


Fonte: IBGE, Diretoria de Pesquisas, Coordenação de População e Indicadores Sociais, Pesquisa de Informações Básicas Municipais 2011/2017.

633 IBGE. **Perfil dos municípios brasileiros — Saneamento básico**: aspectos gerais da gestão da política de saneamento básico. Rio de Janeiro: IBGE, Coordenação de População e Indicadores Sociais, 2018, p. 16.



Um outro levantamento feito pela mesma pesquisa detalha quais pontos daqueles cinco elencados como essenciais ao plano (art. 25 do Decreto 7.217/2010) são efetivamente regulados pelos planos municipais:



Fonte: IBGE, Diretoria de Pesquisas, Coordenação de População e Indicadores Sociais, Pesquisa de Informações Básicas Municipais 2017.

Além disso, a própria universalização dos serviços é um “instrumento do controle de perdas, que pode até compensar a maior utilização dos recursos”, uma vez que há uma “relação direta entre a manutenção da rede e a capacidade de os serviços atenderem toda a população sem intermitências”. A deterioração da infraestrutura, consequência das constantes interrupções, por exemplo, é diretamente responsável pelo aumento de perdas.⁶³⁴ Juntamente, claro, às diversas doenças veiculadas pela água, ou relacionadas com a falta de água ou seu mau uso, e ao despejo inadequado de esgotos. Tudo coloca em evidência a necessidade de integrar as gestões dos serviços de saneamento, de recursos hídricos e de saúde.

634 CARVALHO, Vinícius Marques de. **O Direito do Saneamento Básico**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 355.

Igualmente essencial é a integração com as políticas de desenvolvimento urbano habitacional. Obviamente, as obras de infraestrutura produzem impactos econômicos e sociais, e diante de um cenário de crise fiscal, quando os recursos públicos são realmente escassos, a possibilidade de delegar essa responsabilidade para a iniciativa privada viabiliza mais rapidamente o acesso aos novos equipamentos, com externalidades positivas que não podem ser desconsideradas. E, no caso, não apenas a União, mas estados e municípios podem fazer uso corrente dessa estratégia. Modelar o projeto, a fonte de financiamento, depois a construção, a operação e a manutenção, com repartição de riscos entre o público e o privado. O poder público mantendo o controle da política pública, e o privado submetido ao alcance de um padrão determinado de desempenho para realizar a sua remuneração.

Já nos primeiros meses da pandemia,⁶³⁵ classificou-se a ação de *lavar as mãos frequentemente com água e sabão* como medida primordial de proteção. Logo, a desigualdade, o deficit estrutural dessa política pública no Brasil, em mais um aspecto, tornou-se causa original de muitas mortes, pois não funcionou como uma das barreiras para impedir a contaminação das populações que habitam as periferias das grandes cidades. Por isso, as transformações propostas pelo Novo Marco, em certa medida, buscam uma modificação acelerada desse quadro mediante a retomada do controle do sistema pela União, mesmo respeitando a titularidade municipal como algo predominante.

Toda essa coordenação representa um intenso desafio de cooperação e articulação nacional, aliado à regionalização. Vinícius Marques de Carvalho resume:

A coordenação em escala regional das ofertas setoriais de infraestrutura urbana e serviços a ela associados é uma meta que não foi atingida no Brasil sob nenhum dos modelos institucionais até agora implementados, ou seja, nem sob o modelo da oferta

635 A Organização Mundial da Saúde declarou, em 30 de janeiro de 2020, que o surto da doença causada pelo novo coronavírus (covid-19) constituía uma emergência de saúde pública de importância internacional.

estatal dos serviços, predominante até a década de 1990, nem sobre o regime da oferta privada regulada [...]. Para tanto, as formas de atuação da União destinadas à construção dessa dimensão ótima de prestação e regulação dos serviços que ajuda no estabelecimento de um intercâmbio explícito entre os âmbitos decisórios urbano, regional e setorial não se esgotam no estabelecimento de diretrizes nacionais. Pelo contrário, as funções que a União pode desenvolver no âmbito da competência comum são [...] [de] planejamento e financiamento.⁶³⁶

A carência de integração intersetorial e intergovernamental na gestão de recursos hídricos e sua imbricação nos serviços de saneamento não será satisfeita apenas por mecanismos de mercado, e muito menos é exigível da parte de prestadores locais e privados de serviços de abastecimento e esgotamento. Ainda que de forma insuficiente, os atuais arranjos, baseados, em sua maioria, em companhias estaduais que têm contratos de programa com os municípios, possuem mecanismos de subsídio cruzado e tarifação progressiva ou social. A questão é o que substituirá esse modelo, preservando, se preciso for, o colchão fornecido pelo sistema de proteção social do Estado.

Na realidade, o sistema não realizou a universalização, mas, dentro da estrutura instalada, tem ferramentas para ser menos excludente. Agora, procura-se um formato novo capaz de impulsionar a universalização do direito de acesso à água potável e ao serviço de esgotamento sanitário, mas sem uma definição clara das políticas de contenção dos riscos de equidade em territórios urbanos de grande vulnerabilidade social. A universalização sem respeito à equidade não resolve o problema da política pública de saneamento no Brasil, pois a melhora dos números, no que se refere à infraestrutura física, não terá obrigatoriamente um impacto verdadeiro na melhoria das condições de saúde das populações mais carenciadas.

636 CARVALHO, Vinícius Marques de. **O Direito do Saneamento Básico**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 397.

Por fim, um aspecto central da atividade administrativa do planejamento é a subordinação de todo seu processo ao princípio do controle social (art. 2º, X, Lei n. 11.445/2007, redação mantida pela novíssima Lei n. 14.026/2020). A lei exige que o processo contemple mecanismos e procedimentos aptos a garantir à sociedade civil informações, representações técnicas e participação nos processos de formulação das políticas e avaliação dos serviços. Um desses mecanismos previstos pela própria lei é o de um “órgão colegiado de caráter consultivo” que assegure a representação dos órgãos governamentais ligados ao setor, dos prestadores, dos usuários e de entidades técnicas e organizações da sociedade civil relacionadas (art. 47). O que, por óbvio, precisa ser observado ao longo dos estudos empreendidos durante a Análise de Impacto Regulatório (AIR), possivelmente negligenciada nesse momento inicial, diante da urgência de confecção dos primeiros atos normativos de caráter infralegal da ANA para colocar em funcionamento o modelo proposto pelo Novo Marco Legal do Saneamento.

Existe hoje uma previsão de mais de setenta temas a serem enfrentados pela ANA na sua ação normativa voltada ao serviço de saneamento básico, conforme o seguinte quadro – e como se pode observar, já existe um atraso importante neste processo:

AGENDA REGULATÓRIA 2020/2021/2022*/2023*		
EIXO TEMÁTICO	TEMA	PREVISÃO DE EDIÇÃO DA NORMA
1 - Regulação de usos e operação de reservatórios	Atualização dos normativos relativos a outorga de uso de recursos hídricos.	01/2021
	Definição de regras de uso da água em sistemas hídricos locais (5 SHL).	01/2021
	Definição das condições de operação de sistemas hídricos prioritários.	02/2021
	Estabelecimento de condições de operação para os reservatórios de regularização situados no rio Grande.*	02/2023
	Estabelecimento de condições de operação para os reservatórios de regularização situados no rio Paranaíba.*	02/2023
2 - Segurança de barragens	Alteração dos normativos relacionados à Segurança de Barragens.	01/2021



3 - Regulação de serviços	Estrutura tarifária e procedimentos para reajuste e revisão da tarifa do PISF.	01/2021
	Atualização dos procedimentos de Regulação do PISF.	02/2021
4 - Fiscalização	Procedimentos de fiscalização de usos e de segurança de barragens (Revisão da Resolução nº 662/2010).	02/2021
	Regulamentação de monitoramento de usuários de recursos hídricos, por meio de Declaração Anual de Usos de Recursos Hídricos - DAURH.	02/2021
	Regulamentação dos casos de suspensão de outorga (art. 15 da lei 9433/1997).	01/2021
	Fiscalização do PISF e outros sistemas adutores.	02/2021
5 - Normas de Referência para o Saneamento	Procedimentos para a elaboração de normas.	02/2021
	Conteúdo mínimo de aditivos aos contratos para água e esgoto para atendimento ao art. 11B da Lei 1.445/2007.	02/2021
	Procedimento transitório de monitoramento das normas.*	01/2022
	Padrões e indicadores de qualidade e eficiência e avaliação da eficiência e eficácia para água e esgoto.*	01/2022
	Diretrizes para definição do modelo de regulação para água e esgoto.*	01/2022
	Indenização de ativos para água e esgoto.*	01/2022
	Diretrizes para metas progressivas de cobertura para água e esgoto e sistema de avaliação.*	02/2022
	Modelo organizacional das agências reguladoras infranacionais, transparência e accountability.*	02/2022
	Matriz de riscos de contratos para água e esgoto.*	02/2022
	Procedimentos para mediação e arbitragem.*	02/2022
	Condições gerais de prestação dos serviços de resíduos sólidos urbanos.*	02/2022
	Critérios para a contabilidade regulatória privada para os serviços de água e esgoto.*	01/2023
	Estrutura tarifária para água e esgoto.*	01/2023
	Padronização dos contratos de concessão para água e esgoto.*	02/2023



5 - Normas de Referência para o Saneamento	Diretrizes para definição de modelo de regulação de drenagem e manejo de águas pluviais urbanas.*	02/2023
	Padrões e indicadores de qualidade e eficiência e avaliação da eficiência e eficácia para resíduos sólidos urbanos.*	02/2023
	Procedimentos para comprovação da adoção das normas de referência.*	02/2023
	Reajuste tarifário para água e esgoto.*	02/2023
	Condições gerais prestação dos serviços, atendimento ao público e medição, faturamento e cobrança, dos serviços de água e esgoto.*	02/2023
6 - Monitoramento	Revisão da Resolução Conjunta ANA/ANEEL n° 3/2010.	01/2021
	Padronização dos procedimentos de operação da Rede Hidrometeorológica Nacional (RHN).	01/2021
7 - Planejamento e Informação	Zoneamento da Região Hidrográfica do Paraguai para fins de implantação de aproveitamentos hidrelétricos.	02/2021
	Regulamentação da base de dados para o estabelecimento do balanço hídrico de referência.	02/2021
	Regulamentar as séries de usos consuntivos da água.	01/2021
8 - Implementação da PNRH	Financiamentos reembolsáveis com os valores arrecadados com a cobrança.	02/2021
	Aprimoramento dos processos e do modelo de governança das Entidades Delegatárias.	02/2021
	Procedimentos para a delegação da cobrança de recursos hídricos para as entidades delegatárias.	02/2021

Elaborado por Ministério do Desenvolvimento Regional e Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico (2021).⁶³⁷

637 BRASIL – Ministério do Desenvolvimento Regional. **Resolução n. 105/2021, de 18 de outubro de 2021**. Disponível em <<https://www.in.gov.br/web/dou/-/resolucao-ana-n-105-de-18-de-outubro-de-2021-353313855>>. Acesso em 19 de outubro de 2021.

Na perspectiva de uma coordenação de todo o processo pelo governo federal, a elaboração do Plano Nacional de Saneamento Básico (PLANSAB, 2013) mostrou-se um dos esforços mais importantes nesse sentido. O documento orientava o planejamento dos serviços ao longo de duas décadas. Realizaram-se cinco seminários com participação popular (nas regiões Sul, Sudeste, Norte, Nordeste e Centro-Oeste), de 2009 a 2010, para a sua construção. Originalmente, nasceu com um planejamento para vinte anos, com revisão a cada quatro anos e uma avaliação anual. A última revisão ocorreu em 2019.

A partir dos anseios e das aspirações levantados, definiram-se as visões regionais para o saneamento básico. Foram desenhados — como destacou-se em outros momentos desse trabalho — cenários de avaliação pelos técnicos: um “desejado” (hipótese um); um alternativo, em que a economia mundial permanecesse com taxas mais baixas de crescimento (hipótese dois); e um terceiro, mais pessimista, de forte depressão do gasto público brasileiro (hipótese três), o que já se destacou em outros momentos.

É curioso que, para nenhum dos três cenários, a privatização surgia como o modelo preferível, salvo diante de uma situação emergencial de precariedade. Inclusive, os cenários foram traçados considerando apenas as hipóteses *um* e *dois*, sem projetar ações concretas na eventual ocorrência da hipótese três, improvável à época. Nessa, o papel do Estado reduziria-se, com mudanças no marco regulatório, conflitos nas relações interfederativas e significativa diminuição dos investimentos públicos.

Todavia, o que aconteceu depois foi mais negativo do que as projeções mais pessimistas. Então, não é incorreto concluir, o PLANSAB já contemplava a possibilidade de uma política pública de saneamento conduzida por um Estado mínimo, dependente de relações de contrato com o setor privado para o financiamento e a operação do sistema.

Nos últimos anos, o planejamento voltou-se para uma agenda não mais pautada por consultas públicas e controle social, mas pela priorização da solução de abertura ao investimento privado, diante da precariedade econômica estatal e do setor, agora estimulado por uma reforma legislativa (Lei n. 14.026/2020) que se encontrava em tramitação no Congresso Nacional. Com a aprovação definitiva – inclusive com a confirmação dos vetos presidenciais - do Novo Marco Legal do Saneamento, urge que,

nesse novo cenário, seja reaberta uma discussão pública e elaborado um novo plano nacional, em diálogo e integração com os planos regionais. Na medida em que se amplia a participação da iniciativa privada no setor, mais importante torna-se o papel desempenhado pela regulação contratual e pela regulação discricionária, pois o funcionamento do sistema, independentemente do modelo, deve realizar o interesse público em sentido estrito — base fundamental de toda a ação administrativa legal e legítima. Na fase do planejamento decide-se qual projeto, qual modelo, será implementado. Nesse sentido, o plano de governo, a vontade conhecida da população, a existência de legislação apropriada para concretizar a decisão política e a capacidade da burocracia instalada são dados fundamentais para que o esforço do planejamento produza um resultado concreto, um produto racional. Concluída a etapa do planejamento é preciso verdadeiramente estruturar o projeto (o *Value for Money*), até para demonstrar tecnicamente qual é a melhor solução, no caso do serviço público de saneamento, a escolha entre a operação pública ou privada do sistema, apenas para exemplificar. Na etapa da estruturação, existe a preocupação com a viabilidade geral do projeto, e para o caso, existe o Estudo de Viabilidade Técnica, Econômica e Ambiental (EVTEA) – dele decorrendo, a modelagem jurídica e a modelagem econômico-financeira. Depois, com o edital, a licitação.

Uma crítica que pode ser feita às políticas desenvolvidas no setor até o momento é a seguinte: houve um investimento massivo na lógica do planejamento de papel; ou seja, estados e municípios, sem uma coordenação clara, deveriam elaborar os seus planos. Eles foram nascendo, pelo menos em alguns lugares, como mera reprodução de outros trabalhos, sem um diálogo que preservasse uma visão sistêmica para permitir a qualificação da política pública na sua integralidade. Ao contrário, a fragmentação do sistema e a multiplicidade de regulamentos, padrões de contrato, fiscalização e metas qualitativas e quantitativas desequilibraram ainda mais o setor. No final das contas, pela não aplicação concreta desses planos, a essa altura, em muitos casos, eles perderam sua utilidade; não retratam mais o presente e o futuro do sistema de saneamento básico do Brasil. Muitos deles, é possível, sequer deixam claro qual é o ponto de chegada, o estágio provável de universalização na próxima revisão dos estudos.

Além disso, muitos foram construídos sob a inspiração de investimentos públicos que não se concretizarão mais, ou imaginando que a relação com a companhia estadual, mesmo não protegida por um vínculo formal, seria preservada de qualquer maneira. Pois bem, no atual contexto, o incentivo à regionalização e a competição, com metas estabelecidas em lei para o operador, tendo 2033 como referência, desconstruíram, em grande parte, os trabalhos realizados nos últimos anos para cumprir uma obrigação formal, isto é, ter planos estaduais e municipais de saneamento básico. Em muitas localidades os valores gastos com consultorias serviram apenas para viabilizar a confecção de planos despersonalizados, fora de sintonia com o modelo que será desenvolvido para o setor nos próximos anos.

Inegavelmente, no Brasil e em vários lugares do mundo, a desigualdade colaborou para a elevação das mortes durante a pandemia. Em outras palavras, a covid-19 expôs as disfunções da sociedade, visto que características estruturais dos países, flagrantes na América do Sul, configuraram vetores de expansão da doença. O desequilíbrio de renda induz à falta de coesão social e à dificuldade de cumprir medidas de distanciamento social, por impedir a intensificação de hábitos de higiene. Quando os governos não têm condições de oferecer respostas equitativas e sustentáveis em períodos de crise sanitária, os impactos sentidos pelas populações vulneráveis são graves e devastadores.

Tão logo essa história termine, será muito fácil observar que a pandemia aumentou a desigualdade, dado o desastre sanitário e econômico de dimensões globais. O plano de saída deverá concentrar-se em saneamento, saúde, moradia, segurança alimentar, energia limpa, tratamento e destinação dos resíduos sólidos, reduzindo a disparidade e protegendo a natureza.

Existem muitas doenças de vinculação hídrica — por exemplo, a cólera, o tifo, a esquistossomose, a malária e a dengue. Escoar a descarga e os rejeitos, efetuar a cloração e a filtragem, tratar o esgoto coletado, para depois falar em reciclagem e reúso, não podem ser preocupações exclusivas dos sanitaristas. Todo dano causado aos corpos hídricos afeta a agricultura (70% do consumo de água) e provoca riscos diretos aos seres humanos e aos animais (12% do consumo de água) pela dessedentação. A preocupação com a sustentabilidade, com o risco pandêmico e com a leniência ambiental,

fenômenos acentuados no nosso tempo, será determinante. O saneamento básico, a proteção do meio ambiente e a segurança alimentar passam a ter uma importância ainda maior para a avaliação e o sucesso das políticas públicas de saúde, medindo corretamente os seus erros e acertos.

2. Direito Regulatório do Saneamento Básico no Brasil

2.1. Uma Teoria Geral da Regulação

Regulação, em sentido amplo, pode referir-se a todo tipo de intervenção estatal, toda forma de organização da atividade econômica através do Estado. As abordagens teóricas em relação à regulação estatal representam diferentes maneiras de conceber os fundamentos e as funções do Estado em um dado contexto socio-político. Se, num extremo, essas funções cingem-se à organização e prestação ótima de serviços públicos, e, no outro, à garantia do bom funcionamento da atividade econômica pelos mecanismos do livre mercado (CF, art. 170), há entre esses polos inúmeras posições teóricas válidas e sustentáveis, que resultam em distintos arranjos institucionais possíveis.

De qualquer modo, é importante que se diga, o funcionamento de uma economia eficiente e inclusiva não prescinde do papel do Estado de coordenar, respeitando certos limites, o exercício de atividade econômica, em especial quando envolve um setor vinculado à prestação de um serviço público essencial. O dilema nunca pode ser a presença excessiva do Estado ou a sua inexistência, pois ele sempre existirá, ou seja, mesmo atividades delegadas à iniciativa privada contarão com a mediação do Estado para proteger, como última instância, a vontade geral da sociedade. Esse é o compromisso mínimo do contrato social, que permanece válido e resiliente. O Estado existe porque a sociedade carece dele, na exata medida das suas necessidades. Ele não é o problema, mas uma parte da solução, principalmente se a discussão abrange, direta ou indiretamente, a quantidade (o alcance) e a qualidade (a entrega) de uma política pública.

Quem não precisa do Estado costuma defender sua irrelevância, algo evidente ao tratarmos de políticas públicas identificadas com

o conceito de mínimo existencial, que, para além da mera sobrevivência, reivindicam a todos os indivíduos uma vida com dignidade.

Assim sendo, no Direito Administrativo brasileiro atual, a noção de regulação está diretamente ligada a um movimento de política governamental de transferência para o setor privado da execução de serviços públicos, reservando ao Estado o poder-dever de planejamento, regulamentação, controle e fiscalização dos serviços.⁶³⁸ Essa ideia fundamentou a transição do Estado Burocrático para o Estado Gerencial no Brasil, ao final do século XX. Vincula-se à afirmação e adoção do chamado modelo teórico do *Estado Regulador*, cuja linha condutora é a de que o Estado deve assumir o menor grau possível de atuação direta nas atividades econômicas, mesmo para serviços públicos.⁶³⁹ O modelo instaura, de outro lado, a necessidade de redirecionamento da administração para o exercício predominante de funções de controle normativo e regulador (art. 174, CF). Tal perspectiva parece, de fato, ser aquela adotada pela Constituição Federal de 1988, de forma mais pronunciada a partir das Emendas Constitucionais inseridas no contexto da Reforma Gerencial.⁶⁴⁰

O Estado, nesse novo desenho, funciona como uma espécie de arquivo de convênios, contratos administrativos gerais, concessões e permissões de diferentes espécies, contratos de gestão, termos de parceria, termos de fomento e termos de colaboração, mas, na mesma medida em

638 MEIRELLES, Hely Lopes; BURLE FILHO, José Emmanuel. **Direito Administrativo Brasileiro**. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 449.

639 MARTINS, Humberto Falcão. Burocracia e a revolução gerencial: a persistência da dicotomia entre política e administração. **Revista do Serviço Público**. Brasília, ENAP, ano 48, n. 1, jan./abr. 1997, p. 62-63. Para o autor, as principais características desse modelo seriam: “1) redução do tamanho do Estado, via privatização, terceirização e voluntarismo; 2) descentralização e desconcentração da esfera federal para a estadual e municipal; 3) desregulamentação radical; 4) forte liderança política do topo para a base; 5) extrema lealdade a programas de governo; 6) preenchimento de cargos-chave da administração por indicados comprometidos com a agenda política partidária, em vez de funcionários de carreira; 7) papel tecnocrático do administrador público: restrito a tarefas administrativas, como administração de contratos, serviços e normas; 8) emprego de técnicas de administração por resultados nas instâncias de execução, como administração por objetivo, prêmios e incentivos de produtividade; e 9) processo decisório centrado em análises de custo-benefício”.

640 FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Agências Reguladoras: Legalidade e Constitucionalidade**. 2010, p. 10. Disponível em: <http://www.bresserpereira.org.br/Documents/MARE/Agencias/AgenciasReguladoras.PDF>. Acesso em: 6 nov. 2020.

que se retira da prestação direta de serviços ou atividades de interesse público, cria um órgão ou uma pessoa jurídica para regular e fiscalizar o exercício dessas responsabilidades. Até na desregulação existirá sempre um núcleo duro, uma lista mínima de competências delegadas que exigirão a atuação do Estado regulador, mediador e fiscalizador.

Regulação, em uma perspectiva mais limitada, fará referência às atividades da administração pública de coordenação e disciplina da economia, pública ou privada, por meio da edição de normas, de sua execução e da fiscalização de seu cumprimento, além de planejamento e incentivo. Caberá ao Estado o arbitramento do exercício das atividades econômicas com base no interesse coletivo. Prevê o artigo 174 da Constituição:

Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

Caracteriza intervenção indireta do Estado na economia, que não se confunde com a regulação pública não estatal (caso das entidades desportivas, art. 217, I, CF), muito menos com a autorregulação, em que os próprios agentes organizam coletivamente órgãos privados para regular o seu setor — algo comum no mundo da saúde pública e complementar. É uma nova forma de responsabilidade estatal, não vinculada aos tradicionais princípios da legalidade, moralidade e impessoalidade da administração, e sim ao chamado princípio da eficiência (art. 37, CF), que:

Não é um princípio condição, mas um princípio fim, isto é, não impõe limites (condição formal de competência), mas impõe resultados (condição material de atuação). Por seu intermédio, a atividade administrativa continua submetida à legalidade, muito mais, porém, à legalidade enquanto relação solidária entre meios e fins e pela qual se responsabiliza o administrador.⁶⁴¹

641 *Ibidem*, p. 11.

A outra ponta desse processo é a de que será impossível exigir *eficiência* sem que seja conferida à administração competência para o planejamento ativo, a normatização e a regulação técnica dos diversos setores da atividade econômica, uma delegação normativa instrumental, não apenas da eleição de meios, mas de fins intermediários, ainda que obviamente vinculada aos fins estabelecidos pelo Poder Legislativo:

Trata-se de situações em que, por razões de complexidade setorial e de correspondente exigência de especialização técnica, a lei que atribui a delegação autoriza decisões de mérito, responsabilizando-se o órgão competente pela alocação de fins tecnicamente apropriados e pelo encontro do meio correto. Esta responsabilidade é avaliada pela eficiência da medida. A lei traça as políticas setoriais, decidindo sobre as macro-alternativas, indica os meios gerais (função de resguardo) e, para o detalhamento de fins e meios, exige a atividade delegada (função programática).

Desperta um tradicional ponto de debate esse caso de exercício de *poder normativo* pela administração pública, pois é figura distinta da regulamentação, ou *poder regulamentar*, função política do chefe do Executivo de expedir decretos e regulamentos para o fiel cumprimento das leis (art. 84, IV, CF). Aqui, concernem ao Executivo regulamentos: (i) de *execução*, que explicitam o conteúdo das leis, descendo a pormenores capazes de tornar regular, disciplinada e viável a sua aplicação; (ii) de *complementação*, limitados à especificação de princípios constantes em atos legislativos que demandam a criação de regras executivas dentro das linhas estabelecidas por esses princípios; (iii) *autônomos*, atos normativos do Executivo não condicionados por leis ordinárias, mas fundados em uma reserva regulamentar constitucional para disciplinar determinadas matérias.⁶⁴²

642 Ibidem, p. 9.

Os atos normativos de regulação incluem poderes de planejamento, fiscalização e normatização e têm caráter técnico e setorial, enquanto os atos regulamentares do presidente da República possuem conteúdo político genérico. Não por outro motivo, em consonância com o princípio interpretativo da especialidade, mesmo em caso de antinomia, prevalece o ato da agência reguladora, quando representativa do exercício de uma discricionariedade técnica, que comprime ao extremo o espaço do poder discricionário.⁶⁴³

Na experiência brasileira, os órgãos de controle, como Ministério Público e Tribunal de Contas, acabam sindicando a legalidade e a legitimidade dessas escolhas, o que produz grave insegurança jurídica, e tendo como uma importante consequência o encarecimento do serviço oferecido aos administrados. O sombreamento de competências entre agências reguladoras subnacionais, na prática, passa a significar uma sobrecarga nos processos de controle, o que reduz severamente a competitividade no setor e a taxa de retorno buscada pelos investidores privados, na medida em que a matriz de risco deverá precificar as fragilidades do projeto.

Para complexificar a situação, embora haja expressa previsão do poder normativo das agências reguladoras — nacionais e subnacionais —, e estejamos, em nosso ambiente jurídico, já acostumados ao seu exercício por diversas entidades independentes, ela costuma causar desconforto em partidários da versão dogmática do princípio da legalidade administrativa. Uma leitura mais ampla, contudo, permite ver no fenômeno do poder normativo regulador, quando obediente aos limites desenhados pela lei, efetiva produção normativa vinculante, de acordo com o princípio da legalidade, uma vez que delegada pelo Poder Legislativo.⁶⁴⁴ Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça, nos autos do Recurso Especial n. 806.304/RS, entendeu ser “impositiva para as entidades atuantes

643 BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo**: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 160.

644 OLIVEIRA, Carlos Roberto. Em busca da efetividade na regulação: os avanços e desafios jurídico-institucionais das agências reguladoras de saneamento. In: DAL POZZO, Augusto Neves; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; BERTOCCELLI, Rodrigo de Pinho. (coords.). **Tratado sobre o marco regulatório do saneamento básico no Direito brasileiro**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2017, p. 946.

no setor regulado” a regulação “mediante normas secundárias” das agências. Obviamente, essa competência não pode ser comparada com o grau de liberdade criativa destinado ao Banco Central como agente regulador e fiscalizador. Nesse caso específico, os limites reais do poder discricionário-regulador são muito mais extensos, especialmente em circunstâncias excepcionais, para defender a integridade da Ordem Econômica Nacional.

No entanto, não raro são feitas objeções constitucionais ao exercício por entidades reguladoras desse poder de criação normativa vinculante, sob o guarda-chuva do princípio da separação de poderes. Contudo, nos marcos de um Estado de Direito não vigora a concepção dogmática da separação de poderes enquanto instâncias institucionais independentes e dissociadas entre si. Pelo contrário, o que dá sentido à ideia de separação é a adequada articulação do governo e do controle das condutas humanas em, pelo menos, três fases distintas: a de criação de regras gerais, a de julgamento no âmbito dessas regras e a de execução dessas regras e desses julgamentos. Isso tudo pode ocorrer no contexto de um órgão, caso das regras gerais dos regulamentos que analisaremos, mas o essencial é que cada pessoa submetida ao governo possa distinguir tais momentos, todos com sua integridade própria:

Insistir em ser governado pelo direito é, dentre outras coisas, insistir em ser governado por um processo que responde à articulação institucional requerida pela separação de poderes [...]. Mesmo que o exercício de poder tenha sido legitimado democraticamente [...], *ainda assim* o que ele propõe e se considera autorizado a fazer deve ser fracionado nestas [...] formas procedimentais e institucionais.⁶⁴⁵

Não quer dizer que não possa ser exercida “função legislativa” por um órgão institucionalmente ligado ao Executivo, mas essa função precisa ser concebida como distinta da administração.

645 WALDRON, Jeremy. Separation of Powers in Thought and Practice. In: **Boston College Law Review**, v. 54, 2, 2013, p. 459.

A separação requer que as funções legislativas, onde quer que forem colocados os poderes, sejam diferenciadas, tanto quanto possível, das executivas e judiciárias, a despeito de sua localização na estrutura institucional. O instante de formulação normativa da regulação deve separar-se do momento de sua aplicação a casos concretos (fiscalização e controle), não podendo ser confundido (imposição de uma multa sem previsão normativa anterior, por exemplo).

A regulação estatal, em sentido estrito, portanto, engloba a organização da atividade econômica. Nas trocas privadas, sucederá na forma do poder de polícia e da tutela da concorrência; e, nos serviços públicos, via sua concessão com o correspondente planejamento amplo e condicionamento normativo do exercício da atividade delegada. Além disso, a atividade regulatória não precisa estar concentrada no mesmo órgão público ou em uma única pessoa jurídica de direito público, que assuma formalmente o compromisso da operação do serviço. A regulação e a fiscalização, assim como a efetiva operação de uma determinada modalidade de serviço público, podem desenvolver-se separadamente. Essa é uma decisão de governo, sempre reversível, mas condicionada à manifestação do Poder Legislativo.

Conforme Maria Sylvia Zanella Di Pietro, essas duas frentes da função regulatória expressam-se, por um lado, no *poder de polícia*, na imposição de “limitações administrativas previstas em lei, fiscalização e repressão” de ramos da atividade econômica privada, e, por outro, no *controle* das atividades que são serviços públicos privativos do Estado, ainda que delegáveis por concessão, permissão ou autorização (telecomunicações, energia elétrica, saneamento, etc.). Nesse segundo caso, a concessão não exime a administração concedente de garantir a adequada prestação através de seu poder-dever de fixação das cláusulas regulamentares, poder de direção e controle sobre a execução, poder sancionatório e poder de decretar caducidade e reversão de bens da concessionária ao término da concessão.⁶⁴⁶

No panorama brasileiro, pode-se dizer que nasceu primeiro a regulação contratual (a experiência francesa), depois a regulação

646 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, seção 10.9.3.

normativa (ou discricionária) — os denominados *modelos clássicos de regulação*.

Na regulação contratual, a existência de um processo republicano de disputa entre interessados (futuros operadores), estipulando um ponto de partida para a relação com o poder concedente, é questão básica. Há também a necessidade de um projeto referencial que tenha condições de prever, com bom índice de acerto, as principais intercorrências durante o tempo de duração do contrato. A definição de uma matriz de riscos, os instrumentos de controle e avaliação da qualidade dos serviços, as políticas de revisão e reajuste das tarifas, tudo integra essa proposta de abranger, ao máximo, a relação contratual entre concedente e concessionária.

Com maiores fragilidades, pela inexistência da licitação, é possível aplicar essa modalidade de regulação aos contratos de programa, visto que, com a mudança no Marco Legal, agora são obrigados a incorporar nos seus textos as metas de universalização dos serviços de água e esgotamento sanitário. De qualquer jeito, a regulação contratual, quando submetida a uma visão mais tradicional, terá dificuldade de lidar com as adaptações dos contratos à realidade, que está sempre em movimento. Por isso, sozinha, a regulação contratual não apenas é mais suscetível às condutas oportunistas dos operadores, como oferece maior nível de risco para a estabilidade da relação.

Por sua vez, a regulação normativa (ou discricionária), concentrada no acompanhamento dos custos e na política tarifária, tem nas agências, quando técnicas e independentes — para evitar a captura —, a base de sua formatação. E, pela complexidade de sua governança, em relação ao esforço de adaptação da ANA ao Novo Marco Legal do Saneamento e à tentativa de padronização dos comportamentos das subnacionais, comprovar-se-á que a regulação discricionária, reconhecendo-se as suas externalidades positivas, é muito mais onerosa financeiramente.

Sempre se discute qual o melhor modelo para o setor do saneamento. Quer no sistema público ou privado, haverá um contrato de programa (ainda que temporariamente) ou de concessão. Logo, a regulação discricionária, se for essa a opção, poderá predominar, mas terá de conviver com a regulação contratual.

Em outras palavras, será natural que se administre essa sobreposição, com zonas de penumbra nas quais não se identificará a

metodologia aplicada para mediar uma determinada situação. E, infelizmente, aqui qualifica-se mais um gatilho para eventual judicialização, o que traz permanente insegurança para os operadores, públicos ou privados, e, conseqüentemente, para os seus controladores. Apesar disso, em um setor que convive com autarquias municipais, companhias estaduais e concessionárias, o impacto da regulação e dos seus incentivos tem repercussões diferentes nos operadores, mostrando que o modelo contratual ou o discricionário pode ser o mais adequado diante de um determinado contexto.

Não se descarta, com o tempo, a construção de uma terceira hipótese, que congregue, no mesmo modelo, as virtudes da regulação contratual e da regulação discricionária. Porém, em qualquer cenário, o papel da regulação é melhorar a prestação do serviço entregue aos usuários, resolvendo falhas de mercado e de governo.

No cenário atual, a regulação contratual e a discricionária desempenham papéis importantes nas concessões e nos contratos de programa. Se a primeira submete-se ao que está disposto no contrato, embora sua rigidez hoje seja contestada (a tese dos custos marginais), a segunda (regulação discricionária) apresenta a dificuldade de fixação dos indicadores imprescindíveis para a identificação de uma operação eficiente. Ao usar muitos indicadores, eles perdem força. Ao usar poucos, é permitido ao operador condutas oportunistas aptas a impactar o usuário do serviço.

Inegavelmente, a regulação discricionária é mais complexa, mas quando ela encontra o ponto certo de abordagem do problema, tem potencial para ser mais resolutive. Uma das suas principais características é a capacidade de aprender, de identificar as falhas de mercado, as falhas de governo e as condutas oportunistas dos *players*. Assim, constrói novas políticas de incentivos, com repercussão na tarifa e na qualidade da prestação do serviço. Em regra, é mais viável um padrão regulatório que guarde verossimilhança ao trabalhar-se com a abordagem discricionária. A regulação discricionária é móvel, a regulação contratual é estática, ainda que modernamente experiências demonstrem, nos limites da lei, a possibilidade de os contratos adquirirem relativa flexibilidade, preservando a estabilidade e a segurança jurídica da relação entre as partes.

A propósito, pode-se considerar a regulação discricionária uma metodologia utilizada para corrigir ou complementar as deficiências da regulação contratual. Disso vem a ideia de que conseguem

conviver, estabelecendo as regras do jogo em determinado setor. Especialmente nos casos de serviços públicos essenciais, como são os de água e esgotamento sanitário, toma relevo a dimensão da regulação.

Tendo por horizonte a universalização desses serviços e sua distribuição equitativa em todo o território do Brasil, é fundamental uma visão de conjunto, que só será alcançada com algum grau de centralização de informação e diretivas, nacional ou regionalmente, com revisões periódicas constantes dos objetivos de médio e longo prazo e sua atual realização. Aqui reside um outro aspecto importante da experiência brasileira no setor do saneamento: a distância do regulador em relação ao regulado e sua estrutura administrativa, às vezes, mostra-se a sistemática mais eficaz. Em sentido contrário, a maior proximidade com o titular do serviço, o exemplo das agências reguladoras municipais, tem exibido os riscos da captura política ou, em razão da fragilidade técnica da entidade, o controle débil da atuação do operador. Por isso, a figura de uma agência reguladora com escala, monitorando efetivamente vários municípios ou vários setores, parece o mais apropriado, em particular agora, com o reforço do papel de coordenação desempenhado pela nova ANA.

Não basta estabelecer por lei as diretrizes nacionais para o saneamento básico; é preciso que a regulação estatal acompanhe e corrija as deficiências e os obstáculos imprevisíveis vislumbrados no transcorrer da atividade. E, para melhorar o funcionamento dessa agenda regulatória, conformadora do mercado de saneamento, no âmbito nacional e subnacional, a Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico (ANA), com a Lei n. 14.026/2020, tentando reverter um conjunto de circunstâncias que contribuíram para uma realidade fragmentada, terá a incumbência de produzir as diretrizes gerais — ou, melhor dizendo, as normas de referência — para o setor. Desse modo, minimiza-se a insegurança jurídica nas relações comerciais convencionadas, aperfeiçoando de maneira concomitante os processos de regulação contratual e discricionária, visto que, no final das contas, ambos retroalimentam-se e evoluem conjuntamente.

A existência de múltiplas agências com orientações diferenciadas cria um problema para a governança dos operadores, decorrente da necessidade de adaptação para realidades diferentes. Nesse caso, as obrigações de *compliance* ficam igualmente dispersas, algo que já se pontuou, aumentando os riscos dos operadores e estressando o

seu programa de integridade pela instabilidade regulatória dentro de um único território — em especial, na hipótese de haver uma agência estadual, regional ou municipal nos mesmos limites geográficos. Isso pode inibir novos entrantes, e, como já dito, reduzir a competição no setor, com impacto significativo no valor da tarifa e no aumento da taxa de retorno para os investimentos que medirem esse risco.

Logo, o caminho escolhido pela Lei n. 14.026/2020 foi a tentativa de nacionalização da regulação, sem negar a predominância da titularidade regional e/ou municipal para essa modalidade de serviço público. As entidades subnacionais continuam competentes para exercer o seu poder regulamentar, mas a agência nacional coordenará o setor, fixando normas de referência e propondo incentivos para a sua internalização pelos titulares dos serviços, como exemplo de boa prática no mercado do saneamento. Para provar-se efetiva, a coordenação dependerá de um certo nível de convencimento das entidades subnacionais, na medida em que a vinculação obrigatória poderia ser contestada judicialmente.

A lógica é uniformizar a regulação, os contratos, os procedimentos de fiscalização, o cálculo da tarifa, as metas e os parâmetros quantitativos e qualitativos, a métrica para aferir a capacidade econômica dos operadores públicos e privados e seus níveis de governança, e o cálculo de eventuais passivos indenizatórios quando não se configurar a amortização dos investimentos feitos pelo operador — nos casos de substituição. A regulação contratual e a regulação normativa, cada uma cumprindo o seu papel de conformação de uma realidade, conduzirão a política pública do saneamento, oferecendo, ao mesmo tempo, segurança e flexibilidade para os contratos de concessão e de programa, pois, de fato, será preciso adequá-los ao Novo Marco Legal do Saneamento, o que privilegia o resultado bem mais do que o meio empregado.

A despeito disso, alguns defendem, para os contratos de concessão, a preponderância da regulação contratual — algo longe do ideal. E, para as companhias estaduais e os seus contratos de programa, a contundência maior da regulação normativa (ou discricionária). Conforme as decisões de governo, a ação normativa impactará a base de contratos das companhias estaduais, abrindo o mercado para os investidores privados. Tudo, evidentemente, mediado pela Análise de Impacto Regulatório (AIR), procedimento já conhecido na esfera federal.

Nesse momento, que se evidencia a decisão política de privilegiar a adoção do modelo de prestação privada dos serviços de saneamento no Brasil, é elementar haver um esforço institucional capaz de observar os riscos e evitar a captura do processo de regulação por quaisquer entes privados que passem a atuar no setor. A garantia de um orçamento próprio, o mandato fixo dos dirigentes, o desempenho de uma discricionariedade técnica e motivada, a remuneração compatível e o compromisso com as políticas de Estado — mais do que com as intenções de governo — são características capazes de minimizar esse risco.⁶⁴⁷ Tal alerta foi feito anteriormente, ou seja, a regulação discricionária, muito mais complexa, é também mais onerosa. Na verdade, uma variável fundamental para a execução adequada de uma concessão comum ou uma parceria público-privada é o estabelecimento, desde o contrato, de um sistema de incentivos – submetido a regulação de preço e de qualidade – em harmonia com os objetivos sociais do empreendimento.

Assim, abre-se à iniciativa privada a possibilidade de operação do sistema e, às agências reguladoras, o exercício do poder regulamentar⁶⁴⁸ e do poder de polícia administrativa. A proibição de determinados comportamentos dos delegatários e o estabelecimento de padrões de conduta e desempenho estão entre as competências exercidas pelo poder regulamentar, atividade indelegável às pessoas jurídicas de direito privado no Brasil (Lei n. 11.079/2004, art. 4º, III).

647 FAGUNDES, Márcia Margarete. Teoria da Captura do Regulador de Serviços Públicos. In: SOUTO, Marcos Juruena Villela; MARSHALL, Carla. (coord.). **Direito Empresarial Público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 276.

648 Ibidem, p. 253. Pode-se definir o processo de regulação de serviço público “[...] como sendo a atividade administrativa desempenhada por pessoa jurídica de direito público consistente no disciplinamento, na regulamentação, na fiscalização e no controle do serviço prestado por outro ente da Administração Pública ou por concessionário, permissionário ou autorizatário do serviço público, à luz de poderes que lhe tenham sido, por lei, atribuídos para a busca da adequação daquele serviço, do respeito às regras fixadoras da política tarifária, da harmonização, do equilíbrio e da composição dos interesses de todos os envolvidos na prestação deste serviço, bem como da aplicação de penalidades pela inobservância das regras condutoras da sua execução”.

2.2. Agências Reguladoras

A terminologia das agências recentemente adotada no Direito brasileiro é uma importação do Direito norte-americano. Nos Estados Unidos, a administração pública resume-se à atuação de agências; as reguladoras (*regulatory agencies*) são apenas um tipo. Note que o termo tem sentido mais amplo nesse sistema, abrangendo “qualquer autoridade do Governo dos Estados Unidos, esteja ou não sujeita ao controle de outra agência, com exclusão do Congresso e dos Tribunais”, conforme consta no *Administrative Procedure Act*.⁶⁴⁹

O modelo específico de regulação estatal que se vale da instituição de agências reguladoras, portanto, surge no contexto do ordenamento jurídico norte-americano. A primeira experiência nos EUA envolveu a criação de uma agência independente para regulamentação dos serviços de transporte ferroviário, em 1887, a *Interstate Commerce Commission*. Naquela conjuntura, passou-se a denominar “agência reguladora” (entidade administrativa distinta dos poderes) os órgãos que, por delegação legislativa, têm poder normativo e de decidir casos concretos, aptos a intervir nos direitos dos agentes do setor.⁶⁵⁰ Em 1946, seus atos começaram a ser regulados pela já citada Lei de Procedimento Administrativo (*Administrative Procedure Act*).

No Brasil, a instituição de agências reguladoras é um fenômeno mais recente, que remonta à década de 1990, num contexto no qual diversas atividades até então exercidas pelo Estado foram transferidas ao setor privado. Os departamentos de gás canalizado (Emenda Constitucional n. 5, 1995), telecomunicações (Emenda Constitucional n. 8, 1995) e exploração de petróleo (Emenda Constitucional n. 9, 1995) são os primeiros exemplos, seguidos do Plano Nacional de Desestatização (Lei n. 9.491/1997). Refletindo o espírito da época, Arnoldo Wald e Luiza Moraes afirmavam em 1999:

649 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, seção 10.9.1.

650 OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Novo perfil da Regulação Estatal**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 142.

Outra fonte de reflexão consiste na quebra do antigo padrão, composto de normas minuciosas e burocráticas, quando, muitas vezes, a desregulamentação é a medida correta para estimular a competitividade. Identificar a situação e o momento de afrouxar as “amarras” regulatórias é tarefa muitas vezes complexa e difícil de ser implementada. E essa diretriz passa pela formulação do conceito de serviço público. Ainda no âmbito das concessões de serviços públicos, estão surgindo as Agências Reguladoras, com jurisdição nos diversos setores de serviços públicos concedidos pela União, inspiradas em sistemas regulatórios europeus e norte-americanos.⁶⁵¹

O processo de desestatização, acelerado pela Reforma Administrativa (EC n. 19/1998), resultou na intensificação de uma produção legislativa direcionada a conformar o funcionamento de certos setores da economia nacional, com participação cada vez maior da iniciativa privada nas tarefas de execução. Delegando a execução, sem perder a titularidade, no caso de concessionárias e permissionárias, o poder público amadureceu sistemas de controle desses desempenhos e instituiu as agências reguladoras para aprimorar a fiscalização das atividades descentralizadas. *A autorização*, por característica, não serve para delegar a terceiros a responsabilidade de prestar serviço público, e sim para organizar a transferência de *atividades de interesse público* que, por sua relevância à população, exigem um nível mínimo de conhecimento e formalização.

Desde a sua origem, as entidades reguladoras destinam-se ao controle de setores específicos da atividade econômica em sentido lato: a prestação de serviço público, de atividade de interesse público, e o exercício de atividade econômica em sentido estrito.⁶⁵² No desempenho dessa competência, definindo as políticas de

651 WALD, Arnaldo; MORAES, Luiza Rangel de. Agências Reguladoras. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 36, n. 141, 1999, p. 144.

652 As agências reguladoras são, em realidade, pessoas jurídicas de direito público, criadas (ou instituídas) por lei, e de regime jurídico idêntico às autarquias. Ainda, configuram uma espécie do gênero autarquia, muito embora, em nenhum →

governo em tais âmbitos, ocupam-se do constante preenchimento dos conceitos jurídicos indeterminados que compõem os marcos regulatórios dos diferentes setores, sujeitando-se ao controle do Poder Judiciário com relação à adequação dessas interpretações. Em alguns casos, exercem a discricionariedade administrativa clássica, mas, na maioria das vezes, com base em critérios científicos e juízos técnicos, ou seja, o uso de uma discricionariedade técnica, realizam escolhas vinculadas, o que revela a existência de um poder discricionário apenas aparente, mas que, a rigor, tenta oferecer a única — ou a melhor — resposta possível.

Segundo o que está implícito no artigo 174 da Constituição e autorizado pelas emendas citadas, diversas agências foram criadas a partir de 1996. Celso Antônio Bandeira de Mello separa-as de acordo com os tipos de atividades das quais ocupam-se:

(i) Regulação do provimento de serviços públicos propriamente ditos. Aqui incluem-se a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), criada pela Lei n. 9.427/1996, a Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel), criada pela Lei n. 9.472/1997, a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) e a Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ), criadas pela Lei n. 10.233/2001, e a Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC), criada pela Lei n. 11.182/2005.

(ii) Fomento e fiscalização de atividade privada (Agência Nacional do Cinema — ANCINE, criada pela MP n. 2.281-1/2001, alterada posteriormente pela Lei n. 10.454/2002).

→ momento, a Constituição Federal faça essa exigência. A propósito, a leitura do artigo 21, incisos XI e XII, da Constituição Federal, sugere que o poder constituinte originário e o derivado em nenhum momento exteriorizaram uma convicção nesse modelo de agência reguladora independente, sem vínculo de subordinação hierárquica com a administração direta e o chefe do Poder Executivo. Na Constituição Federal, utiliza-se a expressão “órgão público”, o que indica ausência de personalidade jurídica, inviabilizando a criação de uma autarquia. Na verdade, somente os marcos regulatórios dos diferentes setores transformam esses órgãos públicos em entidades administrativas, em autarquias de regime especial. Essa fragilidade, esse desvio histórico, também pode ter colaborado para a dificuldade evidente de tais entidades — reguladoras e fiscalizadoras — cumprirem adequadamente os seus papéis. E mais, no quadro político atual, a mesma hegemonia que tenta frear a lógica da desestatização do serviço público de saneamento básico questiona a formatação atual das agências reguladoras, fazendo tramitar no Congresso Nacional novas propostas de conformação do sistema regulatório brasileiro.

(iii) Promoção da regulação, contratação e fiscalização das atividades econômicas da indústria do petróleo, cujo monopólio estatal foi flexibilizado no governo de Fernando Henrique Cardoso, permitindo a contratação, pela União, de empresas privadas para certos fins. Esse é o caso da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP), criada pela Lei n. 9.478/1997.

(iv) Regulação de atividades que o Estado protagoniza, mas também facultadas aos particulares. É o caso da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), criada pela Lei n. 9.782/1999, posteriormente alterada pela MP n. 2.190-34/2001, e da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), criada pela Lei n. 9.961/2000.

(v) Por fim, a que nos interessará particularmente neste capítulo, há a “*agência reguladora do uso do bem público*, que é o que sucede com a Agência Nacional de Águas, criada pela Lei 9.984/2000”.⁶⁵³

Estados, municípios e distritos igualmente instituíram suas agências reguladoras de serviços públicos delegados. Não obstante a novidade terminológica num contexto de mudanças efetivas, diversos doutrinadores ressaltam que essa figura jurídica já estava entre nós desde muito antes da chegada das agências reguladoras; o que mudou, na opinião deles, foi a roupagem das entidades.⁶⁵⁴ Entretanto, saber se elas constituem novidades genuínas não importa muito para os nossos propósitos. Estaremos mais interessados em descrever de modo claro seu funcionamento, por desempenharem hoje um papel relevante na administração pública, sem perder de vista o fim deste exame geral: nos instrumentalizar para uma análise detida da Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico (ANA) e do seu papel na regulação do setor de saneamento.

As agências reguladoras brasileiras são autarquias sob regimes especiais, cuja função abarca disciplinar e controlar certas

653 DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 174-175.

654 Nesse sentido, Maria Sylvania di Pietro destaca autarquias econômicas cujo fim era regular a produção e o comércio no início do século XX, como o Commissariado de Alimentação Pública (1918), o Instituto de Defesa Permanente do Café (1923), o Instituto do Açúcar e do Alcool (1933) etc., bem como entidades contemporâneas nossas, como o Banco Central, o Conselho Monetário Nacional e a Comissão de Valores Mobiliários, órgãos com funções normativas e de fiscalização, porém, que não foram agraciados com o nome “agência” (DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Op. cit.*, seção 10.9.3; DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Op. cit.*, p. 176).

atividades.⁶⁵⁵ Na definição de Hely Lopes Meirelles, uma *autarquia de regime especial* é aquela à qual “a lei instituidora conferir privilégios específicos”, aumentando “sua autonomia comparativamente com as autarquias comuns, sem infringir os preceitos constitucionais pertinentes a essas entidades de direito público”.⁶⁵⁶ Depreende-se disso que as agências reguladoras são pessoas jurídicas de direito público relativamente autônomas em relação ao governo central; seus regimes visam, em regra, à minimização de influência política direta na atividade regulatória, viabilizando decisões técnicas. Desse modo, as suas leis instituidoras lhes concedem privilégios para que alcancem seus fins.⁶⁵⁷

A forma como operam tais privilégios varia de agência para agência, em consonância com as suas finalidades específicas. Até a edição da Lei n. 13.848/2019, não havia legislação unificada a seu respeito, de modo que a doutrina apoiava-se apenas na legislação esparsa de cada uma delas e na Lei n. 9.986/2000, que uniformizava algumas questões.

Certas características comuns a essas autarquias especiais merecem destaque. Há dois pontos essenciais para a sua autonomia administrativa:

- (i) A estabilidade diferenciada dos dirigentes (mandato a termo, não coincidente com o do agente político, e impossibilidade de exoneração que não por renúncia, sentença transitada
- (ii) em julgado ou processo administrativo, conforme art. 9º da Lei n. 9.986/2000).⁶⁵⁸

655 DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Op. cit.*, p. 174.

656 MEIRELLES, Hely Lopes; BURLE FILHO, José Emmanuel. **Direito Administrativo Brasileiro**. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 448.

657 *Ibidem*, p. 450-451.

658 Essa lei dispõe sobre a gestão de recursos humanos das agências e traz providências importantes a esse respeito. Além da já mencionada sobre a estabilidade diferenciada, podem-se citar, a título de exemplo, os critérios para a nomeação dos dirigentes, sua remuneração, a dita “quarentena”, que proíbe ex-dirigentes de exercerem atividades no setor por quatro meses para evitar conflitos de interesse, mas também o regime jurídico dos servidores das agências. Há uma polêmica na doutrina em relação à garantia do mandato fixo para além do →

- (iii) E a impossibilidade de recurso de suas decisões ao executivo, já que não há relação de hierarquia entre eles. Mesmo quando haja previsão desse “recurso hierárquico impróprio” na legislação, não pode a decisão ser substituída pela autoridade política, mas apenas adequada à legalidade.⁶⁵⁹

Além desses dois pontos centrais, as agências reguladoras gozam de autonomia financeira e de legitimidade para a imposição de taxas regulatórias compatíveis às leis institutivas das autarquias, que variam em termos de solução normativa.

Ambos os aspectos abordam a independência das agências reguladoras em referência aos poderes do Estado. Ao contrário do que ocorre no Direito Administrativo norte-americano, com as agências reguladoras tendo um grau elevado de independência em relação aos três poderes, no Brasil, observa-se em maior grau somente a autonomia no tocante ao Poder Executivo.⁶⁶⁰ Essa independência, como vimos, advém da sua natureza especial, incluindo aqueles pontos fundamentais para a sua autonomia. A recente Lei n. 13.848/2019, que dispõe sobre a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das agências reguladoras, define o seu feito único da seguinte forma:

Art. 3º A natureza especial conferida à agência reguladora é caracterizada pela ausência de tutela ou de subordinação hierárquica, pela autonomia funcional,

→ período governamental em que houve a indicação, pois isso, é afirmado, permitiria um uso político pernicioso daquele governante que sai do cargo, podendo indicar cargos dessa relevância para a administração pública que impediriam a governança de quem assume o poder. Celso de Mello enfaticamente afirma que esse uso estratégico político consistiria numa “*fraude contra o próprio povo*” (DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Op. cit.*, p. 180, grifo do autor; similarmente em MEIRELLES, Hely Lopes; BURLE FILHO, José Emmanuel. *Op. cit.*, p. 451).

659 OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Novo perfil da Regulação Estatal**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 159.

660 Em relação à independência judiciária, o art. 5º, inciso XXXV, da Constituição é claro em sustentar o sistema de unidade de jurisdição, submetendo, assim, juridicamente as agências ao controle judiciário. Já o art. 49, inciso X submete as agências reguladoras, enquanto parte da administração indireta, ao controle do Congresso Nacional, o que indica um grau restrito de independência legislativa (DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Op. cit.*, seção 10.9.3).

decisória, administrativa e financeira e pela investidura a termo de seus dirigentes e estabilidade durante os mandatos, bem como pelas demais disposições constantes desta Lei ou de leis específicas voltadas à sua implementação.

§ 2º A autonomia administrativa da agência reguladora é caracterizada pelas seguintes competências:

I - solicitar diretamente ao Ministério da Economia:

a) autorização para a realização de concursos públicos;

b) provimento dos cargos autorizados em lei para seu quadro de pessoal, observada a disponibilidade orçamentária;

c) alterações no respectivo quadro de pessoal, fundamentadas em estudos de dimensionamento, bem como alterações nos planos de carreira de seus servidores;

II - conceder diárias e passagens em deslocamentos nacionais e internacionais e autorizar afastamentos do País a servidores da agência;

III - celebrar contratos administrativos e prorrogar contratos em vigor relativos a atividades de custeio, independentemente do valor.

A prática regulatória presente na experiência nacional, contudo, demonstra que o próprio poder instituidor das agências não tem respeitado sua autonomia limitada — o que acontece com frequência nas entidades municipais. Há casos contínuos de violação da estabilidade de dirigentes de agências federais, estaduais e municipais, além da falta de estabelecimento de recursos próprios para esses órgãos financeiramente independentes por lei. Como as taxas de regulação integram o orçamento geral da União ou dos estados, havendo contingenciamento, seus valores, que serviriam à manutenção da agência, são retidos.⁶⁶¹

661 OLIVEIRA, Carlos Roberto. Em busca da efetividade na regulação: os avanços e desafios jurídico-institucionais das agências reguladoras de saneamento. In: DAL POZZO, Augusto Neves; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; BERTOCCELLI, Rodrigo →

Uma das principais controvérsias na doutrina é identificar os limites do poder de regulação das agências. Nas palavras de Bandeira de Mello, “saber o que e até onde podem regular algo sem estar, com isto, invadindo competência legislativa”.⁶⁶² Questionam-se os fundamentos jurídico-constitucionais de delegar-se função normativa a elas. O argumento pode resumir-se da seguinte forma:

- (i) Já que somente a ANATEL e a ANP estão previstas na Constituição como *órgãos reguladores*, sendo todas as outras agências criadas por lei,⁶⁶³ a delegação do poder normativo é feita, nos demais casos, pelas leis instituidoras. Suas funções normativas são reduzidas, como as de qualquer órgão administrativo ou entidade da administração indireta.
- (ii) Elas não têm competência para regular matéria não disciplinada em lei, nem para regulamentar leis, pois isso é de competência privativa do chefe do Executivo.

Ante tal panorama não são poucos os que se colocam a favor da incorporação dessas entidades pela administração direta, criando um vínculo automático de hierarquia com o chefe do Executivo.⁶⁶⁴

→ de Pinho. (coords.). **Tratado sobre o marco regulatório do saneamento básico no Direito brasileiro**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2017, p. 953-961.

662 DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Op. cit.*, p. 176.

663 “Art. 21 Compete à União: [...] XI. explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais; [...]”

“Art. 177 Constituem monopólio da União: [...] § 2º A lei a que se refere o § 1º disporá sobre: III - a estrutura e atribuições do órgão regulador do monopólio da União.”

664 CAMPOS, Rodrigo Pinto de. Regulação e Federalismo no Serviço Público de Saneamento Básico. In: MOTA, Carolina. (coord.). **Saneamento Básico no Brasil** — aspectos jurídicos da Lei Federal n. 11.445/2007. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 98. Recorda o autor que “[...] os diversos projetos de lei federal de saneamento que tramitaram no Congresso Nacional nos anos 1990 e 2000 sempre buscaram construir um arcabouço regulatório para o setor. Alguns, como o Projeto de Lei n. 4.147/2001, tinham um viés mais próximo do modelo de regulação implantado em outros serviços públicos econômicos (como telecomunicações, energia elétrica e petróleo), prevendo a criação de agências pelos titulares do serviço e instituindo, em linhas gerais, o regime jurídico de atuação de tais entidades. Outros, como o Anteprojeto de Lei elaborado pelo Ministério das Cidades, em 2004, embrião do →

Aqueles que defendem a existência das agências reguladoras entendem que o seu poder normativo, com exceção das duas agências previstas na Constituição, restringe-se: (a) ao regimento interno das agências; e (b) à interpretação de termos jurídicos indeterminados contidos em lei expressa.⁶⁶⁵ E é pelo exercício desse segundo tipo de poder que se fala em um poder normativo *técnico*, isto é, as agências estariam adstritas à especificação de termos jurídicos indeterminados por meio de padrões técnicos de análise, sob pena de ferir o princípio da legalidade.

Da discussão apresentada, apreende-se que há espaço para controvérsia doutrinária, mas, de fato, as agências reguladoras exercem poder normativo técnico, autorizado em suas leis instituidoras. É nisso que consiste, afinal, a sua função propriamente reguladora. A expressa delegação pelo Poder Legislativo, frequentemente chamada de “deslegalização”, encontra limites constitucionais no caso de reserva legislativa específica.⁶⁶⁶

2.3. Regulação no Setor de Saneamento Básico

Conforme estudado anteriormente, os serviços de saneamento caracterizam-se como serviços públicos essenciais e possíveis monopólios naturais, isto é, têm custos de produção menores quando apenas um agente atende às suas demandas, visto que os custos fixos, de instalação de infraestrutura e manutenção, são altíssimos, e a demanda pelos serviços é inelástica.⁶⁶⁷

→ Projeto de Lei n. 5.296/2005, abandonavam tal modelo e conferiam a conselhos populares competência de verdadeiro órgão regulador do serviço. Influenciada por todas essas correntes, a Lei n. 11.445/2007 dedicou seu Capítulo V ao tema da regulação”. Destaca-se, no caso, o artigo 23 da referida lei.

665 Esse argumento foi retirado de DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. cit.*, seção 10.9.3.

666 OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Novo perfil da Regulação Estatal**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 152.

667 MADEIRA, Rodrigo Ferreira. O setor de saneamento básico no Brasil e as implicações do marco regulatório para a universalização do acesso. **Revista do BNDES**, v. 33, jun. 2010, p. 127.; GALVÃO JUNIOR, Alceu de Castro; PAGANINI, Wanderley da Silva. Aspectos conceituais da regulação dos serviços de água e esgoto no Brasil. **Revista de Engenharia Sanitária e Ambiental**, v. 14, n. 1, jan./mar. 2009, p. 79-88.

Por conta dessa dupla caracterização, a necessidade de regulação também é dupla: o caráter de monopólio natural exige, por si só, controle externo de preços e qualidade do serviço; o caráter de serviço público essencial requer empenho redobrado em direcionamento à ampliação da estrutura, tendente à sua *universalidade, equidade, acessibilidade, continuidade e transparência*.

A eficiência da regulação estatal, no caso, deve primar pela proteção dos direitos fundamentais dos usuários à vida e ao acesso a bens básicos por um preço razoável, além de assegurar continuidade, estabilidade e sustentabilidade na prestação, mediante visão integrada de longo prazo.

Ao contrário da atividade de planejamento, que é indelegável (art. 9º da Lei n. 11.445/07), a prestação, a regulação e a fiscalização dos serviços de saneamento podem ser exercidas pela própria entidade política que detém sua titularidade ou *ser delegada a qualquer entidade reguladora*, segundo o artigo 23, § 1º, da Lei n. 11.445/2007,⁶⁶⁸ o que é mantido pelo Novo Marco Legal do Saneamento (Lei n. 14.026/2020). Isso decorre da dificuldade, muitas vezes insuperável, do titular do serviço, o município, em organizar uma estrutura de regulação e fiscalização de modo a assegurar um desempenho eficiente do operador.⁶⁶⁹

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

669 CAMPOS, Rodrigo Pinto de. Regulação e Federalismo no Serviço Público de Saneamento Básico. In: MOTA, Carolina. (coord.). **Saneamento Básico no Brasil** — aspectos jurídicos da Lei Federal n. 11.445/2007. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 99. É uma constatação obrigatória que, em sua maioria, não terão os municípios condições de suportar o peso dessas competências, visto que “[...] trata-se de regras, cuja complexidade, embora não seja desmedida, importa a existência de agências minimamente estruturadas, sob os pontos de vista técnico, financeiro e de capital humano. [...] Faltam recursos orçamentários, falta infraestrutura técnica e faltam quadros capazes de cumprir funções tão amplas e que requerem certo grau de especialização”.

Ver também: GALVÃO JUNIOR, Alceu de Castro *et al.* Viabilidade da Regulação Subnacional dos Serviços de Abastecimento de Água e Esgotamento Sanitário sob a Lei n. 11.445/2007. **Revista de Engenharia Sanitária e Ambiental**, v. 13, n. 2, abr./jun. 2008, p. 135. Nesse trabalho, acolhendo-se a opinião de vários autores, afirma-se em certo momento que “[...] a regulação é viável somente →

Cada município, segundo as suas circunstâncias, precisa definir se terá órgão ou entidade de regulação próprios — o que parece ser o menos recomendado —, responsável por produzir o regime jurídico que vinculará a prestação do serviço.⁶⁷⁰ Sendo os municípios os titulares dos serviços, a competência regulatória, presume-se, caberia a eles também.

Contudo, no cenário brasileiro, ainda que as agências reguladoras dos municípios lidem, entre outros temas, com o saneamento, a estrutura administrativa de cidades detentoras de recursos não é capaz de exercer adequadamente essa função. As agências reguladoras estaduais, portanto, têm concentrado grande parte da atividade regulatória no setor de saneamento. E, por tudo que já se observou, este é o formato mais apropriado: uma agência que congregue vários municípios ou setores, alcançando escala e melhores condições de aparelhar-se com estrutura física e pessoal suficiente para o cumprimento efetivo de suas responsabilidades.

→ em municípios com grande capacitação técnica e financeira e que a maioria das prefeituras não conta com quadros técnicos qualificados e capacidade institucional para regular os serviços de saneamento básico. [...] Até mesmo em países desenvolvidos como a França, a regulação exercida pelas municipalidades carece de capacidade necessária para negociar com as grandes empresas do setor, devido estas possuírem enorme experiência e poder econômico, político e financeiro. No âmbito das concessões municipais operadas por prestadores privados, a regulação torna-se ainda mais complexa, visto a grande assimetria de recursos financeiros e administrativos existentes entre concessionárias privadas e a maioria dos municípios” — o que aumenta bastante os riscos de captura.

670 CAMPOS, Rodrigo Pinto de. Regulação e Federalismo no Serviço Público de Saneamento Básico. In: MOTA, Carolina. (coord.). **Saneamento Básico no Brasil** — aspectos jurídicos da Lei Federal n. 11.445/2007. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 110. Em conclusão, considera o autor que “[...] a edição das Leis Federais n. 11.107/2005 e n. 11.445/2007 significou um grande passo em direção ao aprimoramento da regulação do serviço público de saneamento básico no Brasil. Por intermédio de normas constantes de tais diplomas, o modelo PLANASA, vigente desde os anos 70 e embasado na colaboração interfederativa com ênfase ao poder conferido ao prestador para planejar, regular e fiscalizar sua própria atuação sucumbiu. Em seu lugar criou-se um arcabouço regulatório mais moderno. Prestação, a partir da edição da Lei n. 11.107/2005, passou a ser atividade obrigatoriamente separada da regulação. A existência de entidade reguladora previamente definida pelas normas regulatórias mínimas, estampadas nos artigos 21 e 27 da Lei n. 11.445/2007, foi alçada à categoria de condição de validade de todo e qualquer contrato a ser celebrado com vistas à prestação do serviço. Permitiu-se à delegação da regulação entre entes federativos e tentou-se disciplinar temas regulatórios espinhosos, como nos casos de serviços fracionados e de serviços prestados de forma regionalizada”.

A governança da regulação discricionária exige uma ordenação muito mais complexa, logo, os custos de transação são maiores. Para justificar esse nível de investimento, deve tornar-se eficiente, otimizando o serviço, seja nas concessões ou nos contratos de programa. Em certo sentido, a regulação discricionária permite que a agência ajuste as suas condutas regulatórias ao comportamento do operador. Quando o foco da regulação é apenas a eficiência operacional, pode ficar de lado a qualidade — se o operador, em ação oportunista, tentar proteger os seus investidores.

Mais do que a regulação contratual, a regulação discricionária consegue equilibrar segurança e flexibilidade nas relações entre o poder público e os seus operadores. Permite a customização do contrato, considerando as experiências recolhidas no cotidiano da operação.

A Lei n. 11.445/2007, nesse ponto específico, estabeleceu diretrizes e princípios básicos para o exercício da função de regulação (artigos 21 e 22), incluindo a independência, a tecnicidade e a objetividade das decisões, o estabelecimento de padrões de qualidade para a prestação dos serviços, a prevenção do abuso de poder econômico e a definição das tarifas mediante mecanismos de indução. Na linha do que já se defendeu nesse trabalho, a regulação discricionária, mais do que a regulação contratual, demandará dessas entidades servidores extremamente qualificados para o exercício efetivo de tal poder — reafirmando sempre que a regulação é um meio, nunca um fim em si mesmo.

Em um cenário ideal, defende-se a redução do número de agências em atuação no Brasil, para mais rapidamente estabilizar o sistema regulatório no setor de saneamento.

O Novo Marco Legal do Saneamento (Lei n. 14.026/2020) valida esses princípios com alterações significativas, mormente pela centralidade atribuída à ANA:

LEI 11.445/2007	LEI 14.026/2020
<p>Art. 21. O exercício da função de regulação atenderá aos seguintes princípios: I - independência decisória, incluindo autonomia administrativa, orçamentária e financeira da entidade reguladora; II - transparência, tecnicidade, celeridade e objetividade das decisões.</p>	<p>Art. 21. A função de regulação, desempenhada por entidade de natureza autárquica dotada de independência decisória e autonomia administrativa, orçamentária e financeira, atenderá aos princípios de transparência, tecnicidade, celeridade e objetividade das decisões.</p>
<p>Art. 22. São objetivos da regulação:</p> <p>I - estabelecer padrões e normas para a adequada prestação dos serviços e para a satisfação dos usuários;</p> <p>II - garantir o cumprimento das condições e metas estabelecidas;</p> <p>III - prevenir e reprimir o abuso do poder econômico, ressalvada a competência dos órgãos integrantes do sistema nacional de defesa da concorrência;</p> <p>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.</p>	<p>Art. 22.</p> <p>I - estabelecer padrões e normas para a adequada prestação e a expansão da qualidade dos serviços e para a satisfação dos usuários, com observação das normas de referência editadas pela ANA;</p> <p>II - garantir o cumprimento das condições e metas estabelecidas nos contratos de prestação de serviços e nos planos municipais ou de prestação regionalizada de saneamento básico;</p> <p>III - prevenir e reprimir o abuso do poder econômico, ressalvada a competência dos órgãos integrantes do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; e</p> <p>IV - definir tarifas que assegurem tanto o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos quanto a modicidade tarifária, por mecanismos que gerem eficiência e eficácia dos serviços e que permitam o compartilhamento dos ganhos de produtividade com os usuários.</p>

Um papel de extrema relevância no contexto do saneamento é a definição de tarifas capazes de assegurar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, ao mesmo tempo que os serviços sejam acessíveis aos usuários, por um custo compatível à sua capacidade

econômica, e prestados com qualidade. As tarifas cobradas de outros usuários deverão subsidiar esses casos. A revisão tarifária precisa dar-se a cada doze meses (art. 37 da Lei n. 11.445/2007), mas a legislação brasileira não indica a adoção de um método específico para a sua regulação. Tradicionalmente, contudo, três tipos de regulação de política tarifária são proeminentes:⁶⁷¹

(i) Regulação por taxa de retorno (ou custo de serviço), em que o regulador estipula tarifas para cada serviço voltadas a garantir um determinado retorno, com acompanhamento contínuo do desempenho da empresa.

(ii) Regulação por preço-teto, em que a agência determina um limite para a tarifa, com reajustes periódicos a partir dos relatórios do índice de preços.

(iii) Regulação por incentivos, intermediária entre os anteriores, pela qual um aumento ou uma diminuição dos custos são repassados parcialmente às tarifas, o que incentivaria a redução de custos e o aumento da eficiência da firma.

Cada um deles possui vantagens e desvantagens, a depender da conjuntura. Entretanto, a implementação de qualquer um desses modelos enfrenta um problema central: a enorme assimetria de informação entre as empresas e o regulador na experiência prática dos contratos. Por esse motivo e por razões políticas, as agências estaduais e municipais brasileiras ainda não implantaram mecanismos sólidos de regulação tarifária — nesse ponto, a questão pode ser encarada como um problema de regulação econômica.

Parcela considerável das companhias estaduais apresenta índice de liquidez geral menor que um⁶⁷²⁻⁶⁷³. Isto é, elas têm

671 MADEIRA, Rodrigo Ferreira. O setor de saneamento básico no Brasil e as implicações do marco regulatório para a universalização do acesso. **Revista do BNDES**, v. 33, p. 123-154, jun. 2010, p. 137-140.

672 AMORA, Dimmi. **Ministro Diz que Mais de 10 Empresas Públicas de Saneamento Não Passarão no “Sarrafo” do Decreto de Aptidão**. AGÊNCIA INFRA, de 22 de março de 2021. Disponível em: <<https://www.agenciainfra.com/blog/ministro-diz-que-mais-de-10-empresas-publicas-de-saneamento-nao-passarao-no-sarrafo-do-decreto-de-aptidao/>>. Acesso em 21 de junho de 2021.

673 RITTNER, Daniel. **Esperado Há um Ano, Decreto do Saneamento Cria “Corrida” para Manter Contratos**: Na Prática, Decreto Representa uma Faixa de Corte para as Empresas que Poderão ou Não Continuar à Frente dos Contratos Já Assinados. VALOR ECONÔMICO, de 01 de junho de 2021. Disponível em: →

dificuldades significativas de cumprir suas obrigações de curto e longo prazo e são incapazes de realizar investimentos de monta no aumento da cobertura. Por sua vez, as agências reguladoras locais não têm sido eficientes na fixação de parâmetros realistas para o estabelecimento e a distribuição de tarifas que garantam equilíbrio financeiro, por encontrarem-se capturadas e enfraquecidas.⁶⁷⁴ Mais sério que isso, de acordo com dados divulgados pela Associação Brasileira de Regulação,⁶⁷⁵ cerca de 74% dos municípios brasileiros nem sequer possuem agências ou mecanismos regulatórios, embora a designação de entidade para regulação e fiscalização seja condição de validade dos contratos, nos termos da Lei n. 11.445/2007, artigo 11, inciso III.

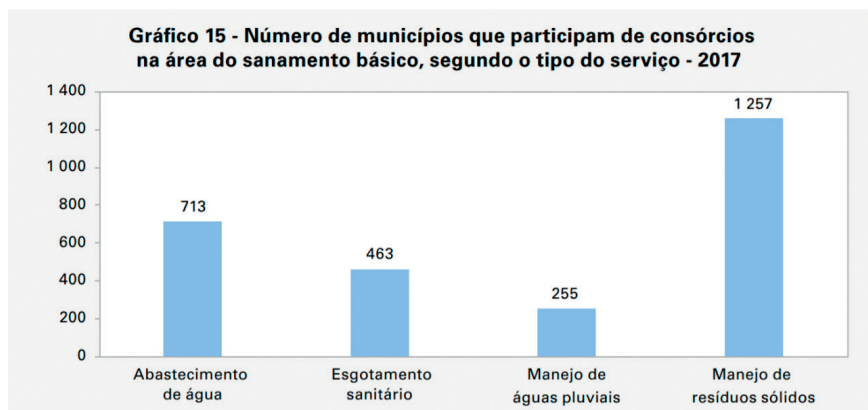
Quando muito, os municípios celebram convênios de cooperação com as agências reguladoras estaduais, sempre vinculados aos contratos de programa relacionados às companhias estaduais.⁶⁷⁶ Com a aprovação do Novo Marco Legal do Saneamento, que impede a prorrogação automática desses contratos e sua substituição por possíveis concessões a entes privados por meio de processo licitatório, talvez tenhamos, no médio prazo, mais municípios órfãos de órgão regulador independente.

Por conta de todas essas circunstâncias, reitera-se a necessidade de uma agência nacional capaz de articular as regulações regionalizadas entre si. O modelo de gestão de serviços de saneamento tem sido efetivamente adotado em diversas regiões do país. Surpreendentemente, contudo, levantamento recente do IBGE

→ <<https://valor.globo.com/empresas/noticia/2021/06/01/esperado-h-um-ano-decreto-do-saneamento-cria-corrida-para-manter-contratos.ghtml>>. Disponível em 21 de junho de 2021.

- 674 Os dados relativos a todas as companhias foram reunidos, detalhados e analisados em uma pesquisa recente. Ver: ARAÚJO, Flávia Camargo de; BERTUSSI, Geovana Lorena. Saneamento Básico no Brasil: estrutura tarifária e regulação. In: **Planejamento e Políticas Públicas**, n. 51, jul./dez. 2018, p. 176-190.
- 675 ABAR. **Regulação 2017: Saneamento Básico**. Disponível em: <http://abar.org.br/publicacoes/publicacoes-saneamento-basico/>. Acesso em: 6 nov. 2020.
- 676 OLIVEIRA, Carlos Roberto. Em busca da efetividade na regulação: os avanços e desafios jurídico-institucionais das agências reguladoras de saneamento. In: DAL POZZO, Augusto Neves; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; BERTOCCELLI, Rodrigo de Pinho. (coords.). **Tratado sobre o marco regulatório do saneamento básico no Direito brasileiro**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2017, p. 940-944.

mostra que a participação de municípios em consórcios regionais concentra-se muito mais na área de manejos de resíduos sólidos e, drasticamente menos, nas de abastecimento de água e esgotamento, uma carência imensa, tendo em vista o compartilhamento de diversos municípios de fontes e destinos comuns da água.⁶⁷⁷



Fonte: IBGE, Diretoria de Pesquisas, Coordenação de População e Indicadores Sociais, Pesquisa de Informações Básicas Municipais 2017.

A Constituição Federal, no artigo 241, a partir da Emenda Constitucional n. 19/1998, e a Lei n. 11.107/2005 contemplam a possibilidade de formação de consórcio entre os entes federativos e a contratação de entidade de direito público ou privado que integre a administração indireta de qualquer um deles. Os municípios e o Estado poderiam compor um *consórcio público*, ou um *convênio de cooperação*, e depois confeccionar um *contrato de programa* com uma companhia estadual — revalidando o modelo PLANASA, desde que não se atribua o exercício dos poderes de planejamento, regulação e fiscalização ao operador contratado. O consórcio público, e não a companhia estadual, deve cumprir essas tarefas, estabelecendo um novo patamar de controle sobre a operação e a efetiva prestação do serviço — é o indicado no artigo 13, § 3º e 5º, da Lei n. 11.107/2005.⁶⁷⁸

677 IBGE. **Perfil dos municípios brasileiros - Saneamento básico**: aspectos gerais da gestão da política de saneamento básico. Rio de Janeiro: IBGE, Coordenação de População e Indicadores Sociais, 2018, p. 16.

678 CAMPOS, Rodrigo Pinto de. Regulação e Federalismo no Serviço Público de Saneamento Básico. In: MOTA, Carolina. (coord.). **Saneamento Básico no Brasil** — →

Se, de um lado, a Lei n. 11.445/2007 operou uma importante remodelação do PLANASA, por outro, demonstrou-se incapaz de responder ao imperativo da universalização. A cada estado e município foi delegada a regulação interna do serviço através de normas infralegais de incidência local. Os agentes privados que venham a ingressar no ramo se veem diante de desafios alarmantes, fruto da necessidade de submissão a padrões regulatórios muito diferentes em cada localidade de atuação.

O Novo Marco Legal do Saneamento traz alterações significativas nesse âmbito, em especial, a eliminação do instituto do contrato de programa entre municípios e companhias estaduais:

LEI 11.445/2007	LEI 14.026/2020
<p>Art. 10. A prestação de serviços públicos de saneamento básico 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.</p>	<p>Art. 10. A prestação dos serviços públicos de saneamento básico por entidade que não integre a administração do titular depende da celebração de contrato de concessão, mediante prévia licitação, nos termos do art. 175 da Constituição Federal, vedada a sua disciplina mediante contrato de programa, convênio, termo de parceria ou outros instrumentos de natureza precária. [...]</p> <p>§ 3º Os contratos de programa regulares vigentes permanecem em vigor até o advento do seu termo contratual.</p>

→ aspectos jurídicos da Lei Federal n. 11.445/2007. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 96-98. Segundo o autor, “[...] a Lei Federal de Consórcios instituiu um modelo escalonado de relacionamento entre os entes federativos empenhados na gestão associada de um dado serviço público. Num primeiro momento, de dimensão político-institucional, os entes devem constituir consórcio público ou celebrar convênio de cooperação; em seguida, se o prestador integrar a administração indireta de um dos entes consorciados ou conveniados, deverá firmar contrato de programa com o titular do serviço. Assim, todos os contratos celebrados pelas CESBs — empresas estatais estaduais — após a edição da Lei Federal de Consórcios deverão ser contratos de programa, previamente autorizados por consórcio público ou convênio de cooperação, sob pena de decretação de sua nulidade”. Todavia, prossegue o autor, “[...] a partir da edição da Lei Federal dos Consórcios, o prestador do serviço de saneamento básico está alijado da realização de tarefas estranhas à sua atividade-fim. Nessa medida, o planejamento das metas de expansão da rede de tratamento do esgoto coletado, bem como a fixação de tarifas ou a fiscalização dos serviços prestados, deixam de ser atribuições das CESBs e passam às mãos do titular do serviço, sob pena de decretação da nulidade dos contratos [...]”.

Nesse cenário, em que a delegação do contrato de concessão para uma empresa privada dar-se-á por meio de licitação, é indispensável a existência prévia de um órgão, ou uma entidade, com competência para regular e fiscalizar a prestação do serviço. Até pode-se considerar o próprio processo licitatório, sempre fiscalizado pelos Tribunais de Contas, por si só, um importante instrumento de regulação. Mas as agências reguladoras, com sua característica autonomia em relação ao Poder Executivo, estão menos sujeitas à influência política, desencadeando um espaço propício a avaliações técnicas e, ao mesmo tempo, para a atuação, e pressão, de todos os atores envolvidos nesse processo — o Estado, o mercado e a sociedade.

No panorama instaurado pela aprovação do Novo Marco Legal, a ANA terá enfim o papel fundamental de assumir esse lugar, estabelecendo padrões mínimos para o exercício do poder discricionário e regulador dos órgãos e das entidades administrativas responsáveis pela estipulação dos parâmetros locais no setor. Nesse movimento inequívoco de incentivo à participação privada, é essencial que a União assuma protagonismo na construção das políticas públicas de saneamento, frente à atual desagregação do sistema. A ANA, conforme veremos no próximo ponto, poderá ser uma peça-chave em tal processo.

Resta comentar, ainda nesse tópico, uma importante inovação: o tratamento mais detido pelo Novo Marco Legal do Saneamento à figura da gestão associada para *prestação regionalizada*, que aparecia apenas lateralmente na Lei n. 11.445/07, direcionada à integração dos serviços de saneamento em regiões metropolitanas e unidades regionais de saneamento (estabelecidas por lei estadual) ou blocos de referência (estabelecidos pela União, com gestão associada voluntária dos titulares).

Esse instrumento tem uma longa história, datando da Constituição Federal de 1937 as primeiras previsões, mas foi só após a promulgação da Lei n. 11.107/2005 que se registrou a existência de um regime jurídico claro para organizar a gestão associada de serviços públicos — um desdobramento do conceito de “federalismo cooperativo”. Costuma ser uma ferramenta de cooperativismo intermunicipal capaz de oferecer uma estrutura independente, que os municípios pequenos não conseguiriam manter sozinhos, além

de melhor preservá-la de sua captura por interesses políticos ou privados locais.⁶⁷⁹

A gestão associada na forma de consórcios intermunicipais integra o Novo Marco do Saneamento. Compararemos no quadro a seguir:

LEI 11.445/2007	LEI 14.026/2020
<p>Art. 8º, § 1º O exercício da titularidade dos serviços de saneamento básico pelos Municípios e pelo Distrito Federal fica restrito às suas respectivas áreas geográficas.</p> <p>§ 2º Na hipótese de interesse comum, o exercício da titularidade dos serviços de saneamento básico será realizado por meio:</p> <p>I - de colegiado interfederativo formado a partir da instituição de região metropolitana, aglomeração urbana ou microrregião; ou</p> <p>II - de instrumentos de gestão associada, por meio de consórcios públicos ou de convênios de cooperação, nos termos estabelecidos no art. 241 da Constituição. [...]</p> <p>§ 4º O exercício da titularidade na forma prevista no § 2º poderá ter como objeto a prestação conjunta de uma ou mais atividades previstas no inciso I do <i>caput</i> do art. 2º.</p> <p>§ 5º Os serviços públicos de saneamento básico nas regiões metropolitanas, nas aglomerações urbanas e nas microrregiões serão fiscalizados e regulados por entidade reguladora estadual, distrital, regional ou intermunicipal, que observará os princípios estabelecidos no art. 21.</p>	<p>Art. 8º, § 1º O exercício da titularidade dos serviços de saneamento poderá ser realizado também por gestão associada, mediante consórcio público ou convênio de cooperação, nos termos do art. 241 da Constituição Federal, observadas as seguintes disposições:</p> <p>I - fica admitida a formalização de consórcios intermunicipais de saneamento básico, exclusivamente composto de Municípios, que poderão prestar o serviço aos seus consorciados diretamente, pela instituição de uma autarquia intermunicipal;</p> <p>II - os consórcios intermunicipais de saneamento básico terão como objetivo, exclusivamente, o financiamento das iniciativas de implantação de medidas estruturais de abastecimento de água potável, esgotamento sanitário, limpeza urbana, manejo de resíduos sólidos, drenagem e manejo de águas pluviais, vedada a formalização de contrato de programa com sociedade de economia mista ou empresa pública, ou a subdelegação do serviço prestado pela autarquia intermunicipal sem prévio procedimento licitatório.</p>

679 OLIVEIRA, Carlos Roberto. **Em busca da efetividade na regulação**: os avanços e desafios jurídico-institucionais das agências reguladoras de saneamento. In: DAL POZZO, Augusto Neves; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; BERTOCCELLI, Rodrigo de Pinho. (coords.). **Tratado sobre o marco regulatório do saneamento básico no Direito brasileiro**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2017, p. 936-941.

Art. 8º-B. Excetuam-se da hipótese prevista no § 6º do art. 13 da Lei nº 11.107, de 2005, os casos de alienação do controle acionário de companhia estatal prestadora de serviços públicos de saneamento básico.

§ 1º Anteriormente à alienação de controle acionário a que se refere o *caput*, a ser realizada por meio de licitação na forma prevista na Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e na Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, o controlador comunicará formalmente a sua decisão aos titulares dos serviços de saneamento atendidos pela companhia. § 2º A comunicação formal a que se refere o § 1º deverá:

I - contemplar os estudos de viabilidade e a minuta do edital de licitação e os seus anexos, os quais poderão estabelecer novas obrigações, escopo, prazos e metas de atendimento para a prestação dos serviços de saneamento, a serem observados pela companhia após a alienação do seu controle acionário; e
II - dispor sobre as condições e o prazo para a anuência, pelos titulares dos serviços de saneamento, a respeito da continuidade dos contratos de programa vigentes

§ 3º A anuência prevista no inciso II do § 2º será formalizada por meio de manifestação do Poder Executivo, que precederá à alienação de controle da companhia.

§ 4º A anuência quanto à continuidade dos contratos implicará a adesão automática às novas obrigações, ao escopo, aos prazos e às metas de atendimento para a prestação dos serviços de saneamento, se estabelecidas, as quais prevalecerão sobre aquelas constantes dos contratos de programa vigentes.

§ 2º Para os fins desta Lei, as unidades regionais de saneamento básico devem apresentar sustentabilidade econômico--financeira e contemplar, preferencialmente, pelo menos uma região metropolitana, facultada a sua integração por titulares dos serviços de saneamento.

§ 3º A estrutura de governança para as unidades regionais de saneamento básico seguirá o disposto na Lei nº 13.089, de 12 de janeiro de 2015 (Estatuto da MetrÓpole).

§ 4º Os Chefes dos Poderes Executivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios poderão formalizar a gestão associada para o exercício de funções relativas aos serviços públicos de saneamento básico, ficando dispensada, nos casos dos convênios de cooperação, a necessidade de autorização legal.

§ 5º O titular dos serviços públicos de saneamento básico deverá definir a entidade responsável pela regulação e fiscalização desses serviços, independentemente da modalidade da sua prestação.

§ 5º Os instrumentos de gestão associada poderão ser oportunamente adequados, no que couber, às novas obrigações, ao escopo, aos prazos e às metas de atendimento para a prestação de serviços de saneamento, a serem observadas pela companhia posteriormente à alienação de seu controle.

§ 6º Os Municípios que decidirem pela não continuidade dos contratos de programa assumirão a prestação dos serviços públicos de saneamento básico e procederão ao pagamento de indenizações devidas em razão de investimentos realizados e ainda não amortizados ou depreciados, na forma prevista na Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995

§ 7º O disposto neste artigo aplica-se, no que couber, às hipóteses de delegação ou de subdelegação de serviços à iniciativa privada.

A realização de consórcios públicos entre municipalidades e sua efetivação poderá acarretar excelentes frutos na consecução dos objetos de universalização e qualificação dos serviços de saneamento. Tais consórcios têm a vantagem de viabilizar o compartilhamento de bens, pessoal e atividades por municípios que, sabidamente, encontrariam enorme dificuldade organizacional e orçamentária para exercer seu dever. Além da evidente redução de custos, essas articulações tendem a promover a desejada integração regional e interdisciplinar no setor, bem como facilitar a cobertura de áreas que, apesar das fronteiras intermunicipais, dificilmente distinguem-se.

Em contrapartida, há uma série de dificuldades e barreiras ao funcionamento dos consórcios pela sistemática estabelecida na Lei n. 11.107/2005. Por exemplo, a assimetria na distribuição de poder de decisão dos entes consorciados, a fragmentação do controle, os conflitos entre níveis distintos de competência normativa

e os diferentes regimes dos agentes públicos, conforme estudaram Thiago Marrara e Raul Miguel Freitas de Oliveira.⁶⁸⁰

De qualquer modo, é preciso pensar na aproximação dos mundos público e privado. O setor é reconhecido, por característica, como representativo de um mercado resiliente. A intenção agora é melhorar o ambiente de negócios e resolver o problema do saneamento no Brasil. E, para isso, é fundamental que ocorra uma padronização regulatória, conferindo à União, por meio de uma agência reguladora, a missão de organizar essa política pública, coordenando a atuação das entidades subnacionais. É muito positivo o fato de a União dispor de experiência regulatória em temas complexos, pois pode significar uma qualificação dos marcos normativos do setor.

2.4. A Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico (ANA)

É central que a regulação do setor de água e serviço de esgotamento sanitário não se dê apenas no plano do controle da formalidade e legalidade dos contratos de concessão ou de programa e na garantia da concorrência entre os atores. Não se pode negligenciar o caráter público desses serviços, o que exige tratamento diferenciado num território como o brasileiro, onde as extremas desigualdades econômicas e sociais desenham e segregam o espaço urbano e, conseqüentemente, o acesso a bens públicos essenciais. O propósito da universalização dos serviços de água potável e esgotamento mediante custo acessível requer um aprofundado planejamento de uma política de subsídios, já que o financiamento pela via tarifária é impensável no setor, conforme destacou-se ao longo do trabalho.⁶⁸¹

Além disso, a política de saneamento deve dialogar com a gestão de recursos hídricos, também distribuídos de maneira injusta pelo território nacional. Historicamente, o enfoque de instrumentos

680 MARRARA, Thiago; OLIVEIRA, Raul Miguel Freitas de. **Consórcios para prestação ou regulação de serviços de saneamento básico**. In: DAL POZZO, Augusto Neves; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; BERTOCCELLI, Rodrigo de Pinho. (coords.). **Tratado sobre o marco regulatório do saneamento básico no Direito brasileiro**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2017, p. 832-841.

681 CARVALHO, Vinícius Marques de. **O Direito do Saneamento Básico**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 343-353.

como o Código de Águas (1968) ocorreu sobre o aproveitamento hidrelétrico da água, hegemonia que só cedeu espaço com o fim do regime militar.

Nos termos da competência estabelecida no artigo 21, inciso XIX, da Constituição Federal de 1988, a Lei n. 9.433/1997, definindo a água como bem de domínio público, modelou uma Política Nacional de Recursos Hídricos que estabelecia como prioridades a garantia à atual e às futuras gerações da disponibilidade de água em padrão de qualidade compatível aos distintos usos, a utilização racional e integrada dos recursos de maneira sustentável, e a prevenção contra eventos críticos de origem natural ou decorrentes de uso inadequado. Junto de inúmeros instrumentos jurídicos, o Sistema Nacional de Recursos Hídricos passaria a ser composto por um Conselho Nacional de Recursos Hídricos (CNRH), conselhos regionais, comitês de bacia hidrográfica e agências nacional e regionais (arts. 29-44 da Lei n. 9.433/1997), atuando de forma coordenada e articulada entre si.

A Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico, em específico, foi criada pela Lei n. 9.984/2000, autarquia sob regime especial, com autonomia administrativa e financeira, vinculada ao Ministério do Desenvolvimento Regional, responsável pela implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos (PNRH). Suas atribuições englobam fiscalizar e controlar o devido cumprimento da legislação federal sobre recursos hídricos (art. 4º, I), disciplinar normativamente a implementação, a operacionalização, o controle e a avaliação da PNRH (art. 4º, II), outorgar o direito de uso dos recursos sob domínio da União (art. 4º, IV), promover coordenação das atividades públicas e privadas (art. 4º, XIII), prestar apoio aos estados na criação de órgãos gestores (art. 4º, XVI), entre muitas outras.

Ademais, a agência publica anualmente diversos e detalhados estudos sobre a situação atual das bacias hidrográficas por região, monitoramento da qualidade de suas águas, dos números de uso e gestão, outorgas e infrações, arrecadação em cobranças, dados sobre cheias, secas, enxurradas, alagamentos e inundações, medidas restritivas para segurança hídrica e prevenção de desastres, afóra outros importantes tópicos.⁶⁸²

682 Disponível em: <<http://conjuntura.ana.gov.br/>>. Acesso em: 6 nov. 2020.

Tendo em vista que o serviço de saneamento tanto serve-se da captação de águas de domínio público quanto emite efluentes, os órgãos que compõem a gestão nacional de recursos hídricos, é claro, devem participar ativamente na regulação do setor. O saneamento básico ocupa um papel central na preservação de recursos, por sua adequada e sustentável captação e, principalmente, pela distribuição de água potável com qualidade assegurada e pelo tratamento dos esgotos coletados, uma das nossas maiores deficiências contemporâneas.

Logo, tornou-se um movimento natural a ampliação do campo de atuação da ANA. Outro ponto que favorece o desempenho, pela ANA, da regulação do setor de saneamento em escala nacional é sua autonomia financeira no tocante à União:

A ANA tem fontes de recursos que não dependem diretamente do orçamento da União, como as compensações financeiras pela utilização dos recursos hídricos, estabelecidas conforme as Leis nos 7.990/1989, 9.648/1998 e 9.984/2000. Por meio do Decreto nº 7.402/2010, essas compensações financeiras passaram a constituir-se como cobrança pelo uso dos recursos hídricos (previstos na Lei no 9.433/1997), e, desde 2011, esses recursos não podem mais ser contingenciados (Decreto nº 7.445/2011). Isso traz certa autonomia financeira à ANA, a torna menos vulnerável em tempos de crise fiscal e, de alguma forma, permite que a agência possa assumir algumas responsabilidades a mais, sem necessariamente ter que contar com os recursos do orçamento geral da União.⁶⁸³

A agência, inclusive, já tem programas destinados à alocação de recursos na área do saneamento. O principal é o Programa de Despoluição de Bacias Hidrográficas (PRODES), o qual repassou às

683 ARAÚJO, Flávia Camargo de; BERTUSSI, Geovana Lorena. **Saneamento Básico no Brasil: Estrutura Tarifária e Regulação**. In: **Planejamento e Políticas Públicas**, n. 51, jul./dez. 2018, p. 194.

companhias que investiram na implantação e operação de estações de tratamento de esgoto valores que alavancaram cerca de 1,6 bilhão de reais em investimentos.⁶⁸⁴

Essa posição propícia da ANA à função de reguladora nacional do setor vinha sendo amadurecida no debate público. Foi acolhida no cenário institucional quando da edição das medidas provisórias n. 844 e n. 868, de 2018, e adotada e extensamente detalhada no Novo Marco Legal do Saneamento. Essa lei, como destacou-se outras vezes, alterou a própria lei de criação da ANA, que passou a chamar-se Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico, responsabilizando-se “pela instituição de normas de referência para a regulação dos serviços públicos de saneamento básico” (arts. 1º, 2º, 3º e 4º).

As normas mencionadas servirão para orientar os agentes que prestarem serviços de saneamento e os órgãos incumbidos de sua regulação. Também abordarão várias matérias (a previsão é alcançar mais de setenta temas). Aliás, um dos assuntos a normatizar será a “governança das entidades reguladoras” (art. 4º-A, §1º, VIII), pois, não se pode negar, muitas das agências reguladoras subnacionais, a despeito dos problemas já apontados, continuarão existindo, o que demanda um esforço de aprimoramento dessas instituições. Tal empenho envolverá a forma de comunicação adotada pela ANA para disseminar suas diretrizes e as melhores práticas observadas no setor.

Em meio às novas atribuições da ANA, destacam-se: o estabelecimento de padrões de qualidade de prestação dos serviços e a manutenção dos sistemas de saneamento (art. 4º-A, §1º, I), que vincularão as agências regionais (arts. 22, II, e 23); a imposição de metas de universalização, a serem incluídas em contratos de concessão (art. 5º, § 1º, IV), e de um sistema para avaliação periódica e obrigatória (art. 4-B, §2º) de seu cumprimento (art. 4º-A, §1º, XII); a regulação tarifária, cuja ausência de forma padronizada e consistente tem gerado o vácuo regulatório para as imensas desigualdades de custos aos usuários em diferentes regiões do país (art. 4º-A, §1º, II); a padronização dos instrumentos negociais (art. 4º-A, §1º, III); o uso

684 Os dados atualizados estão disponíveis em: <<https://www.ana.gov.br/prodes/prodes.asp>>. Acesso em: 6 nov. 2020.

e a reutilização de água tratada (art. 4º, IX); e os procedimentos de licenciamento ambiental (art. 44).

Em adição à delimitação material do âmbito de abrangência da atividade normativa da agência, a nova regra impõe orientações precisas sobre os parâmetros dessas futuras normas. Elenca, por exemplo, os princípios básicos a que devem direcionar-se, com destaque para a universalização e a modicidade da tarifa (art. 4º-A, §3º, I) e, sempre que possível, para a concomitância da prestação de abastecimento de água com o esgotamento (art. 4º-A, §3º, VIII). Determina, ainda, o estímulo à cooperação entre os entes federativos (art. 4º, §3º, III), ao mesmo tempo que se adotem métodos, técnicas e processos adequados às peculiaridades regionais (art. 4º-A, §3º, IV), um dos desafios centrais para a regulação no setor. E a uniformização das tarifas (art. 4º-A, §1º, II), além dos óbvios critérios de equilíbrio econômico-financeiro, deverá contemplar mecanismos de subsídio para populações de baixa renda e o compartilhamento de ganhos de produtividade com os usuários (art. 4º-A, §8º).

O quadro comparativo a seguir mostra que o Novo Marco adicionou nove incisos, precisando as competências normativas que a Medida Provisória n. 844, agora já sem vigência, havia incorporado à Lei n. 9.984/2000, que instituiu a ANA:

MP 844/2018	LEI 14.026/2020
<p>§1º À ANA caberá estabelecer, entre outras, normas de referência nacionais sobre:</p> <p>I - os padrões de qualidade e eficiência na prestação, na manutenção e na operação dos sistemas de saneamento básico;</p> <p>II - a regulação tarifária dos serviços públicos de saneamento básico, com vistas a promover a prestação dos serviços adequada, o uso racional de recursos naturais e o equilíbrio econômico-financeiro das atividades;</p>	<p>§ 1º Caberá à ANA estabelecer normas de referência sobre:</p> <p>I - padrões de qualidade e eficiência na prestação, na manutenção e na operação dos sistemas de saneamento básico;</p> <p>II - regulação tarifária dos serviços públicos de saneamento básico, com vistas a promover a prestação adequada, o uso racional de recursos naturais, o equilíbrio econômico-financeiro e a universalização do acesso ao saneamento básico;</p>

III - a padronização dos instrumentos negociais de prestação de serviços públicos de saneamento básico, firmados entre o titular do serviço público e o delegatário, os quais contemplarão metas de qualidade, eficiência e ampliação da cobertura dos serviços, além de especificar a matriz de riscos e os mecanismos de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro das atividades;

IV - os critérios para a contabilidade regulatória decorrente da prestação de serviços de saneamento básico; e

V - a redução progressiva da perda de água.

III - padronização dos instrumentos negociais de prestação de serviços públicos de saneamento básico firmados entre o titular do serviço público e o delegatário, os quais contemplarão metas de qualidade, eficiência e ampliação da cobertura dos serviços, bem como especificação da matriz de riscos e dos mecanismos de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro das atividades;

IV - metas de universalização dos serviços públicos de saneamento básico para concessões que considerem, entre outras condições, o nível de cobertura de serviço existente, a viabilidade econômico-financeira da expansão da prestação do serviço e o número de Municípios atendidos;

V - critérios para a contabilidade regulatória;

VI - redução progressiva e controle da perda de água;

VII - metodologia de cálculo de indenizações devidas em razão dos investimentos realizados e ainda não amortizados ou depreciados;

VIII - governança das entidades reguladoras, conforme princípios estabelecidos no art. 21 da Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007;

IX - reúso dos efluentes sanitários tratados, em conformidade com as normas ambientais e de saúde pública;

X - parâmetros para determinação de caducidade na prestação dos serviços públicos de saneamento básico;

XI - normas e metas de substituição do sistema unitário pelo sistema separador absoluto de tratamento de efluentes;

XII - sistema de avaliação do cumprimento de metas de ampliação e universalização da cobertura dos serviços públicos de saneamento básico;

XIII - conteúdo mínimo para a prestação universalizada e para a sustentabilidade econômico-financeira dos serviços públicos de saneamento básico.

Há também requisitos formais para o processo de instituição das normas. Exige-se que a ANA, na avaliação das práticas regulatórias e das decisões normativas adequadas, não apenas baseie-se em estudos técnicos (art. 4º-A, §10), mas igualmente ouça as entidades estaduais e municipais e os cidadãos afetados pelas medidas, por meio de consultas e audiências públicas (art. 4º-A, §4º). Esse requisito atende, de modo bem mais concreto, ao princípio do *controle social*, elencado entre as diretrizes para as políticas de saneamento básico (art. 3º, IV, Lei n. 11.445/2007) e definido nos seguintes termos:

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

Diz respeito, portanto, ao direito de acesso à informação e à participação dos cidadãos em decisões de política pública, seja diretamente, seja pela representação de associações ou outras entidades. Esse movimento deve acompanhar todas as etapas, desde o planejamento até a execução das políticas. Uma das condições de validade dos contratos de prestação de serviços de saneamento é justamente a “realização prévia de audiência e de consulta públicas sobre o edital de licitação, no caso de concessão, e sobre a minuta do contrato” (art. 11, IV, da Lei n. 11.445/2007).

Contudo, a datar da aprovação desse marco, mostrou-se “tímida a implementação de instrumentos e mecanismos concretos que permitam referido controle”.⁶⁸⁵ A própria lei e o seu regulamento, apesar de considerarem obrigatória a realização das sobreditas audiências e consultas e determinarem a instituição de órgãos colegiados (art. 47) como mecanismos de controle social, reforçam o caráter meramente consultivo desses. Urge que as agências reguladoras de

685 PESSOA, João Paulo. Constituição, Saneamento Básico e Controle Social. In: DAL POZZO, Augusto Neves; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; BERTOCCELLI, Rodrigo de Pinho. (coords.). **Tratado sobre o marco regulatório do saneamento básico no Direito brasileiro**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2017, p. 984.

saneamento, e, no caso específico, a ANA, a qual iniciará o exercício de suas novas atribuições pela produção de normas padronizadas para o território nacional, promovam instrumentos de controle social nesse processo, e que possam esses intervir efetivamente na definição de suas atividades. É, inclusive, medida de prevenção de litígios futuros.⁶⁸⁶

A agência, pelo texto do Novo Marco, será responsável ainda pela mediação de conflitos, “com sujeição e concordância entre as partes” (art. 4º-A, §5º), sejam elas agências locais ou prestadores de serviços. E em situações de extrema escassez ou contaminação de recursos hídricos que obriguem a adoção de racionamento (art. 46), a ANA poderá, estudando a bacia em questão, recomendar a restrição ou interrupção do uso daqueles recursos, priorizando o consumo humano e a “dessedentação” animal (art. 46, parágrafo único). A observância pelos prestadores e reguladores das normas de referência da ANA condicionará a alocação de recursos públicos federais (art. 50, II).

A constitucionalidade da ampliação da competência da ANA para estabelecer normas de referência foi questionada na ADI 6536. Argumentou a parte autora que tal competência fere a autonomia dos municípios ao exercer atividade normativa à revelia dos titulares do serviço. A Advocacia-Geral da União, em manifestação a respeito da referida ADI, defendeu a constitucionalidade da lei apresentando as seguintes razões:

I. A Constituição, no seu artigo 21, inciso XX, efetivamente confere competência à União para “instituir diretrizes para o [...] saneamento básico.”

II. O Supremo Tribunal Federal já conhece a competência técnico-administrativa de agência estadual de

686 PELLEGRINI, Guilherme Martins. Regulação do Saneamento e Participação Pública. In: DAL POZZO, Augusto Neves; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; BERTOCCELLI, Rodrigo de Pinho. (coords.). **Tratado sobre o marco regulatório do saneamento básico no Direito brasileiro**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2017, p. 1033.

saneamento básico, que assim como a União, não é a titular do serviço.⁶⁸⁷

III. As normas de referência não vinculam os municípios, mas antes são incentivos à padronização regulatória.

Tomados esses três pontos em conjunto, têm-se que, enquanto normas de regulação indireta, que funcionam apenas como incentivos, essa competência da ANA pode ser vista como uma instância da atividade de instituir diretrizes para o saneamento, justamente a atividade que é competência da União. Aliado a isso, o STF já acolhe a ideia de competência técnica, que se compatibiliza com a ideia de regulação indireta.

Quem define o modelo de prestação do serviço de saneamento, se público ou privado, sendo responsável pela fiscalização da prestação, continua sendo o titular do serviço, isto é, os municípios.⁶⁸⁸ O propósito de ampliar as competências da ANA vai no espírito do Novo Marco como um todo, a saber, o de atrair investimentos privados para o setor, que demanda segurança jurídica. O diagnóstico do atual estado de coisas resume-se na seguinte passagem da manifestação da AGU:

Atualmente, o setor de saneamento no Brasil é extremamente fragmentário, o que dificulta a transparência e a compreensão das normas que o envolvem, pois há mais de 49 (quarenta e nove) agências reguladoras, nem todas as quais contam com alta capacidade regulatória e independência técnica. Deve-se também a essa pulverização a dificuldade de desenvolvimento do setor.⁶⁸⁹

687 ADI 2095, Relatora CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 11/10/2019, DJe 26-11-2019.

688 Ver art. 8º, §5º, da Lei n. 11.445/2007 (redação dada pela Nova Lei).

689 Manifestação da AGU a respeito da ADI n. 6.536, p. 34.

Segue-se, linhas abaixo, a motivação do Novo Marco do Saneamento diante do problema aludido:

Com o estímulo à competitividade no setor de saneamento, revelou-se necessário o estabelecimento de um padrão mínimo de prestação dos serviços e de conteúdo dos contratos firmados com o Poder Público, a fim de conferir segurança jurídica aos investidores privados e parâmetros de qualidade do atendimento aos usuários.⁶⁹⁰

Em suma, a defesa da constitucionalidade da nova lei consiste em reafirmar o caráter não vinculante das normas de referência a serem emitidas pela ANA. O propósito dessa competência é de fornecer um quadro normativo geral adotável em todo o Brasil, garantindo segurança jurídica e, conseqüentemente, tornando o setor de saneamento básico mais atrativo para o investimento de atores privados.

Em última instância, a ANA encarregará-se da coordenação do setor, no limite das competências constitucionais previstas para a União nessa modalidade de serviço público. Assim, tem a oportunidade de fortalecer a regulação subnacional sem interferir na autonomia dos entes federados, uma vez que, de qualquer maneira, o mercado é subnacional. Necessariamente, a ANA irá conferir maior segurança jurídica para o setor, mas isso não restringirá, em tese, a existência de múltiplas agências. Por essa razão, a perspectiva de uma regulação com maior qualidade como ponto de partida tende a funcionar.

A fragmentação regulatória, a insegurança jurídica nas relações contratuais e a baixa competitividade no mercado são pontos a serem enfrentados pela agência nacional. A padronização da regulação, a fixação de *standards* de conduta e a disseminação de boas práticas impactam o esforço contínuo de qualificação do setor, especialmente porque o Novo Marco Legal do Saneamento exige respostas rápidas. O fato de a ANA já controlar o tema das bacias

690 Ibid. 35.

hidrográficas foi decisivo para definir-se que era mais apropriado ampliar as suas competências, em detrimento dos que defendiam a criação de uma nova entidade, com atuação voltada apenas ao saneamento básico.

Mostrou-se complexo resolver o impasse da vontade de uma coordenação nacional para um assunto de titularidade municipal. Mas o incentivo à regionalização, com a formação de novas regiões metropolitanas, consórcios públicos, unidades regionais e blocos de referência, o que diminui o protagonismo dos municípios enquanto projetos isolados, legitimou a nacionalização (restrita) do controle dessa política pública. As normas de referência nacionais serão posteriormente detalhadas pelas agências subnacionais, o que poderá produzir uma homogeneização do setor, tornando-o mais atrativo para a entrada de outros *players*, como dito.

Resta a dúvida quanto ao nível de engajamento das reguladoras subnacionais em relação à produção normativa da ANA, pois não existe aqui uma lógica de regra-sanção, ou seja, será preciso desenvolver-se um processo de sensibilização desses atores, de aculturamento na direção de um sistema com novos parâmetros, muito embora o acesso condicionado aos recursos federais deva bastar. Foi com essa estratégia que o PLANASA rapidamente consolidou-se. As consultas, as audiências públicas e a Análise de Impacto regulatório (AIR), na medida em que representem a presença do controle e da participação social, com mediação dos corpos técnicos, podem formar um consenso em torno das diretrizes nacionais formatadas para organizar o setor.

Os contratos de programa e de concessão vigentes — e formalizados — permanecerão válidos, ainda que demandem adaptação às metas estabelecidas a partir da Lei n. 14.026/2020, sendo posteriormente impactados pela ação normativa da ANA, conforme as subnacionais assimilarem as orientações. Em regra, encerrar-se-ão com o advento do termo contratual, o que pode modificar-se caso não seja possível comprovar capacidade econômico-financeira para responder pelas metas reprogramadas em todos esses acordos.

3. Processo Decisório na Regulação dos Serviços de Saneamento

3.1. Virada Pragmática no Direito Administrativo

O século XXI testemunha um amplo movimento de definitiva desestabilização do dogma administrativista ligado tradicionalmente ao princípio da legalidade, que funcionava como uma presunção de restrição da atuação dos agentes públicos apenas àquilo que fosse expressa e previamente autorizado por legislação. Tem sido chamada “virada pragmática”⁶⁹¹ essa generalizada valorização de uma orientação da administração pública pela eficiência em colaboração com saberes extrajurídicos e pela implementação de instrumentos de legitimação democrática de suas políticas.

Podemos, inclusive, compreender esse movimento dentro do ciclo denominado “constitucionalização”, iniciado com a abertura democrática no Brasil, que, redefinindo conceitos centrais do Direito Administrativo, como o de supremacia do interesse público, vinculou os administradores, em diversos âmbitos de sua atividade, à própria Constituição. Disso decorre, também, o recrudescimento das possibilidades de controle judicial dos atos administrativos conforme a Constituição.

Tal transformação ocasiona profundas consequências para o setor regulatório. O equilíbrio que deve guiar a atividade estatal regulatória, entre o excesso e a insuficiência, depende justamente do conhecimento prévio das circunstâncias específicas de cada setor. A questão tem deslocado-se normativamente da centralidade do princípio da legalidade para a do princípio da eficiência, enquanto guiado à efetivação de direitos fundamentais. A atividade regulatória, ademais, assume um papel redobradamente central em momentos como o presente, em que o Estado vem transferindo a operação de diversos serviços públicos — como é o caso do saneamento — ao setor privado.

691 OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Novo perfil da Regulação Estatal**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 80.

A legitimidade da regulação está, nesses casos, associada à transparência e ao estímulo à participação dos setores da sociedade na sua condução. As próprias leis que instituíram as agências reguladoras estabeleceram instrumento de participação dos usuários na regulação dos setores.

Uma importante institucionalização desse movimento pragmático tomou corpo com a edição da Lei n. 13.655, de 25 de abril de 2018, que incluiu no Decreto-Lei n. 4.657/1942 — Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) — disposições referentes à segurança jurídica e à eficiência na criação e na aplicação do Direito Público. Logo depois, o Decreto n. 9.830/2019 detalhou essas mudanças.

Objetivou-se criar um ambiente administrativo de maior segurança jurídica e eficácia, favorecendo o exercício das atividades constitucionais, legalmente atribuídas aos agentes públicos e particulares que com eles relacionam-se, em face, principalmente, de eventual atuação desarrazoada dos administradores, dos órgãos controladores (em especial, dos Tribunais de Contas) e do Poder Judiciário na criação e na aplicação do Direito Público.⁶⁹²

De tal modo, é dever dos agentes responsáveis pela regulação estatal do setor de saneamento não tomar suas decisões regulatórias com base exclusivamente em conceitos jurídicos abstratos, sem que se considerem as consequências práticas da decisão. É o que observa-se com a redação do artigo 20 do Decreto-Lei n. 4.657/1942, acrescentado pela Lei n. 13.655/2018:

Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos

692 BRASIL. Justificativa ao Projeto de Lei do Senado 349, de 9 jun. 2015. **Senado Federal**. Disponível em: www.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/121664. Acesso em: 6 nov. 2020. “Como fruto da consolidação da democracia e da crescente institucionalização do Poder Público, o Brasil desenvolveu, com o passar dos anos, ampla legislação administrativa que regula o funcionamento, a atuação dos mais diversos órgãos do Estado, bem como viabiliza o controle externo e interno do seu desempenho. Ocorre que, quanto mais se avança na produção dessa legislação, mais se retrocede em termos de segurança jurídica. O aumento de regras sobre processos e controle da administração têm provocado aumento da incerteza e da imprevisibilidade e esse efeito deletério pode colocar em risco os ganhos de estabilidade institucional.”

abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.

No Direito como um todo, mas sobretudo nas áreas do Direito Público, é comum a utilização de termos altamente abstratos, chamados de “conceitos jurídicos indeterminados”,⁶⁹³ circunstância que se acentua no campo do Direito Administrativo. Trata-se de técnica legislativa nascida, dentre outras razões, da impossibilidade de prever no texto da lei uma infinidade de hipóteses de aplicação de normas administrativas em cada contexto regulado, além da necessidade de garantir o “exercício equilibrado e funcionalmente adequado do poder público pelos órgãos efetivamente mais aptos”,⁶⁹⁴ ou seja, a eficiência da atuação administrativa (art. 37, CF).

693 GRAU, Eros. **O direito posto e o direito pressuposto**. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 195-196. O autor aponta a diferença entre as expressões “termos jurídicos indeterminados” e “conceitos jurídicos indeterminados”, referindo o porquê da preferência pela primeira: “(i) a cada conceito corresponde um termo; este — o termo — é o *signo linguístico* do conceito; assim, o conceito, *expressado no seu termo*, é coisa (*signo*) que representa outra coisa (seu *objeto*); o conceito na concepção aristotélica, está referido, pela mediação do termo (*signo* do conceito), a um *objeto*; (ii) os conceitos jurídicos não são referidos a *objetos*, mas sim a *significações*; não são conceitos *essencialistas*; (iii) o conceito — essencialista ou não — é produto da reflexão, expressando uma *suma de id[e]ias*; (iv) o conceito essencialista, expressado, é o *signo* de uma coisa; seu objeto é a coisa; está no lugar da coisa; é o *primeiro signo do objeto*; (v) o conceito jurídico, expressado, é o *segundo signo* de um *primeiro signo*: a *significação da coisa* (*coisa, estado ou situação*), mas da *significação* atribuível — ou não atribuível — à coisa (*coisa, estado ou situação*); (vi) assim, os conceitos jurídicos são *signos*, ou seja, *signos de significações* atribuíveis — ou não atribuíveis — a coisas, estados ou situações”. E conclui: “[...] a *indeterminação* à que nos referimos, na hipótese, *não é dos conceitos jurídicos (id[e]ias universais), mas de duas expressões (termos)*; logo, mais adequado será referimo-nos a *termos indeterminados de conceitos*, e não a *conceitos (jurídicos) indeterminados*. [...] [R]eafirmo-o vigorosamente: não existem ‘conceitos indeterminados’. Se é indeterminado o *conceito*, não é *conceito*”.

694 BACIGALUPO, Mariano. **La Discrecionalidad Administrativa**. Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 248.

Não obstante, o dever constitucional de fundamentação das decisões administrativas,⁶⁹⁵ é recorrente a utilização de princípios e termos jurídicos indeterminados para embasar tomadas de decisão. Nessas situações, as inovações trazidas à LINDB exigem que as decisões administrativas demonstrem publicamente, na sua motivação, o caminho argumentativo, pautado na conjuntura concreta do caso e nas consequências previsíveis da decisão que levou à conclusão normativa específica.

A norma demanda que se demonstre, na fundamentação de decisões, a “necessidade e a adequação” das medidas impostas. Esses são termos técnicos sobre os quais pode ser interessante fazer algumas observações. Eles referem-se aos testes relacionados ao consagrado *princípio da proporcionalidade* — etapas sucessivas de análise, primeiramente de efetividade de meios para a realização de fins, culminando na ponderação da importância dos próprios fins.⁶⁹⁶

O lócus de aplicação do exame de proporcionalidade é a adjudicação de princípios jurídicos concebidos como fins cuja realização máxima não combina com a realização de outros princípios de mesma hierarquia, o que os leva a entrar em conflito. Sendo assim,

695 Podemos extrair o dever de motivação das decisões administrativas da Constituição da República tendo em vista o Regime de Direito Democrático — art. 1º, *caput* — do princípio fundamental ao contraditório e à ampla defesa — art. 5º, LV —, do princípio da publicidade na administração pública — art. 37, *caput* — e do dever de fundamentação das decisões administrativas no âmbito dos Tribunais — art. 93, X. Segue o teor dos dispositivos constitucionais referidos, *in litteris*: “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] Art. 5º [...] LV — aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes [...] Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...] Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: [...] X as decisões administrativas dos tribunais serão motivadas e em sessão pública, sendo as disciplinares tomadas pelo voto da maioria absoluta de seus membros”.

696 A discussão proposta aqui se baseia na obra de Robert Alexy, uma referência incontornável na discussão sobre proporcionalidade. ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015.

cabe aos juízes, nesses casos de conflito, determinar qual princípio tem preferência sobre o outro.

O teste da adequação requer que o meio perseguido demonstre uma conexão racional com o fim a ser alcançado. A ideia é que o meio se prove capaz de, em alguma medida, satisfazer o fim desejado.⁶⁹⁷ Consideramos relevante notar quão pouco exigente esse teste é. Pode existir uma conexão racional entre meio e fim — teste de adequação —, embora seja possível também diagnosticar que a medida em questão tenha sido flagrantemente ineficiente. Isso revela-se quando passamos para a próxima etapa e avaliamos o teste da necessidade, que pleiteia, entre meios igualmente adequados para satisfazer um determinado fim, a seleção do que interfere menos nos outros fins relevantes,⁶⁹⁸ se a escolha é proporcional.⁶⁹⁹

Ambos os testes expressam um princípio básico de eficiência: se um estado de coisas promove mais de um valor sem interferir em outros, então ele deve ser preferível. No caso do teste da adequação, isso fica bastante claro, na medida em que, por definição, um meio inadequado não promove valor algum. Da mesma forma, ao filtrar meios desnecessários, deixamos de interferir na satisfação de outros fins juridicamente valiosos sem evitar realizar o fim em questão.

Uma norma com esse teor beneficia os agentes engajados na atuação legal e transparente do Estado: (i) os particulares — pessoas físicas ou jurídicas — com algum tipo de vínculo com o poder público, ao impedir decisões arbitrárias ou de cunho estritamente pessoal, ofensivas ao ordenamento jurídico e, em especial, aos direitos fundamentais; (ii) os órgãos controladores e o Poder Judiciário, ao ampliarem-se as margens de controle, exigindo maior fundamentação e rigor das decisões dos gestores e agentes públicos; e (iii) os

697 Ibidem, p. 120. Para uma discussão detalhada e interessante desse teste, ver: BARAK, Aharon. **Proportionality**: Constitutional Rights and their Limitations. Tradução: Doron Kalir. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2012, p. 303-316.

698 ALEXY, Robert. *Op. cit.*
BARAK, Aharon. *Op. cit.*, p. 317-336.

699 É claro que os fins relevantes para os testes da adequação e da necessidade são valores *jurídicos*, portanto, o teste não se aplica ao nosso modo de proceder em qualquer situação. Além disso, no exemplo mais tradicional, a ineficiência da bala de canhão para matar um pequeno animal dificilmente precisa ser demonstrada, na medida em que qualquer pessoa razoável aceita esse fato. O exemplo foi pensado apenas para ilustrar o tipo de consideração que está envolvida nos testes.

agentes públicos incumbidos do exercício de função administrativa, ao evitar-se o controle desarrazoado dos atos administrativos de sua autoria.

Então, ao contrário do defendido pela Procuradoria-Geral da República no parecer técnico elaborado sobre a Lei n. 13.655/2018, o seu artigo 20 não nega a validade dos princípios, muito menos impede a prolação de decisões, inclusive judiciais, lastreadas em princípios jurídicos.⁷⁰⁰ A nova regra impõe, apenas, maior esforço argumentativo do decisor na fundamentação de suas decisões, devendo esclarecer por que a situação específica atrai a incidência dos princípios invocados e de que forma eles adéquam-se ao caso em exame, considerando-se as consequências práticas da escolha.

Essa perspectiva tem inegável influência norte-americana, em particular das escolas de Análise Econômica do Direito, que remontam à década de 1960, com a publicação da obra “The Problem of the Social Cost”, por Ronald Coase. A que mais destaca-se com relação à administração pública é a Escola da Public Choice. Essa vertente teve seu apogeu nas décadas 70 e 80 do século passado e defende a não intervenção do Estado na sociedade, recorrendo aos conceitos de utilidade, eficiência econômica e maximização.

No Brasil, esteve bastante presente na agenda pública durante a década de 1990 e consolidou-se com a Reforma Administrativa de 1998 — materializada principalmente na Emenda Constitucional n. 19/1998. Um dos legados mais simbólicos dessa influência — além das diversas alterações no texto constitucional — foi a positivação do princípio da eficiência no *caput* do artigo 37 da Constituição da República, embora ele já aparecesse em outros documentos legais e na própria Constituição de 1988, servindo como parâmetro para os sistemas de controle voltados ao exercício da função administrativa.

A par das críticas a esse campo de estudo, deve-se encará-lo sob um viés instrumental, isto é, uma ferramenta de auxílio na solução de problemas, contradições ou lacunas do ordenamento jurídico. Sendo uma ferramenta, nem sempre sua utilização adequar-se-á à criação e à aplicação do Direito. Por outro lado, ao incorporar ao

700 BRASIL. Procuradoria-Geral da União. **Nota Técnica Conjunta n. 01/2018**. Brasília: 1 abr. 2018, p. 4-5. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/Oficio_NotaTecnica_130418_PGR00192069_2018.pdf. Acesso em: 6 nov. 2020.

Direito pontos de vista de outras ciências — Sociologia, Política, Economia, etc. —, contribui para a adoção de abordagens consequencialistas, por enfatizar os efeitos da ação administrativa. É certo que a fundamentação de decisões *tão somente* em função de suas consequências práticas, à revelia do necessário formalismo envolvido na atividade jurídica, configura um caminho igualmente perigoso.

Contudo, a oposição entre duas respostas imaginadas ao problema da fundamentação das decisões jurídico-administrativas (de um lado, a de que *apenas consequências* podem justificá-las, segundo um padrão normativo de utilidade arbitrado; do outro, a de que somente a correção sistemática da própria decisão seria relevante à sua justificação) é simplesmente falsa. Não há nada na lei que diga que o critério pertinente para avaliar as decisões é a *utilidade* produzida.

No balanço de razões do julgador, inexistente um filtro juridicamente colocado para selecionar só as consequências relevantes. Todavia, quando se aceita a ideia de que o Estado e a ação administrativa devem estar permanentemente focados no cidadão e na concretização das políticas públicas mais importantes, passa-se a compreender e atribuir ao gestor público um papel mais claro, que pode inclusive ultrapassar com folga os limites de uma interpretação restrita dos marcos legais e infralegais existentes. As razões baseadas em princípios, assim como as razões construídas a partir dos objetivos, mesmo para o ambiente jurídico, parecem não ter uma hierarquia consolidada. É o caso concreto, o seu conteúdo, a sua urgência ou necessidade que, no final das contas, legítima (ou não) a decisão do gestor na perspectiva dos sistemas de controle interno ou externo dos atos administrativos.

Daí, portanto, compreende-se uma das principais medidas veiculadas pela Lei n. 13.655/2018, de impedir o uso exclusivo de “valores jurídicos abstratos” como fundamentos de decisões administrativas, de controle e judiciais. Fomenta-se a análise das consequências da decisão, não significando, com isso, confronto com valores e princípios que aquele ordenamento objetiva proteger. Nessa nova abordagem, que tem potencial para representar uma ruptura nos padrões atuais de julgamento, a determinação da sanção aplicada no processo administrativo de responsabilização deverá “[...] indicar de modo expresso suas consequências jurídicas e administrativas” (Decreto-Lei n. 4.657/1942, art. 21), ou, ainda, suas consequências

sociais, que podem ser gravíssimas, envolvendo, por exemplo, paralisação e embargo de obras de utilidade pública premente, ou então aumento de índices de desemprego (a depender do peso da pessoa jurídica sancionada na economia nacional).

Dessa maneira, durante o processo de assimilação das mudanças propostas pela Lei n. 14.026/2020, será observada a carência permanente de motivação técnica das autoridades públicas em referência às escolhas feitas. A construção das modelagens, por exemplo, pelo BNDES, superadas as assimetrias informacionais, precisará retratar a realidade dos sistemas, o que envolve conhecer os índices de cobertura existentes. O caso do Rio de Janeiro, de tensão entre o estado e a capital, é uma boa amostra, pois a companhia estadual e a autarquia municipal revelam uma total falta de transparência e segurança quanto aos números, aumentando os riscos da futura operação, e, com isso, prejudicando a atração de investidores interessados no projeto. Consequentemente, a modelagem proposta para a CEDAE no Rio de Janeiro perde valor no mercado; mesmo mantendo eventuais interessados, as taxas de retorno previstas para o investimento deverão precificar os riscos que decorrem dessa instabilidade.

3.2. Análise de Impacto Regulatório (AIR)

A adoção da Análise do Impacto Regulatório (AIR) é uma prática implementada pela maioria dos países desenvolvidos desde o início da década de 1990, vista como algo muito positivo pelo mercado internacional.⁷⁰¹ Não à toa, é uma das recomendações do Conselho sobre Política Regulatória e Governança da Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (OCDE), a fim de melhorar as práticas regulatórias veiculadas em 2012.⁷⁰² O apelo maior

701 GAETANI, Francisco; ALBUQUERQUE, Kélvia. Análise de impacto regulatório e melhoria regulatória. In: RAMALHO, Pedro Ivo Sebba. (org.). **Regulação e Agências Reguladoras**: Governança e Análise de Impacto Regulatório. Brasília: Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) e Casa Civil da Presidência da República, p. 190.

702 OCDE. **Recomendação do Conselho sobre Política Regulatória e Governança**, 2012. Disponível em> <https://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/Recommendation%20PR%20with%20cover.pdf>.

dessa ferramenta, aos olhos da organização, consiste no aumento da eficiência da regulação, bem como na restrição de interferências estatais arbitrárias. Buscando padrões estritamente técnicos de análise e exigindo da administração pública que fundamente suas decisões à luz desses padrões, confere-se maior previsibilidade à atividade estatal e cria-se um ambiente de negócios mais favorável. Em especial, quando se enfatiza a regulação discricionária — mais flexível —, em detrimento da regulação contratual — mais estática.

A AIR trata-se de um exame sistemático que compara o impacto esperado das medidas propostas pela administração pública com ações alternativas, incluindo a opção de deixar tudo como está. É uma análise de custo-benefício e deve pautar-se, segundo as recomendações da OCDE, majoritariamente por avaliações quantitativas, embora admita considerações qualitativas (e.g. considerações de justiça), se imprescindíveis. Define-se como uma ferramenta e um processo decisório para informar aos tomadores de decisão sobre a pertinência da regulação e o modo de fazê-la.

No caso da regulação contratual, as decisões mais importantes são feitas antes da realização do processo licitatório. Já na regulação discricionária, há a oportunidade de aprender com a execução do contrato, a operação propriamente dita, até mesmo para enfrentar, quando necessário, as condutas oportunistas no desenvolvimento dessa relação. Assim, a regulação discricionária pode ser fonte permanente de novas normativas, o que obriga o desencadeamento da Análise de Impacto Regulatório dentro de uma perspectiva de qualificar a normatização, mas sem permitir interferências desproporcionais que prejudiquem o serviço prestado à população.

Visa a filtrar medidas de regulação mais eficientes antes da tomada de decisão, o que não significa substituir a formulação das políticas, e sim, aperfeiçoar a sua aplicação. Outra característica essencial da AIR, apontada pela OCDE, é a publicidade dos relatórios, de modo a garantir a participação dos interessados no processo de tomada de decisão, assim como uma maior transparência para reduzir o risco de captura das agências regulatórias.⁷⁰³

703 Ibidem, p. 25.

Vale citar alguns dos itens mais relevantes da lista de procedimentos e objetivos nos critérios da OCDE.⁷⁰⁴

- (i) Inclusão de análises de custo-benefício que levem em conta os impactos sociais e econômicos, em especial os efeitos distributivos da regulação.
- (ii) Identificação da necessidade da política pública e do objetivo da regulação.
- (iii) Consideração dos meios alternativos para alcançar-se os objetivos das políticas públicas e adoção dos mais eficientes, ressaltando que a opção de não aderir a nenhuma medida sempre deve ser considerada.
- (iv) Avaliação prioritariamente quantitativa dos custos, benefícios e riscos, tanto diretos quanto indiretos (custos de oportunidade) e, quando imprescindíveis, descrições qualitativas.
- (v) Disponibilização da AIR ao público para que os interessados contribuam na tomada de decisão.
- (vi) Preservação do ambiente de negócios, sem interferência ou com a menor possível no processo competitivo do mercado.
- (vii) Apoio à AIR com clareza nas políticas públicas: programas de treinamento, orientação e mecanismos de controle de qualidade para a coleta e utilização de dados.

Todo esse aparato recomendado pelo conselho da OCDE vincula-se a um contexto de preservação de um bom ambiente de negócios, restringindo a regulação ao estritamente necessário. Essa ideia foi incorporada pelo governo brasileiro, como se vê na apresentação das diretrizes gerais de aplicação da AIR, elaboradas em 2018, ao afirmar-se que a regulação tem potencial para impedir o bem-estar social e econômico, “pois quando excessiva e desproporcional, pode

704 Ibidem, p. 10-11.

impedir a inovação ou criar barreiras desnecessárias ao comércio, à concorrência, ao investimento e à eficiência econômica”.⁷⁰⁵

Ao mesmo tempo, não se deve tentar combinar delegação da responsabilidade de prestar serviço público com desregulamentação do setor, sob pena de incentivo às condutas oportunistas e desequilíbrio entre a proteção do interesse privado e a desconsideração do interesse público. É inimaginável que mesmo a regulação contratual seja suficiente para uma administração adequada das concessões ou dos contratos de programa, o que tem ampliado a utilização da regulação discricionária.

No sistema brasileiro, esse modelo de gestão regulatória foi adotado recentemente, estando em fase de implementação em diversas áreas. Nesse sentido, a AIR passou a ser exigida no processo decisório das agências reguladoras por força do artigo 6º da já citada Lei n. 13.848/2019:⁷⁰⁶

Art. 6º A adoção e as propostas de alteração de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, consumidores ou usuários dos serviços prestados serão, nos termos de regulamento, precedidas da realização de Análise de Impacto Regulatório (AIR), que conterà informações e dados sobre os possíveis efeitos do ato normativo.

705 BRASIL, Casa Civil. **Diretrizes Gerais e Guia Orientativo para Elaboração de Análise de Impacto Regulatório — AIR**, 2018, p. 7. Disponível em: https://www.gov.br/casacivil/pt-br/centrais-de-conteudo/downloads/diretrizes-gerais-e-guia-orientativo_final_27-09-2018.pdf/view. Acesso em: 20 nov 2020.

706 Este dispositivo reproduz aquele já contido na Lei n. 13.874/2019. “Art. 5º As propostas de edição e de alteração de atos normativos de interesse geral de agentes econômicos ou de usuários dos serviços prestados, editadas por órgão ou entidade da administração pública federal, incluídas as autarquias e as fundações públicas, serão precedidas da realização de análise de impacto regulatório, que conterà informações e dados sobre os possíveis efeitos do ato normativo para verificar a razoabilidade do seu impacto econômico. Parágrafo único. Regulamento disporá sobre a data de início da exigência de que trata o *caput* deste artigo e sobre o conteúdo, a metodologia da análise de impacto regulatório, os quesitos mínimos a serem objeto de exame, as hipóteses em que será obrigatória sua realização e as hipóteses em que poderá ser dispensada.”

A norma não explicita em que consiste a Análise de Impacto Regulatório, nem nos dá pistas sobre como procederá. Isso, em nome da boa técnica legislativa,⁷⁰⁷ é deixado para um regulamento especificar, conforme lemos no parágrafo primeiro do artigo:

§ 1º Regulamento disporá sobre o conteúdo e a metodologia da AIR, sobre os quesitos mínimos a serem objeto de exame, bem como sobre os casos em que será obrigatória sua realização e aqueles em que poderá ser dispensada.

Um documento redigido pela Casa Civil em 2018, intitulado “Diretrizes Gerais e Guia Orientativo para Elaboração de Análise de Impacto Regulatório”, detalha esses assuntos. Embora não tenha caráter vinculante, seu exame nos dá uma boa base para saber de que se trata tal procedimento. Exporemos em seguida algumas definições, características e metodologias descritas no texto, com o propósito de compreendermos melhor como o poder público está concebendo essa ferramenta, que passou a ser exigida de todas as agências regulatórias.

Já fornecemos uma definição aproximada da AIR, mas vale reproduzir o que se entende da ferramenta após a leitura do documento citado:

Análise de Impacto Regulatório — AIR é o processo sistemático de análise baseado em evidências que busca avaliar, a partir da definição de um problema regulatório, os possíveis impactos das alternativas de ação disponíveis para o alcance dos objetivos pretendidos, tendo como finalidade orientar e subsidiar a tomada de decisão.⁷⁰⁸

707 BINENBOJM, Gustavo. Análise de Impacto Regulatório. In: NETO, Floriano Peixoto Marques; RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz; LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Comentários à Lei de Liberdade Econômica**: Lei n. 13.874/2019. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 223.

708 BRASIL, Casa Civil. **Diretrizes Gerais e Guia Orientativo para Elaboração de Análise de Impacto Regulatório — AIR**, p. 13.

Além dessa conceituação, as diretrizes oferecem uma definição para “ato normativo de interesse geral” como aquele capaz de interferir nos direitos ou nas obrigações dos envolvidos — agentes econômicos, consumidores ou usuários dos serviços prestados. Tal ponderação é importante, por definir a aplicabilidade da AIR segundo o artigo 6º da lei supracitada. Obviamente, a utilização da ferramenta tem de estar ligada ao exercício de uma discricionariedade técnica, e não apenas a uma ideia genérica de obstaculizar a intervenção do Estado no funcionamento da ordem econômica.

O modelo concebido pela Constituição de 1988, depois de uma sequência de reformas, considera vital o trabalho das agências reguladoras, o que implica aprovar a existência de um poder de controle, de modulação ou conformação das políticas públicas. A AIR não surge para negar e desconstruir esse modelo; pelo contrário, tenta aperfeiçoá-lo, pois as escolhas das entidades reguladoras sempre deverão decorrer do exercício pleno de sua independência e capacidade técnica de interferir de maneira consequente em todos os seus nichos de atuação. Seus objetivos, seguindo as diretrizes, espelham as recomendações da OCDE. Isso mostra a disposição, por parte dos governos brasileiros, de adaptar-se ao mercado internacional, importando os mecanismos adotados nos países mais desenvolvidos.⁷⁰⁹

No que diz respeito às exigências, a AIR deve ser iniciada tão logo a agência reguladora volte-se à resolução de algum problema regulatório identificado — o que será mais frequente no âmbito da regulação discricionária. Isso expressa um dos princípios norteadores do documento governamental, o da anterioridade da AIR, de acordo com o qual é elementar que a análise se dê nos estágios iniciais do processo regulatório.⁷¹⁰

Solicita-se também que a análise *ex ante* seja apresentada na forma de relatório, contendo certos elementos mínimos essenciais, que correspondem em larga medida às fases da AIR, vistas a seguir. Esse relatório não possui caráter vinculante, mas deliberações contrárias às suas recomendações deverão ser fundamentadas.⁷¹¹

709 Ibidem.

710 Ibidem, p. 8-14.

711 Ibidem, p. 18-25.

O método empregado dependerá da natureza dos casos, então as diretrizes admitem uma certa flexibilidade, mas, seja qual for a metodologia utilizada, precisa ser exposta com clareza. O guia fornece algumas linhas gerais, por exemplo, características desejáveis ao levantamento de dados e informações, como acessibilidade ao público, acurácia e imparcialidade, credibilidade das fontes utilizadas e atualidade e relevâncias dos dados. Tudo isso aumenta a confiabilidade, tanto dos procedimentos para alcançar os fins desejados pelas agências, quanto do próprio proceder da agência aos olhos da sociedade civil interessada.⁷¹²

Nessa esteira, requer-se a abertura de consulta pública com prazo mínimo de quarenta e cinco dias pela Internet, obrigatoriamente, mas sem prejuízo de outras soluções de acesso, ressalvados os casos de urgência devidamente motivados, em que o prazo pode ser flexibilizado. As críticas e sugestões feitas nesse período devem constar no site da agência reguladora em até dez dias úteis após o fim do prazo da consulta, e o posicionamento da agência ante as críticas e sugestões tem de ser publicado no site em até trinta dias úteis a contar da deliberação final do conselho diretor ou da diretoria colegiada da agência reguladora. É facultado aos tomadores de decisão convocar audiência pública para formação de juízo sobre matéria considerada relevante.⁷¹³

A obrigatoriedade de consulta pública e a opção das audiências expressam o segundo princípio norteador das diretrizes: o de que a participação da população é fundamental na atividade normativa de regulação. Por esse motivo também recomenda-se o uso de linguagem simples, clara e direta, sem termos técnicos em excesso, no relatório da AIR. Somente assim estará, em parte, garantida a participação efetiva dos interessados, reduzindo a assimetria de informação para embasar e legitimar a tomada de decisão.⁷¹⁴

No entanto, não basta que a participação social se dê apenas ao final do processo, após a deliberação das autoridades. Sugere-se que haja participação social do início à conclusão da construção da

712 Ibidem, p. 15-51.

713 Ibidem, p. 16.

714 Ibidem, p. 30-31.

AIR. O modo como ocorrerá essa participação pode variar de acordo com a natureza da informação que quer obter-se.⁷¹⁵

Passemos agora às fases da Análise de Impacto Regulatório, aqui ilustradas:⁷¹⁶

Tão importante quanto comparar o impacto das alternativas de ação é a reflexão inicial sobre o problema a ser resolvido e os objetivos desejados. Desse modo, espera-se que a agência tenha uma compreensão clara e mostre-a ao público. Em conformidade com esse objetivo, é afirmado no guia orientativo elaborado em 2018:

A AIR não deve ser entendida como um questionário ou uma lista de itens a ser preenchida para justificar a criação de uma regulação. Para que sirva a seu propósito, deve de fato consistir num processo de diagnóstico do problema, de reflexão sobre a necessidade da regulação e de investimento sobre a melhor forma de realizá-la.⁷¹⁷

Nesse espírito, essas fases não refletem a imposição de um protocolo rígido, e sim, são oferecidas como uma boa sequência de análise, um instrumento heurístico para comparar o impacto do mais amplo espectro de alternativas relevantes.

Em uma breve descrição das fases, primeiro, identifica-se um problema regulatório, por exemplo, uma falha de mercado, uma falha regulatória, uma falha institucional ou uma possível contribuição para a efetivação de direitos fundamentais ou interesses públicos. Depois, procura-se responder às seguintes perguntas:

- (i) Qual é o contexto em que o problema insere-se?
- (ii) Qual é a natureza do problema e suas consequências?
- (iii) Quais são as causas do problema?

715 As diretrizes mínimas para consultas e audiências públicas apresentadas no Decreto n. 8.243/2014 deverão ser respeitadas.

716 A descrição das fases se encontra em: BRASIL, Casa Civil. **Diretrizes Gerais e Guia Orientativo para Elaboração de Análise de Impacto Regulatório — AIR**, p. 27-87.

717 *Ibidem*, p. 27 (ênfase suprimida).

- (iv) Qual é a extensão do problema?
- (v) Caso não haja regulação, como o problema evoluirá?

Todas essas questões devem ser elaboradas e respondidas de maneira instrutiva, com atenção à investigação das causas do problema.

Ao identificar os atores ou grupos afetados, toma-se uma abordagem ampla, buscando discernir, por exemplo, agentes afetados direta e indiretamente, beneficiados e prejudicados, sua relevância na área regulada, se são agentes públicos ou privados, atuantes ou potenciais ingressantes no setor, etc. Frequentemente, a melhor maneira de fazer isso é entrando em contato com os próprios agentes, ou consultando especialistas na área. No final das contas, a intenção resume-se a reconhecer as externalidades positivas e negativas da ação regulatória do Estado, para aprovar, conter ou modular o impacto do exercício do poder discricionário regulamentar em determinado setor.

Na identificação da base legal, verifica-se a competência da agência reguladora para enfrentar o problema, bem como se não há competência concorrente, caso em que se deve considerar se a agência é a entidade mais adequada para lidar com aquilo. Além disso, aconselha-se fazer uma pesquisa no material normativo de outros órgãos relacionados com o problema de regulação, o que pode revelar experiências anteriores de tentativa-erro, ou a confirmação de boas práticas que servirão como *standards* de conduta, mesmo quando a discussão envolver setores distintos.

A fase de definição dos objetivos desejados nada mais é do que o estabelecimento dos fins da ação regulatória. Aqui distinguem-se os objetivos fundamentais e os meios para alcançá-los, que talvez incluam fins intermediários. O importante nessa fase é a definição dos objetivos fundamentais, de acordo com os quais julga-se a adequação e a necessidade dos meios. Deve ser descrita quantitativa ou qualitativamente, dependendo da natureza do problema de regulação, e ter uma relação direta com esse.

A etapa subsequente, do levantamento de alternativas de ação, é uma das mais relevantes do procedimento. Nela, exige-se a formulação do máximo de alternativas plausíveis, normativas ou

não normativas,⁷¹⁸ valendo-se da capacidade criativa dos operadores. Há vantagens nas medidas não normativas, por engajarem a cooperação dos agentes econômicos envolvidos. O guia elaborado pelo governo brasileiro, reproduzindo a recomendação da OCDE, faz questão de frisar diversas vezes que a alternativa de não ação deve ser sempre considerada como opção, além de servir de base para a análise posterior do resultado regulatório.

Depois do levantamento de opções, essas são filtradas após considerar-se, em mais detalhes, sua viabilidade, para que a análise do impacto não recaia sobre um número muito grande de caminhos, o que seria muito custoso.

A fase da análise de impacto das alternativas é a mais importante de todo o processo. Objetiva avaliar cada alternativa, seus benefícios e custos, e criar uma base de comparação para possibilitar a escolha da solução ótima.

Alguns passos são sugeridos de maneira a estruturar essa etapa: (i) identificação dos impactos positivos e negativos de cada alternativa; (ii) verificação da influência das alternativas aos atores ou grupos afetados, identificados em etapa anterior, assim como possíveis efeitos para atores que não são atingidos pelo problema regulatório; (iii) identificação dos impactos mais relevantes; (iv) definição de método para comparar as alternativas, que pode variar segundo a natureza dos casos, mas deve ser exposto de modo claro e bem fundamentado; (v) aplicação do método.

A AIR sempre será feita em comparação com a opção de não ação. Sobre o tipo, recomenda-se realizar ao menos uma análise qualitativa das vantagens e desvantagens, entendidas de forma ampla, de cada alternativa para cada ator. Mensurável, diminui significativamente o elemento subjetivo do juízo. Como o valor aqui é a eficiência, é fácil de ver por que isso é desejável.

Nem sempre uma alternativa desponta como preferível na comparação, por mais rigorosos que formos na aplicação do método

718 A OCDE oferece alguns tipos de alternativas não normativas, como a autorregulação, que ocorre quando os próprios grupos regulam o comportamento dos seus membros sem interferência estatal; a correção, que consiste na administração dos padrões pelos próprios agentes econômicos, mas apoiados pelo governo; os incentivos econômicos, a informação e educação, etc.

escolhido. Às vezes, o balanço de razões deixa claro que há uma alternativa ótima; em outras, não. Seja como for, a AIR precisa apresentar uma comparação exaustiva dos impactos de cada alternativa. Desse modo, mesmo que não haja uma opção claramente melhor, os resultados servirão para pautar a tomada de decisão das autoridades.

As estratégias de implementação e monitoramento, assunto das duas últimas fases, somente tomam parte, é claro, se das análises anteriores concluiu-se que alguma alternativa de ação, em oposição à não ação, é necessária. Não cabe entrar em detalhes sobre essas fases aqui, bastando apontar que, caso as etapas anteriores apontem para a necessidade de intervenção, um plano de implementação e de monitoramento deve ser bem delineado e incluído no relatório da AIR.

Em situações de maior complexidade ou de maior impacto, outros elementos de análise são considerados importantes. Entre eles, destacam-se a comparação com a experiência de regulação internacional na busca de novas perspectivas e informações, a mensuração mais rigorosa dos impactos para os diferentes atores com métodos sofisticados de análise e a integração de análise do risco na AIR.

Não é difícil perceber que a AIR pode demandar bastante das agências regulatórias na sua atividade normativa. Cada uma das etapas envolve uma extensa gama de dificuldades, como a incerteza na fase de avaliação do impacto e as dificuldades organizacionais no levantamento dos agentes envolvidos ou das alternativas possíveis. Além disso, os prazos razoáveis para garantir a participação do público e todo o processo de formulação de problemas, identificação de atores, especificação de objetivos, enumeração de alternativas e análise de impacto pode levar tempo para ser finalizado.

Logo, é primordial que os agentes condutores da AIR tenham sempre em mente os limites dos métodos que utilizam.⁷¹⁹ Somente assim escaparia-se da objeção, bem resumida por Fernando Leal,

719 BINENBOJM, Gustavo. Análise de Impacto Regulatório. In: NETO, Floriano Peixoto Marques; RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz; LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Comentários à Lei de Liberdade Econômica**: Lei n. 13.874/2019. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 229-230.

de que o procedimento da AIR legitima, em nome de uma pretensa objetividade, valores de setores específicos.

Se uma AIR depende da antecipação dos efeitos no mundo esperados de diferentes alternativas de decisão (sejam eles medidos em termos de custos e benefícios ou não), a ciência se apresenta naturalmente como a mais promissora candidata para orientar essa tarefa. A sua capacidade de sustentar escolhas políticas sobre métodos alegadamente neutros e reconhecidamente robustos entre os participantes da comunidade dentro da qual são empregados para se obter conhecimento sobre a realidade funcionaria como uma blindagem contra potenciais objeções de subjetividade e arbitrariedade dos resultados dessas decisões. A fé na ciência se converte, assim, em otimismo exagerado em relação aos potenciais da AIR de levar a decisões que promovam, da melhor maneira possível, objetivos sociais relevantes, como bem-estar. A presunção de tecnicidade e racionalidade de escolhas públicas seria, no fundo, uma maneira de lidar com os seus eventuais deficit de *legitimidade*.⁷²⁰

Leal fornece-nos uma caracterização da AIR, para então introduzir a objeção:

A crítica compartilhada é facilmente perceptível quando se localiza em obras diferentes recursos à mesma metáfora do “cavalo de Troia” para sustentar como, na prática, as pretensões de objetividade dos dois métodos [o da AIR e o da proporcionalidade] são facilmente apropriadas para escamotear atitudes conscientes de instrumentalização por parte dos

720 LEAL, Fernando. Análise de impacto regulatório e proporcionalidade: semelhanças estruturais, mesmos problemas reais? **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 9, n. 3, 2020, p. 335.

decisores que deles se servem. Assim, em vez de funcionarem como *limites* para escolhas de agentes públicos, eles se tornariam, em razão de sua aptidão para garantir uma roupagem de racionalidade para praticamente qualquer decisão, mecanismos de elevado potencial para possibilitar a opção por preferências políticas e para justificar expansão de poder. Desvirtuados pela instrumentalização, eles, por um lado, favoreceriam posturas ativistas de juízes e controladores, enquanto, por outro, legitimariam escolhas arbitrárias de legisladores e reguladores.⁷²¹

Uma política regulatória que se pautar nesses processos e que seja acompanhada, nas agências, de equipes bem treinadas e qualificadas, provavelmente diminuirá a intervenção estatal arbitrária no mercado, garantirá, num nível elevado, previsibilidade nas decisões da administração pública e, com isso, propiciará um bom ambiente de negócios. O entusiasmo da OCDE ao defender o emprego de expedientes como a AIR e incentivar os países a adotarem medidas de gestão eficiente relaciona-se a isso. No entanto, a própria entidade admite, ao considerar a autorregulamentação (deixar para os agentes encontrarem um equilíbrio nas suas práticas): “algum cuidado deve ser tomado [...] para assegurar que os objetivos das políticas públicas sejam atingidos”.⁷²²

Essa observação lembra-nos que, no caso do saneamento básico, a finalidade última de toda regulação consiste na universalização com qualidade e equidade de um serviço cuja prestação é direito fundamental de todo cidadão. Quer dizer, o fim das políticas regulatórias de saneamento básico pode, por vezes, conflitar com a promoção das condições ótimas de mercado. A estrutura da AIR até ajuda na consecução desse objetivo, desde que se tenha uma compreensão correta das intenções da regulamentação nessa área e das limitações do expediente.

721 Ibidem, p. 336 (referências suprimidas).

722 OCDE. **Recomendação do Conselho sobre Política Regulatória e Governança**, 2012, p. 26.

Agora, inegavelmente, estabelece-se aqui uma primeira contradição. Existe uma pressão compreensível quanto à velocidade da ANA para produzir os primeiros atos normativos. A discussão sobre os passivos indenizatórios na relação entre os novos operadores, os municípios e as companhias estaduais e o debate acerca das métricas estipuladas para avaliar a capacidade econômico-financeira dos contratos, em confronto com as metas firmadas, podem legitimar uma aceleração dos procedimentos que envolvem a Análise do Impacto Regulatório. Ora, mas justamente a importância da situação torna obrigatória uma análise minuciosa de todas as externalidades envolvidas. Se não se forma uma comunidade ideal de fala (Habermas), se não são superadas as assimetrias informacionais, talvez seja difícil acreditar na segurança técnica das decisões.

Por isso, mais do que nunca, a AIR, cumprindo todas as suas etapas, deve ser exaurida, criando limites estáveis e racionais ao exercício da discricionariedade que, especialmente nesse caso, tem de produzir decisões técnicas. Aqui, pela relevância das coisas, não há espaço para a lógica de tentativa-erro; mesmo quando a proposta for disruptiva, precisa apresentar um alto índice de acerto. O investidor privado quer segurança jurídica, e se existe a necessidade de integrá-lo aos projetos, também pelas dificuldades das autarquias municipais e companhias estaduais, tudo deve ser ponderado. E, mais uma vez, importa a relação entre a ação normativa das agências reguladoras e a sensibilidade dos controladores, evitando questionamentos que ultrapassem a competência, por exemplo, dos Tribunais de Contas, que não podem tentar definir as escolhas técnicas integrantes do universo legítimo do Poder Executivo.

O Novo Marco Legal do Saneamento incentiva um ambiente de concorrência, define metas, cria outras possibilidades de regionalização e procura organizar e aperfeiçoar o ambiente regulatório. São esses os seus pilares.

Nesse contexto, o papel de coordenação da ANA tem como ponto de chegada propiciar uma homogeneização do trabalho desenvolvido pelas reguladoras subnacionais; hoje, são mais de setenta atuando dentro do país, entre municipais, intermunicipais e estaduais. Um número, é importante que se diga, em constante modificação. Com isso, verifica-se uma fragmentação (ou dispersão) do sistema regulatório, o que não produz um bom resultado. A falta de uniformidade cria obstáculos aos interessados pelo setor,

o denominado *custo da regulação* — minimizado com a eliminação de excessos, trabalho desenvolvido pela AIR.

A ANA, originalmente, encarregava-se de captação e lançamento, mas agora tem legitimidade para atuar em todo o ciclo, inclusive nos processos de tratamento da água e do esgoto. A coordenação regulatória, a capacitação de todos os que gravitam no setor e a elaboração de estudos técnicos são competências atribuídas à agência. Assim, a regulação contratual, a regulação discricionária e a regulação econômica, reconhecendo-se que, eventualmente, ocupam os mesmos espaços, adquirem o protagonismo da reguladora nacional. Nos próximos anos, estima-se, a ANA terá de produzir aproximadamente setenta normas de referência que, mesmo sem obrigatoriedade, em razão de algumas peculiaridades do Novo Marco, devem ser internalizadas por grande parte dos reguladores subnacionais.

Que fique claro: a ANA não vai substituir as subnacionais, nem nos municípios onde não há definição de uma entidade reguladora, visto que não é seu papel ocupar-se da regulação direta. Não definirá tarifa, não fiscalizará diretamente a qualidade do serviço. Sua função prioritária, a curto prazo, é elaborar a agenda regulatória para o saneamento em 2021-2022 e concretizar as suas prioridades. Tenta-se oferecer para o setor o mundo público e o privado, a conquista de transparência, de segurança e de uma previsibilidade maior em termos de evolução do desenho proposto pelas normativas ante o Novo Marco Legal.

De qualquer sorte, a regulação do saneamento não será igual à do setor elétrico, até porque a ANA não terá o mesmo nível de *enforcement* da ANEEL, e o incentivo financeiro, embora importante, é limitado. Observe que a reguladora subnacional, sendo a sua vontade, seguirá as normas de referência da ANA, mas o recurso decorrente dessa assimilação das orientações gerais se direcionará ao prestador do serviço. O que, sob certo aspecto, cria uma situação estranha. A reguladora subnacional submete-se às orientações da ANA para acessar financiamento público federal, porém, ele será recebido diretamente pelos operadores. Com certeza, a ANA precisará exercer um poder acordado, administrando a regulação contratual e a regulação discricionária — especialmente a segunda, mais sofisticada, na medida em que pode ser revista durante a execução do contrato. Como frequentemente se diz, a segurança resultante de



um contrato de longa duração reside no fato de que ele será modificado; e justamente esses custos novos, não calculados no tempo certo, podem ser abrangidos por novos conceitos, que legitimem a decisão racional de recomposição dos acordos originais.

O Novo Marco Regulatório e as Companhias Estaduais de Saneamento – Água e Esgoto

1. O Regime de Transição na Prestação dos Serviços Públicos de Saneamento Básico: entre o Direito Positivo e a Interpretação das Regras em Face do Modelo Anterior ao Novo Marco Regulatório

A ideia de regime de transição na prestação dos serviços públicos de saneamento decorre de dois pilares jurídicos: um mais geral, que diz respeito à segurança jurídica, e outro específico para o direito dos serviços públicos, que é o princípio da continuidade. O raciocínio é de que as modificações impostas pelo Novo Marco Legal sejam compatibilizadas, dentro do possível, com o modelo de prestação dos serviços pré-existente. Assim, muito embora a Lei n. 14.026/2020 traga alterações regulatórias substanciais, não é possível interpretá-la de modo destrutivo. Ao que tudo indica, haverá a consolidação de novas regras do jogo, mas essa nova realidade não poderá sobrepor-se de forma a desconsiderar o estado de coisas que lhe é anterior. Dessa forma, o regime jurídico de transição caracteriza um meio-termo temporário entre o novo e o atual, para que o atual cumpra com as diretrizes do novo dentro dos seus limites e das suas possibilidades. Ou seja, deve-se modificar o *status quo* sem inviabilizá-lo por completo.

Essa lógica de regime de transição foi contemplada pela LINDB, mediante a Lei n. 13.655/2018, especificamente pelo artigo 23 desse diploma:

Art. 23. A decisão administrativa, controladora ou judicial que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito,

deverá prever regime de transição quando indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais.

Como depreende-se do dispositivo acima transcrito, a superveniência de uma nova interpretação ou diretriz legal deve levar em conta um período de adaptação aos deveres futuros, justamente o “regime de transição”. A aplicação dessa regra no caso do saneamento está conjugada, ainda, à necessidade de conservar-se os instrumentos contratuais existentes, como consequência da segurança jurídica, e de garantir que não haverá o colapso do sistema, mantendo a prestação do serviço, consoante preconizado pelo princípio da continuidade. Dentro de tal raciocínio, para que o Novo Marco Legal seja eficaz sem inviabilizar o *status quo*, o regime de transição deverá ser concretizado pelo direito positivo e pela interpretação dele em face do modelo atual de prestação de serviços.

Ressalta-se que a própria Lei n. 14.026/2020 incorpora a ideia de regime de transição em alguns de seus dispositivos, cita-se especificamente os seus artigos 14, 17, 18 e 19. Dentre essas, a regra mais importante é a do artigo 17 da Lei n. 14.026/2020, segundo a qual:

Art. 17. Os contratos de concessão e os contratos de programa para prestação dos serviços públicos de saneamento básico existentes na data de publicação desta Lei permanecerão em vigor até o advento do seu termo contratual.

Por conseguinte, afirma-se que o Novo Marco Regulatório reconhece a importância da existência de uma transição entre os instrumentos contratuais: antes de inviabilizar por completo o modelo de prestação de serviços existente, necessita-se de um período de adaptação, que corresponde ao prazo residual dos contratos regulares e em vigor⁷²³. Evidentemente, em sentido contrário, a determinação

723 Art. 10. A prestação dos serviços públicos de saneamento básico por entidade que não integre a administração do titular depende da celebração de contrato de concessão, mediante prévia licitação, nos termos do art. 175 da Constituição →

de rompimento dos contratos pré-existentes iria de encontro à segurança jurídica e, por certo, acarretaria inconstitucionalidade do comando legal. Todavia, salienta-se a preocupação do legislador em dispor de forma expressa sobre a manutenção dos contratos e dentro dos seus respectivos prazos. Além disso, como já explicado, permite-se a adequação desses à Lei n. 14.026/2020, por meio do termo aditivo previsto pelos artigos 10-B e 11-B, § 1º da Lei n. 11.445/2007: o aditivo será, portanto, o instrumento contratual do regime de transição.

Na mesma linha de transição, o artigo 14 da Lei n. 14.026/2020 possibilita a adesão das companhias estaduais (o modelo atual de prestação de serviços) ao foco prioritário do Novo Marco Regulatório. Isso porque identifica-se uma norma facilitadora da desestatização das empresas públicas e sociedades de economia mista. Veja-se:

Art. 14. Em caso de alienação de controle acionário de empresa pública ou sociedade de economia mista prestadora de serviços públicos de saneamento básico, os contratos de programa ou de concessão em execução poderão ser substituídos por novos contratos de concessão, observando-se, quando aplicável, o Programa Estadual de Desestatização.

§ 1º Caso o controlador da empresa pública ou da sociedade de economia mista não manifeste a necessidade de alteração de prazo, de objeto ou de demais cláusulas do contrato no momento da alienação, ressalvado o disposto no § 1º do art. 11-B da Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007, fica dispensada anuência prévia da alienação pelos entes públicos que formalizaram o contrato de programa.

§ 2º Caso o controlador da empresa pública ou da sociedade de economia mista proponha alteração

→ Federal, vedada a sua disciplina mediante contrato de programa, convênio, termo de parceria ou outros instrumentos de natureza precária. (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020) [...]

§ 3º Os contratos de programa regulares vigentes permanecem em vigor até o advento do seu termo contratual. (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020)

de prazo, de objeto ou de demais cláusulas do contrato de que trata este artigo antes de sua alienação, deverá ser apresentada proposta de substituição dos contratos existentes aos entes públicos que formalizaram o contrato de programa.

§ 3º Os entes públicos que formalizaram o contrato de programa dos serviços terão o prazo de 180 (cento e oitenta) dias, contado do recebimento da comunicação da proposta de que trata o § 2º deste artigo, para manifestarem sua decisão.

§ 4º A decisão referida no § 3º deste artigo deverá ser tomada pelo ente público que formalizou o contrato de programa com as empresas públicas e sociedades de economia mista.

§ 5º A ausência de manifestação dos entes públicos que formalizaram o contrato de programa no prazo estabelecido no § 3º deste artigo configurará anuência à proposta de que trata o § 2º deste artigo.

Como depreende-se, a Lei n. 14.026/2020 permite que a companhia estadual tenha o seu controle acionário alienado para uma empresa privada, desde que o seu atual controlador (o Estado-membro) assim delibere. Na ocorrência de tal fato, é possível a substituição do contrato de programa por um contrato de concessão, sem que haja a extinção da relação jurídica entre a companhia e o titular do serviço, uma vez que o § 6 do artigo 13 da Lei n. 11.107/2005⁷²⁴ tenha sido revogado pelo Marco Legal. Nessa troca de modalidade de prestação do serviço, caso haja a anuência do titular do serviço,

724 Art. 13. Deverão ser constituídas e reguladas por contrato de programa, como condição de sua validade, as obrigações que um ente da Federação constituir para com outro ente da Federação ou para com 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.

[...]

§ 6º O contrato celebrado na forma prevista no § 5º deste artigo será automaticamente extinto no caso de o contratado não mais integrar a administração indireta do ente da Federação que autorizou a gestão associada de serviços públicos por meio de consórcio público ou de convênio de cooperação. (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 14.026, de 2020)

possibilita-se a modificação do prazo, do objeto e das cláusulas do contrato. O dispositivo será mais bem elucidado em momento oportuno; por ora, importante destacar que se trata de uma regra de transição do Novo Marco Regulatório do Saneamento Básico.

O artigo 18 da Lei n. 14.026/2020, por sua vez, a despeito da regra do artigo 11-A da Lei n. 11.445/2007⁷²⁵, determina a manutenção dos contratos de parcerias público-privadas (Lei n. 11.079/2004) ou de subdelegação existentes. Observa-se:

Art. 18. Os contratos de parcerias público-privadas ou de subdelegações que tenham sido firmados por meio de processos licitatórios deverão ser mantidos pelo novo controlador, em caso de alienação de controle de empresa estatal ou sociedade de economia mista.

Parágrafo único. As parcerias público-privadas e as subdelegações previstas neste artigo serão mantidas em prazos e condições pelo ente federativo exercente da competência delegada, mediante sucessão contratual direta.

Cuida-se de regra que, novamente, concretiza os valores da segurança jurídica e da continuidade da prestação dos serviços: os contratos de subdelegação firmados serão mantidos em seu objeto e cláusulas, independentemente da vedação imposta pela n. 14.026/2020 de que as novas subdelegações não possam ultrapassar 25% do valor do contrato⁷²⁶. Esse é um dispositivo que tem grande importância para os contratos de programa, porque algumas das

725 Art. 11-A. Na hipótese de prestação dos serviços públicos de saneamento básico por meio de contrato, o prestador de serviços poderá, além de realizar licitação e contratação de parceria público-privada, nos termos da Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, e desde que haja previsão contratual ou autorização expressa do titular dos serviços, subdelegar o objeto contratado, observado, para a referida subdelegação, o limite de 25% (vinte e cinco por cento) do valor do contrato. (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020)

726 Menciona-se outra regra de transição prevista na própria Lei n. 11.445/2007: o § 4º do art. 11-A da Lei 11.445/2007 permite que os municípios pertencentes a uma região metropolitana que tenham estudos de concessões ou parcerias público-privadas em andamento possam lhes dar seguimento.

companhias estaduais, na lógica de angariar recursos privados, utilizaram-se das PPPs e das subdelegações para buscar a expansão da infraestrutura, por dentro do próprio contrato de programa. Caracterizou-se a figura do “intermediário monopolista”: quando uma empresa pública ou sociedade de economia mista, detentora da outorga dos serviços, subdelega a operação das atividades a um parceiro privado e deixa de afetar a sua estrutura administrativa à execução dos serviços.

Na esteira das regras de transição, o artigo 19 da Lei n. 14.026/2020 dilatou o prazo para a formulação dos planos municipais de saneamento para 31 de dezembro de 2022. Veja-se:

Art. 19. Os titulares de serviços públicos de saneamento básico deverão publicar seus planos de saneamento básico até 31 de dezembro de 2022, manter controle e dar publicidade sobre o seu cumprimento, bem como comunicar os respectivos dados à ANA para inserção no Sinisa.

Parágrafo único. Serão considerados planos de saneamento básico os estudos que fundamentem a concessão ou a privatização, desde que contenham os requisitos legais necessários.

Inicialmente, na forma do artigo 26, § 2º do Decreto Federal n. 7.217/2010, a existência de planos municipais de saneamento básico era condição de acesso a recursos federais para a prestação dos serviços, cuja data limite era o ano de 2014⁷²⁷. Com a baixa adesão dos Municípios à norma, o prazo foi, até 2017, postergado por quatro vezes. Agora, impõe-se o novo prazo legal para atendimento da obrigação, o qual deve ser comunicada à Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico (ANA).

727 Art. 26 [...] § 2o A partir do exercício financeiro de 2014, a existência de plano de saneamento básico, elaborado pelo titular dos serviços, será condição para o acesso a recursos orçamentários da União ou a recursos de financiamentos geridos ou administrados por órgão ou entidade da administração pública federal, quando destinados a serviços de saneamento básico. (revogado)

Os dispositivos colacionados ao longo desse tópico formam a estrutura normativa de transição existente na Lei n. 14.026/2020 de forma expressa. Contudo, o regime de transição não deve limitar-se a tais dispositivos: é preciso que, na análise dos instrumentos contratuais e dos atos dos atuais operadores dos serviços, os órgãos de controle interpretem o Novo Marco Regulatório do Saneamento de modo condizente à segurança jurídica e à continuidade da prestação dos serviços, de modo que, por exemplo, a eventual decisão pela anulação ou caducidade de um instrumento contratual em face das novas diretrizes seja última *ratio*, com base nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Destarte, propõe-se uma visão dupla de regime de transição, consubstanciada na observação dos dispositivos de transição da Lei n. 14.026/2020 e na interpretação deles com base na segurança jurídica e na necessidade de atendimento ao princípio da continuidade dos serviços públicos.

2. Análise dos Impactos Lei n. 14.026/2020 nos Contratos de Programa entre Municípios e Companhias Estaduais: O Termo Aditivo de Conformidade do Contrato de Programa ao Novo Modelo de Prestação dos Serviços (Resolução 106/2021 ANA)

A mudança legislativa de maior relevo decorrente do Novo Marco Regulatório do Saneamento Básico (Lei n. 14.026/2020) às companhias estaduais, por certo, foi a vedação da celebração de novos contratos de programa para a prestação de serviços públicos de saneamento – vide o disposto pelo artigo 10, *caput* da Lei n. 11.445/2007⁷²⁸. Como já referido, a lógica do modelo de prestação de serviços da Lei n. 14.026/2020 é a delegação do serviço por meio de contrato de concessão, com prévio processo licitatório e competitivo. Não caberá mais a celebração de contrato administrativo ou

728 Art. 10. A prestação dos serviços públicos de saneamento básico por entidade que não integre a administração do titular depende da celebração de contrato de concessão, mediante prévia licitação, nos termos do art. 175 da Constituição Federal, vedada a sua disciplina mediante contrato de programa, convênio, termo de parceria ou outros instrumentos de natureza precária.

de convênio entre o titular do serviço e outro ente federativo sem a realização de procedimento dotado de competição, porque o modelo desprovido de licitação passa a ser considerado pela nova Lei como “de natureza precária”⁷²⁹.

Apesar da vedação expressa da celebração de contratos de programa, o Novo Marco Regulatório do Saneamento Básico, face à necessidade de manutenção de escala para a prestação de serviço de caráter contínuo e essencial, estabeleceu período de transição do modelo anterior – de contratos de programa – para o modelo da Lei n. 14.026/2020 – de contratos de concessão. Isso porque o §3º do artigo 10 da Lei n. 11.445/2007 dispõe que “Os contratos de programa regulares vigentes permanecem em vigor até o advento do seu termo contratual”. Dessa forma, as companhias estaduais têm a possibilidade de garantir a manutenção temporária da sua base de contratos.

Ocorre que os contratos de programa, para manterem sua viabilidade até o referido termo, dependerão de modificações substanciais na relação contratual entre companhia estadual e municípios. Nessa esteira, a alteração de impacto econômico-financeiro mais significativa que decorrerá da adaptação dos contratos de programa é a necessidade de inclusão expressa das metas de universalização elencadas pelo artigo 11-B da Lei n. 11.445/2007⁷³⁰, quais sejam:

729 Tal entendimento fica ainda mais evidenciado pelas razões de veto ao art. 16 da Lei Federal n. 14.026/2020, que permitia a renovação dos contratos de programa vigentes e a formalização de situações de fato de prestação de serviços por meio do contrato de programa: “A propositura legislativa, ao regularizar e reconhecer os contratos de programa, situações não formalizadas de prestação de serviços públicos de saneamento básico por empresa pública ou sociedade de economia mista, bem como possibilitar a prorrogação por 30 anos das atuais avenças, prolonga de forma demasiada a situação atual, de forma a postergar soluções para os impactos ambientais e de saúde pública decorrentes da falta de saneamento básico e da gestão inadequada da limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos. Ademais, a proposta, além de limitar a livre iniciativa e a livre concorrência, está em descompasso com os objetivos do novo marco legal do saneamento básico que orienta a celebração de contratos de concessão, mediante prévia licitação, estimulando a competitividade da prestação desses serviços com eficiência e eficácia, o que por sua vez contribui para melhores resultados.” Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Msg/VEP/VEP-396.htm>. Acesso em fev. de 2021.

730 “Art. 11-B. Os contratos de prestação dos serviços públicos de saneamento básico deverão definir metas de universalização que garantam o atendimento de 99% (noventa e nove por cento) da população com água potável e de 90% →

disponibilidade de água potável para 99% da população e de rede de esgotamento sanitário para 90% da população até 31 de dezembro de 2033. Além disso, o §1º do artigo 10-A da Lei n. 11.445/2007⁷³¹ impõe o dever de previsão de cumprimento de metas “de redução de perdas na distribuição de água tratada, de qualidade na prestação dos serviços, de eficiência e de uso racional da água, da energia e de outros recursos naturais, do reúso de efluentes sanitários e do aproveitamento de águas de chuva, em conformidade com os serviços a serem prestados”.

Assim, o contrato de programa que não contiver expressamente as metas estabelecidas pelo Novo Marco Regulatório será precário⁷³² (como tratado no Capítulo IV). O §1º do artigo 11-B da Lei n. 11.445/2007⁷³³, por sua vez, dispõe que as companhias estaduais têm até 31 de março de 2022 para viabilizar a inclusão das metas de universalização. O que se pode afirmar categoricamente é que as companhias estaduais precisam demonstrar que realizaram as diligências que lhes cabiam para o cumprimento da determinação legal.

A forma permitida para a inclusão das metas de universalização e as demais previstas pelo §1º do artigo 11-B da Lei n. 11.445/2007 é a da redação de termo aditivo ao contrato de programa, informação extraída da leitura conjunta do *caput* do artigo 10-B e do §3º do artigo 11-B, ambos dispositivos da Lei n. 11.445/2007. O *caput* do artigo 10-B destaca que “Os contratos em vigor, incluídos aditivos e renovações, autorizados nos termos desta Lei [...] estarão condicionados à

→ (noventa por cento) da população com coleta e tratamento de esgotos até 31 de dezembro de 2033, assim como metas quantitativas de não intermitência do abastecimento, de redução de perdas e de melhoria dos processos de tratamento”.

731 “Art. 10-A. Os contratos relativos à prestação dos serviços públicos de saneamento básico deverão conter, expressamente, sob pena de nulidade, as cláusulas essenciais previstas no art. 23 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, além das seguintes disposições: I - metas de expansão dos serviços, de redução de perdas na distribuição de água tratada, de qualidade na prestação dos serviços, de eficiência e de uso racional da água, da energia e de outros recursos naturais, do reúso de efluentes sanitários e do aproveitamento de águas de chuva, em conformidade com os serviços a serem prestados”.

732 “Art. 11-B [...] § 8º Os contratos provisórios não formalizados e os vigentes prorrogados em desconformidade com os regramentos estabelecidos nesta Lei serão considerados irregulares e precários. (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020)

733 “Art. 11-B [...] §1º Os contratos em vigor que não possuírem as metas de que trata o *caput* deste artigo terão até 31 de março de 2022 para viabilizar essa inclusão”.

comprovação da capacidade econômico-financeira da contratada [...] com vistas a viabilizar a universalização dos serviços na área licitada até 31 de dezembro de 2033”. Já o §3º do artigo 11-B dispõe que “As metas de universalização deverão ser calculadas de maneira proporcional no período compreendido entre a assinatura do contrato ou do termo aditivo e o prazo previsto no *caput* deste artigo [...]”. Em síntese, vedada a celebração de novos contratos de programa ou a renovação dos existentes⁷³⁴, o meio permitido pela legislação para incorporação das metas é o do termo aditivo ao contrato de prestação de serviços que esteja em vigor.

Trata-se de um termo aditivo que propõe uma readequação sem desnaturar o conteúdo da relação contratual; todavia, é preciso destacar: não se caracteriza pela mera *inclusão* das metas no contrato de programa. O atendimento integral das determinações do Novo Marco Regulatório de Saneamento Básico significa a assunção da responsabilidade, pelo operador dos serviços, de realizar a expansão da infraestrutura necessária ao cumprimento das metas de universalização, o que, por sua vez, acarreta a necessidade de aportes financeiros significativos. Dessa forma, com a modificação dos investimentos inicialmente previstos na relação contratual, em regra, deve-se revisar a política tarifária e os subsídios e subvenções elencados. Evidentemente, a revisão pode se mostrar desnecessária em alguns casos: o que se defende é a possibilidade de rever as condições iniciais do contrato, caso a inclusão das metas signifique um peso financeiro intransponível.

Ademais, embora as metas de universalização provavelmente sejam o aspecto central de toda a modificação trazida pela Lei n. 14.026/2020, o termo aditivo também deverá contemplar, além

734 “Art. 16. Os contratos de programa vigentes e as situações de fato de prestação dos serviços públicos de saneamento básico por empresa pública ou sociedade de economia mista, assim consideradas aquelas em que tal prestação ocorra sem a assinatura, a qualquer tempo, de contrato de programa, ou cuja vigência esteja expirada, poderão ser reconhecidas como contratos de programa e formalizadas ou renovados mediante acordo entre as partes, até 31 de março de 2022. Parágrafo único. Os contratos reconhecidos e os renovados terão prazo máximo de vigência de 30 (trinta) anos e deverão conter, expressamente, sob pena de nulidade, as cláusulas essenciais previstas no art. 10-A e a comprovação prevista no art.10-B da Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007, sendo absolutamente vedada nova prorrogação ou adição de vigência contratual.”

de outras metas impostas, novos permissivos legais que visam ao aprimoramento da eficiência na prestação dos serviços e ao melhor equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Portanto, o termo aditivo ao contrato de programa vigente, para viabilizar a continuidade da prestação de serviços, incorporará de forma ampla as atualizações promovidas pela Novo Marco Regulatório do Saneamento Básico, aproximando-o, dentro dos limites possíveis, aos moldes do contrato de concessão desenhado pela legislação. Por conseguinte, cuida-se de um termo aditivo, não de um novo contrato; todavia, de um termo aditivo que impõe uma nova realidade regulatória advinda da Lei n. 14.026/2020.

Os contratos de programa são instrumentos do modelo de gestão associada interfederativa, quando o convênio de cooperação ou o consórcio público entre entes da federação envolver a transferência da prestação de serviço (art. 4º, inciso XI, alínea “d” da Lei n. 11.107/2005⁷³⁵); ao passo que a concessão de serviço público é modalidade de delegação do serviço à pessoa jurídica de direito privado, mediante licitação, na forma do artigo 175 da Constituição Federal, da Lei n. 8.987/1995 (Lei Geral das Concessões) e, eventualmente, da Lei n. 11.079/2004 (Lei das Parcerias Público-Privadas).

A gestão associada é modalidade de prestação direta do serviço⁷³⁶: no caso do saneamento, o titular do serviço (o município) constitui um convênio de cooperação ou um consórcio público com o Estado-membro para transferir a operação dos serviços de abastecimento de água e de coleta e tratamento de esgoto para uma entidade da Administração Indireta do Estado-membro (a companhia

735 “Art. 4º São cláusulas necessárias do protocolo de intenções as que estabeleçam: [...] XI – a autorização para a gestão associada de serviços públicos, explicitando: [...] d) as condições a que deve obedecer o contrato de programa, no caso de a gestão associada envolver também a prestação de serviços por órgão ou entidade de um dos entes da Federação consorciados;”

736 “[...] o contrato de programa é instrumento para disciplinar uma das formas de prestação direta de serviços públicos, qual seja: a que se situa no âmbito da gestão associada de serviços públicos, prevista pela atual redação do artigo 241 da Constituição Federal”. RIBEIRO, Wladimir António. **O Contrato de Programa**. In OLIVEIRA, Carlos Roberto e GRANZIERA, Maria Luiza Machado (Org.). **Novo Marco Regulatório do Saneamento Básico no Brasil**. Indaiatuba: Editora Foco, 2021, p. 132.

estadual). A formalização, não propriamente da transferência do serviço, e sim dos encargos, das metas, das penalidades e dos bens afetados em tal outorga se dá pelo instrumento do contrato de programa⁷³⁷, cuja previsão reside no protocolo de intenções do convênio de cooperação ou de cláusula no consórcio público. Assim, existia até o Novo Marco Regulatório do Saneamento Básico um conteúdo mínimo nos contratos de programa em saneamento, reduzido ao disposto na Lei n. 11.107/2005.

A concessão, por sua vez, é modalidade de prestação indireta do serviço público, em que ocorre a delegação das atividades para uma pessoa jurídica de direito privado. Diante disso, coexistem interesses públicos e privados na prestação indireta de serviços públicos. Maria Sylvania Zanella di Pietro refere que a concessão se constrói em aspectos antitéticos:

- De um lado, de um **serviço público** que deve funcionar no interesse geral e sob a autoridade da Administração;

737 Art. 13. Deverão ser constituídas e reguladas por contrato de programa, como condição de sua validade, as obrigações que um ente da Federação constituir para com outro ente da Federação ou para com 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.

§ 1º O contrato de programa deverá:

I – atender à legislação de concessões e permissões de serviços públicos e, especialmente no que se refere ao cálculo de tarifas e de outros preços públicos, à de regulação dos serviços a serem prestados; e

II – prever procedimentos que garantam a transparência da gestão econômica e financeira de cada serviço em relação a cada um de seus titulares.

§ 2º No caso de a gestão associada originar a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos, o contrato de programa, sob pena de nulidade, deverá conter cláusulas que estabeleçam:

I – os encargos transferidos e a responsabilidade subsidiária da entidade que os transferiu;

II – as penalidades no caso de inadimplência em relação aos encargos transferidos;

III – o momento de transferência dos serviços e os deveres relativos a sua continuidade;

IV – a indicação de quem arcará com o ônus e os passivos do pessoal transferido;

V – a identificação dos bens que terão apenas a sua gestão e administração transferidas e o preço dos que sejam efetivamente alienados ao contratado;

VI – o procedimento para o levantamento, cadastro e avaliação dos bens reversíveis que vierem a ser amortizados mediante receitas de tarifas ou outras emergentes da prestação dos serviços.

- De outro lado, de uma **empresa capitalista** que comporta, no pensamento daquele que está na sua testa, o máximo de proveito possível.⁷³⁸

Por conseguinte, o meio de compatibilização de tais valores teoricamente antitéticos na concessão de serviço público é a construção de um “pacto regulatório”. Floriano de Azevedo Marques Neto aduz que “Em si, o contrato de concessão comum já se constitui em um instrumento regulatório fundamental”⁷³⁹. Pode-se identificar ao menos dois pilares regulatórios fundamentais no contrato administrativo de concessão: a existência do que Maria Sylvia Zanella di Pietro denomina de “cláusulas regulamentares”⁷⁴⁰⁻⁷⁴¹ e o desenvolvimento da teoria da equação econômico-financeira⁷⁴²⁻⁷⁴³ (a manutenção da viabilidade econômica da delegação do serviço). Depreende-se de tal entendimento que a forma de regulação preponderante na concessão de serviços públicos, regra geral, é a por contrato, muito embora

738 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**. 12ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 95.

739 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Concessões**. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 202.

740 “Essa parte regulamentar da concessão, que diz respeito à forma de gestão do serviço, consta das chamadas **cláusulas regulamentares** do contrato de concessão. Elas definem objeto, a forma de execução, a fiscalização, os direitos e deveres das partes, as hipóteses de rescisão, as penalidades, os direitos dos usuários”. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**. 12ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 97.

741 Cita-se as cláusulas essenciais ao contrato de concessão, consoante disposto pelo art. 23 da Lei n. 8.987/1995.

742 “[...] daí a razão de ter-se construído toda a teoria do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, cujo objetivo é garantir que o concessionário, durante toda a execução do contrato, tenha assegurada a percepção de remuneração que lhe permita manter a relação custo-benefício estabelecida no momento da celebração do contrato. Daí também o fato de ser esse equilíbrio estabelecido por meio de cláusulas contratuais, que não podem ser unilateralmente alteradas pela Administração. Trata-se das chamadas **cláusulas financeiras**, que compreendem as referentes às tarifa e outras fontes de receita, além de qualquer outra que possa dizer respeito ao equilíbrio econômico-financeiro da concessão”. *Ibidem*, p 96-97.

743 “Efetivamente, a concessão, do ponto de vista do particular concessionário, envolve um negócio. Portanto, é fundamental que as premissas econômicas e financeiras do ajuste concessório sejam protegidas”. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Op. Citt.*, p. 190.

haja atuação primordial da regulação discricionária ou por agência reguladora em muitos setores.⁷⁴⁴

Na gestão associada, por outro lado, o entendimento tradicional é de que *i)* inexistente equação econômico-financeira⁷⁴⁵; *ii)* não há regulação por contrato, e sim regulação discricionária ou por agência⁷⁴⁶. Assim, não haveria possibilidade de, por exemplo, uma parte postular a recomposição econômico-financeira em decorrência de algo que foi feito em proveito da outra no interesse público⁷⁴⁷. É nada mais que o raciocínio geral dos convênios. Isso porque, nos acordos interfederativos, ambas as partes estariam perseguindo o mesmo objetivo, lógica incompatível com a oposição de interesses de um contrato administrativo⁷⁴⁸, que, no caso das concessões,

744 “A natureza regulatória do contrato de concessão não elide a necessidade de existência de ente regulador autônomo, que exerça a função regulatória com isenção em relação a todos os interesses enredados no serviço concedido”. *Ibidem*, p. 203

745 “[...] outro aspecto de natureza prática dos contratos de programa: a ausência de equação econômico-financeira [...]. RIBEIRO, Wladimir Antônio. **O Contrato de Programa**. In OLIVEIRA, Carlos Roberto e GRANZIERA, Maria Luiza Machado (Org.). **Novo Marco Regulatório do Saneamento Básico no Brasil**. Indaiatuba: Editora Foco, 2021, p. 120.

746 Na forma do inciso I do § 1º do art. 13 da Lei n. 11.107/2005:
Art. 13. [...] § 1º O contrato de programa deverá:
I – atender à legislação de concessões e permissões de serviços públicos e, especialmente no que se refere ao cálculo de tarifas e de outros preços públicos, à de regulação dos serviços a serem prestados; e

747 Esse é o entendimento de Wladimir Antônio Ribeiro: “A princípio, uma parte não tem o direito de ser remunerada em razão do que fez no interesse da outra parte, justamente porque os interesses são comuns. Daí a atividade regulatória, aqui compreendida *lato sensu*, e que deve analisar os aspectos de política pública e definir a forma que os recursos necessários à consecução dos objetivos (ou programa) devem ser reunidos”. RIBEIRO, Wladimir Antônio. **O Contrato de Programa**. In OLIVEIRA, Carlos Roberto e GRANZIERA, Maria Luiza Machado (Org.). **Novo Marco Regulatório do Saneamento Básico no Brasil**. Indaiatuba: Editora Foco, 2021, p. 120.

748 “Convênio é acordo, mas não é contrato. No contrato as partes têm interesses diversos e opostos; no convênio os partícipes têm interesses comuns e coincidentes. Por outras palavras: no contrato há sempre duas partes (podendo ter dois ou mais signatários), uma que pretende o objeto do ajuste (obra, o serviço, etc), outra que pretende a contraprestação correspondente (o preço ou qualquer outra vantagem), diversamente do que ocorre no convênio, em que não há partes, mas unicamente partícipes com as mesmas pretensões”. MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 39ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 464.

formaliza o conjunto obrigacional na exploração econômica⁷⁴⁹ de um serviço. A propósito, a descaracterização do contrato de programa (instrumento da gestão associada) como contrato administrativo levaria ao entendimento de que naquele contrato não existiriam cláusulas exorbitantes⁷⁵⁰; muito embora na prática dos contratos de programa seja possível identificar disposições compatíveis com a lógica de um contrato administrativo.

De qualquer forma, o Novo Marco Regulatório do Saneamento Básico, sem dúvida, pretende aproximar os contratos de programa ao raciocínio dos contratos de concessão, por meio da atualização dos instrumentos contratuais. Cuida-se, aparentemente, de uma tentativa de atribuir maior segurança jurídica mediante mecanismos regulamentares dentro do próprio contrato. Essa é uma forma de viabilizar a fiscalização e o monitoramento da operação das atividades com base em critérios objetivos (como o cumprimento ou o descumprimento das metas de universalização), não em valores jurídicos subjetivos.

Ponto evidente dessa aproximação dos contratos de programa aos contratos de concessão é a inclusão das cláusulas essenciais da Lei Geral de Concessões na Lei n. 11.445/2007 e exigir a incorporação dessas aos contratos de prestação de serviços públicos de saneamento vigentes. Tal determinação consta no artigo 10-A da Lei n. 11.445/2007, em que se faz remissão às cláusulas obrigatórias dos contratos de concessão (art. 23 da Lei n. 8.987/1995) e a previsão de cláusulas específicas para o setor do saneamento (incisos I, II e III), além da repartição de riscos (inciso IV), tradicionalmente vinculada aos contratos de parceria público-privada (Lei n. 11.079/2004). Veja-se que, nesse aspecto, há o crescimento de mecanismos regulamentares dentro do próprio contrato, um dos pilares da modalidade

749 Faz-se a ressalva de que nas concessões administrativas inexistente exploração econômica do serviço (público ou não); a remuneração nessa modalidade se dá por meio de contraprestação pública, usualmente pecuniária.

750 Wladimir Antônio Ribeiro aduz que a estipulação de cláusulas exorbitantes estaria em desacordo à característica de isonomia entre as partes, inerente ao contrato de programa. RIBEIRO, Wladimir Antônio. **O Contrato de Programa**. In OLIVEIRA, Carlos Roberto e GRANZIERA, Maria Luiza Machado (Org.). **Novo Marco Regulatório do Saneamento Básico no Brasil**. Indaiatuba: Editora Foco, 2021, p. 120.

de prestação indireta de serviços públicos mediante concessão, expressando-se um “pacto regulatório” nos contratos de saneamento básico – especialmente água e esgoto.

Diante disso, entende-se que a Lei n. 14.026/2020, ao abrir as portas para essa possibilidade, permitiu o que podemos definir como um verdadeiro “regime de transição”, conforme exposto no tópico anterior. Os municípios, titulares dos serviços, que decidirem pela adesão aos termos aditivos de conformidade ao Novo Marco Regulatório do Saneamento Básico conviverão com um contrato de programa que exprime esse regime de transição. É um instrumento contratual do modelo PLANASA, uma gestão associada não precedida de licitação, com as roupagens da Lei n. 14.026/2020 e dos contratos de concessão, incorporadas as metas desse diploma legal.

Neste tópico, far-se-á análise de alguns dos pontos da Lei n. 11.445/2007 (alterada pela Lei n. 14.026/2020) que possivelmente deverão ser contemplados pelos termos aditivos do *caput* do artigo 10-B da Lei n. 11.445/2007. Para desenvolvimento de tais considerações, analisou-se as minutas de contrato de programa padrão de aproximadamente 11 companhias estaduais de saneamento do país⁷⁵¹. Dessa forma, busca-se, a partir das diretrizes legais, inconsistências dos atuais instrumentos contratuais ao novo modelo de prestação de serviços de saneamento básico imposto pela Lei n. 14.026/2020.

Como ressaltado, a forma legal adequada para a inclusão das metas do Novo Marco Regulatório do Saneamento Básico é a do termo aditivo, conforme previsto especialmente nos artigos 10-B e 11-B, §1º da Lei n. 11.445/2007. Veja-se:

Art. 10-B. Os contratos em vigor, incluídos aditivos e renovações, autorizados nos termos desta Lei, bem como aqueles provenientes de licitação para prestação ou concessão dos serviços públicos de saneamento básico, estarão condicionados à comprovação da capacidade econômico-financeira da contratada,

751 Quais sejam: AGESPISA/PI, CAGECE/CE, CAGEPA/PA, CASAN/SC, COPASA/MG, CORSAN/RS, EMBASA/BA, SABESP/SP, SANEAGO/GO, SANEATINS/TO e SANEPAR/PR.

por recursos próprios ou por contratação de dívida, com vistas a viabilizar a universalização dos serviços na área licitada até 31 de dezembro de 2033, nos termos do § 2º do art. 11-B desta Lei.

Art. 11-B. Os contratos de prestação dos serviços públicos de saneamento básico deverão definir metas de universalização que garantam o atendimento de 99% (noventa e nove por cento) da população com água potável e de 90% (noventa por cento) da população com coleta e tratamento de esgotos até 31 de dezembro de 2033, assim como metas quantitativas de não intermitência do abastecimento, de redução de perdas e de melhoria dos processos de tratamento. (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020)

§ 1º Os contratos em vigor que não possuírem as metas de que trata o *caput* deste artigo terão até 31 de março de 2022 para viabilizar essa inclusão. (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020)

Em conjunto, ambos estabelecem a obrigatoriedade da previsão das metas de universalização dispostas pelo Novo Marco por meio de termo aditivo nos contratos em vigor. Atenta-se para a nomenclatura empregada pelos dispositivos: “contratos em vigor” e “contratos de prestação de serviços públicos de saneamento básico”.

O Novo Marco Regulatório é suficientemente claro nesse aspecto. Quando refere-se aos contratos pré-existentes à Lei n. 14.026/2020, utiliza o termo “contrato em vigor”; por outro lado, ao referir-se aos contratos em sentido amplo e genérico – aqui incluídos contratos de programa e contratos de concessão (precedidos ou não de licitação, pré-existentes ou não) – emprega o termo “contrato de prestação de serviços públicos de saneamento básico”. Portanto, não há dúvidas de que todos os contratos firmados anteriormente à entrada em vigor desse diploma legal precisam atender às novas diretrizes do setor.

Reforça-se que o fundamento principal para a realização desses termos aditivos, e isso decorre da leitura do próprio diploma legal, é o da incorporação das metas da Lei n. 14.026/2020. Há, além disso, outros pontos que certamente devem (novamente, por imposição do Novo Marco Regulatório do Saneamento Básico) ser incorporados aos contratos. Algumas dessas diretrizes precisam explicitamente constar

nos instrumentos contratuais; outras decorrem de imposição implícita. Por fim, existem modificações necessárias que decorrem não do texto legal, mas de consequências evidentes do Novo Marco Regulatório.

Com relação ao que explicitamente a lei elenca como modificações necessárias, tem-se, em primeiro lugar, as metas de universalização e de melhoria dos serviços, como exaustivamente discutido. Estão presentes no artigo 10-A, inciso I, no artigo 11, inciso V e §2º, inciso II e no artigo 11-B, todos da Lei n. 11.445/2007 (alterada pela Lei n. 14.026/2020) como deveres contratuais aos operadores dos serviços. Incluem a obrigação de cumprimento de expansão do serviço de abastecimento de água tratada para 99% (noventa e nove por cento) da população e de 90% de cobertura para coleta e tratamento de esgoto até 2033. Outrossim, salienta-se as metas de redução de perdas de água tratada, de qualidade na prestação de serviços, de eficiência e de uso racional da água, da energia e de outros recursos naturais, do reúso de efluentes sanitários e do aproveitamento de águas de chuva (art. 10-A, inciso I da Lei n. 11.445/2007). Todos esses deveres constarão no contrato de programa aditivado, como obrigação contratual, em regra, do operador dos serviços.

Inclusive, o parágrafo único do artigo 16 da Lei n. 14.026/2020⁷⁵², vetado pelo Executivo Federal, previa de forma expressa a necessidade dos contratos de programa “reconhecidos e renovados”⁷⁵³ de incorporação das cláusulas essenciais do artigo 10-A da Lei n. 11.445/2007 e das metas do artigo 10-B da Lei n. 11.445/2007. O motivo⁷⁵⁴ do veto

752 Art. 16 [...] Parágrafo único. Os contratos reconhecidos e os renovados terão prazo máximo de vigência de 30 (trinta) anos e deverão conter, expressamente, sob pena de nulidade, as cláusulas essenciais previstas no art. 10-A e a comprovação prevista no art.10-B da Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007, sendo absolutamente vedada nova prorrogação ou adição de vigência contratual.

753 O conceito de contrato “reconhecido” era o de um contrato de programa decorrente da formalização de uma situação precária de prestação dos serviços, uma operação da infraestrutura sem lastro contratual. Assim, a Lei 14.026/2020 originalmente previa a possibilidade de se celebrar um contrato de programa, com prazo de até 30 anos, para atribuir segurança jurídica às situações de prestação de serviços de fato.

754 Razões do veto presidencial foram as seguintes: “A propositura legislativa, ao regularizar e reconhecer os contratos de programa, situações não formalizadas de prestação de serviços públicos de saneamento básico por empresa pública ou sociedade de economia mista, bem como possibilitar a prorrogação por 30 anos das atuais avenças, prolonga de forma demasiada a situação atual, de forma a →

presidencial ao dispositivo, contudo, não guardava relação com essa obrigatoriedade, e sim com a incompatibilidade da formalização dos contratos precários entre municípios e companhias estaduais como contratos de programa ou a renovação desses por mais 30 anos com o objetivo da nova lei de substituir “contratos precários” por contratos de concessão. De qualquer forma, trata-se de mais um indicativo legal de que os contratos das companhias estaduais em vigor precisam incluir as cláusulas essenciais e as metas elencadas pela Lei n. 14.026/2020.

Ressalta-se que as metas de universalização dos serviços não decorrem do Marco Legal, mas do PLANSAB, de 2013, como já tratado nesse trabalho. O que a Lei n. 14.026/2020 faz é impor as metas como obrigação legal, além disso: criar mecanismos para que as metas sejam, de fato, implementadas. Por exemplo, na lógica do Novo Marco Regulatório do Saneamento Básico, é preciso que as metas estejam dentro do contrato de programa - tornando-as obrigação contratual - e que haja um cronograma de implantação das metas. Atenta-se:

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

[...]

V - a existência de metas e cronograma de universalização dos serviços de saneamento básico.

A consequência disso para os contratos de programa é o dever de alteração do instrumento com a substituição das metas

→ postergar soluções para os impactos ambientais e de saúde pública decorrentes da falta de saneamento básico e da gestão inadequada da limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos. Ademais, a proposta, além de limitar a livre iniciativa e a livre concorrência, está em descompasso com os objetivos do novo marco legal do saneamento básico que orienta a celebração de contratos de concessão, mediante prévia licitação, estimulando a competitividade da prestação desses serviços com eficiência e eficácia, o que por sua vez contribui para melhores resultados.” BRASIL. Presidência da República – Casa Civil. **Mensagem n. 396, de 16 de julho de 2020.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Msg/VEP/VEP-396.htm>. Acesso em 25 de maio de 2021.

existentes, se já não compatíveis com a Lei n. 14.026/2020⁷⁵⁵. O mero quantitativo de atendimento (99% de água tratada e 90% de coleta e tratamento de esgoto) não é suficiente para o devido cumprimento da obrigação legal; além disso, imperativa a demonstração de um planejamento com cronograma de realização das metas.

Destaca-se que os contratos de programa já têm metas próprias, calcadas nos respectivos planos municipais de saneamento, com nomenclaturas particulares e dentro do padrão de investimentos esperado anteriormente ao Novo Marco Regulatório. A minuta padrão do contrato de programa da SANEAGO/GO, por exemplo, nomeia as metas de investimentos de “Plano de Gestão do Prestador”⁷⁵⁶. A SABESP/SP denomina simplesmente de “Plano de Metas”⁷⁵⁷, consoante a minuta de contrato de programa firmada com o Município de Assis/SP. Com a Lei n. 14.026/2020, as metas de investimentos, independentemente da nomenclatura contratual, deverão ser readequadas ao padrão de atendimento dos parâmetros de universalização.

Nessa toada, os incisos do artigo 10-A da Lei n. 11.445/2007 indicam um rol de cláusulas essenciais aos contratos de prestação de serviços públicos de saneamento básico. Por conseguinte, são pontos que obrigatoriamente precisam estar contemplados no termo aditivo, caso o contrato de programa original já não os preveja. O inciso I, como referido, trata das metas do Novo Marco Legal. O inciso II, por sua vez, destaca a inclusão de:

-
- 755 É preciso fazer a ressalva de que a solução para a incorporação das metas nos contratos de concessão licitados anteriormente à Lei 14.026/2020 é outra, cujo procedimento está estipulado pelo art. 11-B, § 2º da Lei n. 11.445/2007.
- 756 **“PLANO DE GESTÃO DO PRESTADOR:** é um planejamento operacional que detalhará as ações e investimentos necessários ao alcance das metas fixadas no Plano Municipal de Saneamento Básico e por comum acordo entre a SANEAGO e o MUNICÍPIO”. MUNICÍPIO DE MUNDO NOVO/GO. SANEAGO/GO. **Contrato de Programa.** Disponível em: <[http://www.mundonovo.go.gov.br/arquivo/vMA9\\$Z58teX/Contrato_de_Programa_agua_Mundo_Novo_doc.pdf](http://www.mundonovo.go.gov.br/arquivo/vMA9$Z58teX/Contrato_de_Programa_agua_Mundo_Novo_doc.pdf)>. Acesso em 03 de maio de 2021.
- 757 MUNICÍPIO DE ASSIS/SP. SABESP/SP. **Contrato de Programa do Município de Assis.** Disponível em: <<https://www.assis.sp.gov.br/uploads/sabesp/minuta%20contrato%20programa%20assis%20-%20rev%20101218.pdf>>. Acesso em 03 de maio de 2021.

Art. 10-A. Os contratos relativos à prestação dos serviços públicos de saneamento básico deverão conter, expressamente, sob pena de nulidade, as cláusulas essenciais previstas no art. 23 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, além das seguintes disposições: [...]

II - possíveis fontes de receitas alternativas, complementares ou acessórias, bem como as provenientes de projetos associados, incluindo, entre outras, a alienação e o uso de efluentes sanitários para a produção de água de reúso, com possibilidade de as receitas serem compartilhadas entre o contratante e o contratado, caso aplicável; (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020)

Cuida-se da possibilidade de obtenção de receitas alternativas, para além da cobrança de preços públicos pela prestação dos serviços, uma cláusula usual nos contratos de concessão de serviços (comum, patrocinada ou administrativa), que passa a ser essencial ao contrato de programa.

Seguindo-se na análise do aludido dispositivo, o inciso III impõe a incorporação de metodologia de cálculo de eventual indenização com relação aos bens reversíveis e não amortizados. Aqui, fala-se sobretudo na infraestrutura disponibilizada para a prestação dos serviços de água e esgoto. Veja-se:

Art. 10-A. [...]

III - metodologia de cálculo de eventual indenização relativa aos bens reversíveis não amortizados por ocasião da extinção do contrato; (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020)

Antes, dentro do modelo PLANASA, não se tinha como horizonte o eventual encerramento do contrato: as relações eram, na prática, indefinidamente estendidas, tendo em vista a natureza monopolista da atividade e a ausência de *players* de mercado suficientes para estimular a troca voluntária do modelo de prestação de serviços – de gestão associada para a licitação. Assim, a metodologia para mensuração da indenização pelos bens reversíveis não

amortizados, incidente justamente ao fim do contrato, não constituía uma preocupação real da companhia e do município. Com o novo estado de coisas inaugurado pela Lei n. 14.026/2020, a forma de cálculo do valor indenizatório passa a ter maior relevo.

O grande dilema quanto ao tópico é reflexo da pulverização regulatória do setor. Isso porque a maioria dos contratos de programa, de forma genérica, remetem a metodologia de cálculo à entidade reguladora⁷⁵⁸, que varia de Estado-membro para Estado-membro ou entre municípios da mesma unidade federativa. Atualmente, não há padronização da forma de cálculo do passivo indenizatório, o que pode gerar inseguranças no momento da obtenção dos valores, com alto risco de judicialização do tema. Conforme visto, a Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico (ANA) terá o dever de editar normas de referência sobre a metodologia de cálculo do valor indenizatório; contudo, a reguladora nacional não poderá impor essas normas. O ideal para a garantia da segurança jurídica da própria cláusula seria a adoção das normas de referência da ANA, antes do prazo final para aditivção dos contratos.

O inciso IV do artigo 10-A da Lei n. 11.445/2007, por seu turno, dispõe sobre a necessidade expressa de existência de alocação de riscos pormenorizada nos contratos para prestação de serviços públicos de saneamento. Observa-se:

758 Veja-se, como exemplo, a cláusula do contrato de programa entre o Município de Curitiba/PR: "CLÁUSULA TRINTA E DOIS. O presente contrato será extinto, exclusivamente, nas seguintes hipóteses:

[...]

§1º - Não ocorrendo a prorrogação do Contrato de Programa ou advindo a extinção deste Contrato, o acervo dos sistemas de abastecimento de água e de esgotamento sanitários somente será revertido ao patrimônio do MUNICÍPIO DE CURITIBA depois dele assumir previamente a responsabilidade pelo pagamento dos compromissos financeiros porventura existentes na data da transferência do acervo e indenizar previamente a CONTRATADA pelo valor contábil e regulatório das parcelas dos 21 investimentos ainda não amortizados, remunerados ou depreciados na vigência do contrato, contemplados também os bens e direitos do período em que o serviço foi prestado com base na Lei Municipal nº 6.388/1982, inclusive do Contrato de Concessão nº 13.543/2001, consoante §3º da Cláusula Sétima deste Contrato, respeitados os Estatutos da Companhia de Saneamento do Paraná – SANEPAR. §2º - O valor da indenização será apurado pelos contratantes, em conjunto com a ENTIDADE REGULADORA, tomando-se por base a contabilidade da CONTRATADA, que é certificada anualmente pela ENTIDADE REGULADORA e pelo Tribunal de Contas do Paraná." MUNICÍPIO DE CURITIBA/PR. SANEPAR/PR. **Contrato de Programa**. Disponível em: <<https://mid.curitiba.pr.gov.br/2018/00220827.pdf>>. Acesso em 30 de abril de 2021.

Art. 10-A. [...]

IV - repartição de riscos entre as partes, incluindo os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária. (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020)

A referida exigência é aspecto que, em uma primeira leitura, poderia ensejar dúvidas. Tradicionalmente, a legislação brasileira estipula a divisão de riscos e incertezas (matriz de riscos) como cláusula essencial dos contratos de concessão qualificáveis como parcerias público-privadas, na forma da Lei n. 11.079/2004. Tal regra está disposta no artigo 5º, inciso III desse diploma legal⁷⁵⁹. Desse modo, a interpretação usual era de que a repartição pormenorizada de riscos era uma peculiaridade das PPPs, sendo, inclusive, inadequada às concessões comuns (Lei n. 8.987/2004), consoante posicionamento do Manual de Contabilidade Aplicada ao Setor Público (MCASP)⁷⁶⁰ – muito embora já sejam adotadas em contratos de concessão comum.⁷⁶¹

Todavia, com a previsão expressa do Novo Marco Regulatório do Setor, foi-se ainda além: impôs-se aos contratos de prestação de

759 Art. 5º As cláusulas dos contratos de parceria público-privada atenderão ao disposto no art. 23 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, no que couber, devendo também prever:

[...]

III – a repartição de riscos entre as partes, inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária;

760 “Parceria público-privada (PPP) é uma modalidade especial de contrato administrativo de concessão de serviço público, com eventual execução de obras ou fornecimento de bens. A PPP se diferencia da concessão comum por envolver contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado e repartição de riscos entre as partes”. BRASIL. MINISTÉRIO DA FAZENDA – SECRETARIA DO TESOUREIRO NACIONAL. **Manual de Contabilidade Aplicada ao Setor Público**. 8ª Edição, 2019. Disponível em: <https://www.cnm.org.br/cms/images/stories/Links/20122018_CPU_MCASP_8_ed_-_publicacao_com_capa_2vs.pdf>. Acesso em 03 de maio de 2021.

761 Como exemplo, cita-se a recente concessão comum do Terminal Rodoviário de Cuiabá, com previsão de cláusula de repartição de riscos. Ressalta-se que se trata de uma concessão não qualificada como PPP, cujo objeto não é a prestação de serviços públicos de saneamento básico – fora da incidência do Novo Marco Regulatório. GOVERNO DO ESTADO DE MATO GROSSO. SINFRA – Secretaria de Estado de Infraestrutura e Logística. **Minuta de Contrato – Concorrência Pública n. 003/2020**. Maio/2020. Disponível em: <<http://www.sinfra.mt.gov.br/documents/363190/14569659/ANEXO+I+-+MINUTA+DE+CONTRATO+30.08.pdf/d65a5052-2ab0-5b90-8ab4-0a87028dcd46>>. Acesso em 03 de maio de 2021.

serviços públicos de saneamento, incluindo-se os contratos de programa, a obrigatoriedade de alocação de riscos. O termo aditivo, por conseguinte, deverá contemplar tal demanda legal, muito embora os conflitos atualmente sejam decididos pela agência reguladora. Há, nesse aspecto particular, o crescimento da regulação por contrato. Evidentemente, espera-se que a agência reguladora local ou regional em algum momento ratifique a cláusula de alocação de riscos. Cuida-se de medida que atribui maior segurança jurídica na prestação dos serviços públicos, uma vez que as ocorrências no curso da relação contratual estariam resolvidas dentro do próprio instrumento: é o meio pelo qual persegue-se a estabilização dos litígios. A propósito, esse é outro tema que deverá ser objeto de norma de referência, pela Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico, conforme Resolução n. 105/2021 ANA⁷⁶².

Refere-se, outrossim, que a divisão de riscos dentro do contrato de programa é comumente precária. Como dito, as companhias estaduais e municípios costumavam *i)* atribuir a responsabilidade para a agência reguladora de decidir, na omissão do contrato, sobre as circunstâncias suportadas pelo operador ou pelo titular dos serviços, e quais eventualmente ensejariam ou não a revisão de tarifas⁷⁶³⁻⁷⁶⁴; e *ii)* prever a alocação de riscos de forma esparsa no contrato e em

762 BRASIL, Ministério do Desenvolvimento Regional. **Resolução n. 105/ANA, de 18 de outubro de 2021**. Disponível em <<https://www.in.gov.br/web/dou/-/resolucao-ana-n-105-de-18-de-outubro-de-2021-353313855>>. Acesso em 20 de outubro de 2021.

763 10.1 As revisões tarifárias compreenderão a reavaliação das condições da prestação dos serviços e das tarifas praticadas e poderão ser:
[...]
II - extraordinárias, 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. MUNICÍPIO DE MUNDO NOVO/GO. SANEAGO/GO. **Contrato de Programa**. Disponível em: <[http://www.mundonovo.go.gov.br/arquivo/vMA9\\$Z58teX/Contrato_de_Programa_agua_Mundo_Novo_doc.pdf](http://www.mundonovo.go.gov.br/arquivo/vMA9$Z58teX/Contrato_de_Programa_agua_Mundo_Novo_doc.pdf)>. Acesso em 03 de maio de 2021.

764 CLÁUSULA DÉCIMA QUINTA – DA COBERTURA DOS RISCOS 15.1 A SANEAGO durante o prazo de vigência do presente Contrato deverá manter a efetiva política de cobertura dos riscos inerentes à execução das atividades relacionadas à exploração dos serviços objeto do Contrato, nos termos e condições aprovadas pelo REGULADOR e MUNICÍPIO. MUNICÍPIO DE MUNDO NOVO/GO. SANEAGO/GO. **Contrato de Programa**. Disponível em: <[http://www.mundonovo.go.gov.br/arquivo/vMA9\\$Z58teX/Contrato_de_Programa_agua_Mundo_Novo_doc.pdf](http://www.mundonovo.go.gov.br/arquivo/vMA9$Z58teX/Contrato_de_Programa_agua_Mundo_Novo_doc.pdf)>. Acesso em 03 de maio de 2021.

poucas hipóteses. A Lei n. 14.026/2020, nesse sentido, busca trazer maior previsibilidade à operação dos serviços, constituindo um ganho objetivo na segurança jurídica da relação contratual.

Outro aspecto central para a assinatura dos termos aditivos é a necessidade de comprovação da capacidade econômico-financeira de cumprimento do contrato em específico. Assim, a companhia estadual passará a ter a responsabilidade de demonstrar que possui condições financeiras de arcar com as metas de universalização, ou seja, com os custos da expansão da infraestrutura, prevista até o ano de 2033. Essa é a determinação do artigo 10-B da Lei n. 11.445/2007:

Art. 10-B. Os contratos em vigor, incluídos aditivos e renovações, autorizados nos termos desta Lei, bem como aqueles provenientes de licitação para prestação ou concessão dos serviços públicos de saneamento básico, estarão condicionados à comprovação da capacidade econômico-financeira da contratada, por recursos próprios ou por contratação de dívida, com vistas a viabilizar a universalização dos serviços na área licitada até 31 de dezembro de 2033, nos termos do § 2º do art. 11-B desta Lei. (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020)

Parágrafo único. A metodologia para comprovação da capacidade econômico-financeira da contratada será regulamentada por decreto do Poder Executivo no prazo de 90 (noventa) dias. (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020)

Na mesma lógica da inclusão das metas de universalização, não basta afirmar, por meio de cláusula contratual, que a companhia possui capacidade econômico-financeira de executar o contrato. É preciso demonstrar, mediante estudo específico, que, de fato, terá recursos para investir na expansão da infraestrutura a ponto de atingir as metas de universalização dispostas no artigo 11-B da Lei n. 11.445/2007. Essa é a regra do inciso II do artigo 11 da Lei n. 11.445/2007:

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

II - a existência de estudo que comprove a viabilidade técnica e econômico-financeira da prestação dos serviços, nos termos estabelecidos no respectivo plano de saneamento básico; (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020)

A incorporação do estudo é, inclusive, condição de validade do contrato de prestação de serviços públicos de saneamento, conforme prevê o dispositivo legal. Ainda, nos termos do Decreto Federal n. 10.710/2021, o estudo “terá por objetivo assegurar que os prestadores de serviços públicos de abastecimento de água potável ou de esgotamento sanitário tenham capacidade para cumprir as metas de universalização” (art. 3º, *caput*). Menciona-se que o parágrafo único do art. 3º reforçou a percepção de que existe uma proporcionalidade entre metas de universalização, período e objeto do contrato, ao dispor que:

Art. 3º [...]

Parágrafo único. No caso de contrato de programa cujo prazo de vigência se encerre antes de 31 de dezembro de 2033, a análise de capacidade econômico-financeira deverá considerar o atingimento proporcional das metas de universalização referidas no *caput*.

Portanto, o estudo de viabilidade econômico-financeira estará relacionado à parcela das metas que serão de responsabilidade do operador do contrato. A referência explícita ao contrato de programa no dispositivo, por seu turno, antevê o fato de que essa possivelmente será uma circunstância mais recorrente em tal modalidade de prestação de serviço, porquanto não haverá renovação ou prorrogação do contrato de programa como forma de reequilibrar a equação econômico-financeira na gestão associada, por impedimento legal, de modo que o termo contratual anterior ao prazo de cumprimento das metas de universalização (2033) será mantida. Para ilustrar: se o termo de um contrato de programa for em 2025, a companhia estadual terá a responsabilidade de cumprir proporcionalmente as

metas de universalização até esse ano; a necessidade de expansão da cobertura dos serviços até 2033 não acarreta a dilação do prazo do contrato de programa de 2025 até 2033 como subterfúgio para cumprimento da totalidade das metas.

Registra-se que a metodologia da comprovação da capacidade econômico-financeira deveria ter sido regulamentada por decreto dentro de 90 dias da publicação da Lei n. 14.026/2021, consoante previsão do parágrafo único do artigo 10-B da Lei n. 11.445/2007⁷⁶⁵. Contudo, o Decreto Federal n. 10.710/2021 foi publicado apenas no dia 1º de junho de 2021, quase 1 (um) ano após a publicação da Lei n. 14.026, de 16 de julho de 2020. Essa insegurança em relação aos prazos da agenda regulatória do Governo Federal prejudica a organização, em especial, das companhias estaduais, que dependiam das normas nele constantes para realizar as providências necessárias à realização dos estudos sobre a viabilidade econômico-financeira. Até a redação do decreto, remanesciam incertezas sobre a possibilidade de repactuação tarifária e de aportes públicos como mecanismos mensuráveis dentro do aludido estudo.

De qualquer forma, a demora pesa mais para os contratos de programa, porque esses dependem do termo aditivo, cujo prazo final é 31 de março de 2022. Na prática, as companhias estaduais que não estiverem em processo de desestatização⁷⁶⁶ terão aproximadamente

765 Art. 10-B. Os contratos em vigor, incluídos aditivos e renovações, autorizados nos termos desta Lei, bem como aqueles provenientes de licitação para prestação ou concessão dos serviços públicos de saneamento básico, estarão condicionados à comprovação da capacidade econômico-financeira da contratada, por recursos próprios ou por contratação de dívida, com vistas a viabilizar a universalização dos serviços na área licitada até 31 de dezembro de 2033, nos termos do § 2º do art. 11-B desta Lei. (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020)

Parágrafo único. A metodologia para comprovação da capacidade econômico-financeira da contratada será regulamentada por decreto do Poder Executivo no prazo de 90 (noventa) dias. (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020)

766 Decreto Federal n. 10.710/2021: Art. 22. Caso sejam submetidas a processo de desestatização, empresas públicas ou sociedades de economia mista estaduais e distritais que prestem serviços públicos de abastecimento de água potável ou de esgotamento sanitário com base em contrato de programa celebrado nos termos do disposto na Lei nº 11.107, de 2005, terão sua capacidade econômico-financeira presumida, desde que atendidas as seguintes condições:

I - apresentação de requerimento pelo controlador, até 31 de janeiro de 2022, às entidades reguladoras competentes para decidir sobre a capacidade econômico-financeira da empresa pública ou sociedade de economia mista, acompanhado de comprovação da contratação dos estudos e dos atos necessários à →

6 (seis) meses da data da publicação do decreto até o prazo final para o requerimento de comprovação da capacidade econômico-financeira junto à entidade reguladora (31 de dezembro)⁷⁶⁷ para i) acordar com todos os municípios a repactuação tarifária – caso seja requerida - e o cronograma de aportes públicos decorrentes da imposição das metas; ii) negociar o conteúdo dos termos aditivos com os titulares dos serviços⁷⁶⁸; iii) ao fim, submeter termo aditivo⁷⁶⁹ e estudo de viabilidade econômico-financeira à entidade reguladora competente.

Além disso, em uma situação ideal, o estudo de viabilidade econômico-financeira estaria ancorado nos Planos Municipais de Saneamento Básico, os quais devem ser atualizados até 31 de dezembro de 2022⁷⁷⁰. Isso porque a companhia estadual só poderá estimar especificamente e com precisão os custos da universalização da infraestrutura e dos serviços depois dessa diligência, notadamente para os planos municipais que não contemplem as metas da Lei n. 14.026/2020 – e do PLANSAB. Todavia, a compatibilidade entre tais prazos não foi considerada para esse procedimento, um possível ponto de crítica, por dar margem a eventuais distorções entre valores previstos para universalização e os efetivamente executados.

→ desestatização junto à instituição financeira, com mandato para venda em caso de viabilidade econômica do operação;

- 767 Decreto Federal n. 10.710/2021: Art. 10. O prestador deverá apresentar requerimento de comprovação de capacidade econômico-financeira junto a cada entidade reguladora responsável pela fiscalização de seus contratos até 31 de dezembro de 2021.
- 768 O Decreto Federal n. 10.710/2021 condiciona a apresentação do requerimento à anuência do titular do serviço nos conteúdos do termo aditivo.
- 769 Decreto Federal n. 10.710/2021: Art. 11. O prestador deverá apresentar o requerimento de comprovação de capacidade econômico-financeira acompanhado dos seguintes documentos:
[...]
II - minuta de termo aditivo que pretenda celebrar para incorporar ao contrato as metas de universalização, acompanhada de declaração de anuência do titular do serviço;
- 770 Art. 19. Os titulares de serviços públicos de saneamento básico deverão publicar seus planos de saneamento básico até 31 de dezembro de 2022, manter controle e dar publicidade sobre o seu cumprimento, bem como comunicar os respectivos dados à ANA para inserção no Sinisa.

A demonstração da capacidade econômico-financeira de continuar a executar o contrato de programa específico revela, ainda, um outro ponto sensível do Novo Marco Regulatório do Saneamento Básico: a tendência pela individualização dos contratos de prestação de serviços no setor. Explica-se: a lógica de acumulação de contratos de programa, imposta pelo modelo PLANASA, acarretava, mesmo que de forma implícita, um subsídio cruzado entre contratos, de modo que o município superavitário garantiria a fonte de custeio das atividades em um município deficitário.

O Novo Marco Legal, por outro lado, impõe a substituição do subsídio cruzado entre contratos e torna os contratos autorreferentes. Evidência desse rompimento é o artigo 18 da Lei n. 11.445/2007. Atenta-se:

Art. 18. Os prestadores que atuem em mais de um Município ou região ou que prestem serviços públicos de saneamento básico diferentes em um mesmo Município ou região manterão sistema contábil que permita registrar e demonstrar, separadamente, os custos e as receitas de cada serviço em cada um dos Municípios ou regiões atendidas e, se for o caso, no Distrito Federal. (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020)

Conforme depreende-se do aludido dispositivo, a Lei n. 11.445/2007 passou a exigir dos operadores dos serviços que possuem relação contratual com mais de um município a separação contábil, de modo que haja possibilidade de demonstrar a relação de custos e receitas de forma individualizada. Por conseguinte, a contabilidade não poderá prescindir das individualidades de cada um dos contratos.

Obviamente, o subsídio cruzado não será extinto por completo. Sobre o ponto, esse trabalho buscou esclarecer que o instituto do subsídio cruzado persistirá explicitamente na prestação regionalizada dos serviços: nas unidades regionais (quando instituídas pelo Estado-membro), nos blocos de referência (quando instituídos pela União Federal), nas regiões metropolitanas, nas aglomerações urbanas e nas microrregiões (quando instituídas por lei complementar pelo Estado-membro). A sobreposição da temática às companhias estaduais será tratada em tópico específico.

O termo aditivo, na maioria dos casos, não deverá tornar o contrato de programa totalmente autorreferente. É bem provável que, mesmo de forma implícita, o subsídio cruzado entre contratos permaneça até o advento do termo (na forma do artigo 17 da Lei n. 14.026/2020⁷⁷¹). Afinal, a lei não pode exigir que um contrato materialmente deficitário torne-se superavitário. O Decreto Federal n. 10.710/2021 não apresenta óbice a esse entendimento; o que se exige do prestador de serviços é o cumprimento da avaliação econômico-financeira em duas etapas⁷⁷², uma que analisa o histórico financeiro recente e outra a projeção financeira futura. Na primeira etapa, caberá à companhia estadual a apresentação de documentos contábeis que demonstrem o atendimento a um rol exaustivo de itens, quais sejam: *i*) índice de margem líquida sem depreciação e amortização superior a zero; *ii*) índice de grau de endividamento inferior ou igual a um; *iii*) índice de retorno sobre patrimônio líquido superior a zero; e *iv*) índice de suficiência de caixa superior a um (art. 5º e incisos do Decreto Federal n. 10.710/2021). Na forma do § 1º do artigo 5º⁷⁷³, esses itens serão verificados nos últimos 5 (cinco) exercícios financeiros já auditados, a partir de suas medianas (§ 2º do art. 5º⁷⁷⁴). Aparentemente, não há margem para discricionariedade na primeira etapa: a companhia estadual, para demonstrar

771 Art. 17. Os contratos de concessão e os contratos de programa para prestação dos serviços públicos de saneamento básico existentes na data de publicação desta Lei permanecerão em vigor até o advento do seu termo contratual.

772 Art. 5º Para a aprovação na primeira etapa de que trata o inciso I do *caput* do art. 4º, o prestador deverá comprovar que os indicadores econômico-financeiros do grupo econômico a que pertence atendem aos seguintes referenciais mínimos: I - índice de margem líquida sem depreciação e amortização superior a zero; II - índice de grau de endividamento inferior ou igual a um; III - índice de retorno sobre patrimônio líquido superior a zero; e IV - índice de suficiência de caixa superior a um.

773 Art. 5º [...]
§ 1º A verificação do atendimento aos índices de que trata o *caput* será feita por meio da análise das demonstrações contábeis consolidadas do grupo econômico a que pertence o prestador, elaboradas segundo as normas contábeis aplicáveis, referentes aos últimos cinco exercícios financeiros já exigíveis e devidamente auditados.

774 Art. 5º [...]
§ 2º Os índices de que trata o *caput* deverão ser obtidos a partir das medianas dos indicadores dos últimos cinco exercícios financeiros já exigíveis e devidamente auditados.

a sua viabilidade econômico-financeira, deverá cumprir com esses requisitos.

Na segunda etapa, que avalia a projeção financeira, a companhia estadual deverá comprovar *i*) que os estudos de viabilidade resultam em fluxo de caixa global com valor presente líquido igual ou superior a zero (inciso I do art. 6º do Decreto Federal n. 10.710/2021); e *ii*) que o plano de captação está compatível com os estudos de viabilidade (inciso II do art. 6º do Decreto Federal n. 10.710/2021). Em tal etapa, percebe-se maior grau de discricionariedade na análise dos documentos: existe a obrigatoriedade de apresentação de uma estimativa de investimento para cada um dos contratos e para a totalidade (inciso I do art. 7º do Decreto Federal n. 10.710/2021) e de demonstrar o fluxo de caixa global esperado para o prestador e para cada um dos contratos regulares e em vigor. Ademais, permite-se que a estimativa de investimentos e de retorno financeiro preveja repactuação tarifária e aportes públicos (art. 7º, § 2º do Decreto Federal n. 10.710/2021)⁷⁷⁵. Lista-se, ainda, práticas que não serão permitidas para fins de comprovação da viabilidade econômico-financeira (art. 7º, § 3º do Decreto Federal n. 10.710/2021), tais como a amortização de recursos de capital de terceiros ulterior ao prazo do contrato (inciso II) e amortização de investimentos em bens reversíveis ulterior ao prazo do contrato (inciso III). Todavia, não há uma rigidez de documentos ou de forma de comprovação de receitas, admitindo-se, por exemplo, a viabilidade econômico-financeira do “grupo econômico” ao qual pertence o prestador dos serviços e a existência de um plano de captação de recursos (art. 8º do Decreto Federal n. 10.710/2021)⁷⁷⁶. Por isso, mesmo que os

775 Art. 7º Os estudos de viabilidade de que trata o art. 6º deverão:

§ 2º Os estudos de viabilidade poderão prever:

I - repactuação tarifária, desde que já haja manifestação oficial favorável do titular do serviço e que o prestador tenha protocolado o pedido de repactuação junto à entidade reguladora competente, em conformidade com as normas aplicáveis; e II - aporte, contraprestação pecuniária ou subsídio de ente público, desde que compatíveis com os respectivos Plano Plurianual, Lei de Diretrizes Orçamentárias e Lei Orçamentária Anual, vedada a previsão de prestações em valor crescente, se plurianual.

776 Art. 8º O plano de captação de recursos de que trata o art. 6º deverá conter os termos e as condições das captações previstas nos estudos de viabilidade, com vistas ao cumprimento das metas de universalização.

§ 1º O plano de captação de recursos informará, no mínimo: →

titulares de serviços que tenham contratos de programa optem por não aderir a uma unidade regional e, subsidiariamente, a um bloco de referência, entende-se que o subsídio cruzado permanecerá, porquanto o aspecto principal do decreto para a projeção de receitas e investimentos é a comprovação da capacidade de custear a expansão da infraestrutura e dos serviços necessários para a universalização.

A interpretação contrária a essa vai de encontro à segurança jurídica e à própria ideia de regime de transição. Inimaginável decretar a morte econômico-financeira dos contratos de programa em municípios deficitários, que passariam a depender da instituição dos instrumentos de regionalização para que, eventualmente, tornem-se viáveis ao demais operadores por meio, idealmente, de uma concessão regional. Em que pese isso seja perfeitamente possível dentro da lógica do Novo Marco Legal, o procedimento para a solução de um vácuo que, hipoteticamente, teria sido criado pela própria lei, seria demorado, impondo-se uma prestação de serviços de fato (precária) onde não haveria necessidade alguma.

Ademais disso, há alguns tópicos cuja incorporação ao contrato é implícita, no sentido de que não existe um comando legal para inclusão, mas que, mesmo assim, devem ser previstos por

→ I - a estratégia de captação, com a informação das fontes de recursos próprios ou de terceiros para atender ao total de investimentos a serem realizados;

II - a indicação dos agentes financeiros com quem o prestador realizará a captação de recursos, acompanhada de carta de intenções, ainda que não vinculante, emitida por instituição financeira que indique a viabilidade de crédito, no caso de financiamento, ou a viabilidade da emissão, no caso de debêntures, suficientes para a obtenção dos recursos de terceiros previstos no plano de captação até 31 de dezembro de 2026;

III - o faseamento do financiamento ou das integralizações de capital;

IV - os prazos e a forma de alocação de recursos; e

V - o fluxo de pagamento dos recursos captados de terceiros previstos no inciso I do *caput*, se houver.

§ 2º O faseamento de que trata o inciso III do § 1º deverá prever a captação mediante capital próprio integralizado ou recursos de terceiros contratados:

I - até 31 de dezembro de 2022, dos recursos suficientes para as despesas de capital a serem realizadas até 31 de dezembro de 2026 ou até o termo final do contrato, se este ocorrer antes daquela data;

II - até 31 de dezembro de 2026, dos recursos suficientes para as despesas de capital a serem realizadas até 31 de dezembro de 2030 ou até o termo final do contrato, se este ocorrer antes daquela data; e

III - até 31 de dezembro de 2030, dos recursos suficientes para as despesas de capital a serem realizadas até 31 de dezembro de 2033 ou até o termo final do contrato, se este ocorrer antes daquela data.

decorrência lógica. O primeiro deles é, aparentemente, bastante simples: a atualização dos conceitos de prestação de serviços públicos de abastecimento de água e de coleta e tratamento de esgoto. A Lei n. 11.445/2007, com a redação atribuída pela Lei n. 13.308/2016, definia tais atividades da seguinte forma:

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

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

a) abastecimento de água potável: constituído pelas atividades, infra-estruturas e instalações necessárias ao abastecimento público de água potável, desde a captação até as ligações prediais e respectivos instrumentos de medição;

b) esgotamento sanitário: constituído pelas atividades, 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;

Com o advento do Novo Marco Regulatório, o artigo 3º, inciso I, alíneas “a” e “b” passa a ter esta redação:

Art. 3º Para fins do disposto nesta Lei, considera-se:
I - saneamento básico: conjunto de serviços públicos, infraestruturas e instalações operacionais de: (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020)

a) abastecimento de água potável: constituído pelas atividades e pela disponibilização e manutenção de infraestruturas e instalações operacionais necessárias ao abastecimento público de água potável, desde a captação até as ligações prediais e seus instrumentos de medição; (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020)

b) esgotamento sanitário: constituído pelas atividades e pela disponibilização e manutenção de infraestruturas e instalações operacionais necessárias à coleta, ao transporte, ao tratamento e à disposição final adequados dos esgotos sanitários, desde as ligações prediais até sua destinação final para produção de água

de reúso ou seu lançamento de forma adequada no meio ambiente; (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020)

Com relação ao conceito de serviço público de abastecimento de água, é bastante similar ao da Lei n. 13.308/2016, mas contém uma alteração de relevo - também existente no conceito de esgotamento sanitário - para o rol de atividades tarifadas. Com a nova redação das alíneas “a” e “b” do inciso I do art. 3º da Lei n. 11.445/2007, passa-se a permitir expressamente a cobrança pela “disponibilização e manutenção da infraestrutura”. Esse entendimento é extraído também do *caput* do art. 45 da Lei n. 11.445/2007:

Art. 45. As edificações permanentes urbanas serão conectadas às redes públicas de abastecimento de água e de esgotamento sanitário disponíveis e sujeitas ao pagamento de taxas, tarifas e outros preços públicos decorrentes da disponibilização e da manutenção da infraestrutura e do uso desses serviços. (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020)

O Novo Marco Regulatório impõe o raciocínio de que existe a obrigatoriedade das edificações urbanas de conexão à infraestrutura pública de saneamento (conforme o comando: “serão conectadas às redes públicas”), motivo pelo qual permite-se *i*) a cobrança pela disponibilização da infraestrutura, independentemente da efetiva ligação predial à rede pública, na forma do § 4º do artigo 45 da Lei n. 11.445/2007⁷⁷⁷; *ii*) o sancionamento pecuniário do usuário que não realizar a ligação predial, consoante § 5º do artigo 45 da Lei n. 11.445/2007⁷⁷⁸; e *iii*) a ligação compulsória, realizada pelo

777 § 4º Quando disponibilizada rede pública de esgotamento sanitário, o usuário estará sujeito aos pagamentos previstos no *caput* deste artigo, sendo-lhe assegurada a cobrança de um valor mínimo de utilização dos serviços, ainda que a sua edificação não esteja conectada à rede pública. (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020)

778 § 5º O pagamento de taxa ou de tarifa, na forma prevista no *caput* deste artigo, não isenta o usuário da obrigação de conectar-se à rede pública de esgotamento sanitário, e o descumprimento dessa obrigação sujeita o usuário ao pagamento de multa e demais sanções previstas na legislação, ressalvados os casos de →

prestador do serviço, do usuário que não conectar-se à rede pública, nos termos do § 6º do artigo 45 da Lei n. 11.445/2007⁷⁷⁹.

Destaca-se que o objeto dos contratos de programa analisados não expressa essa peculiaridade na descrição das atividades atreladas à gestão associada dos serviços de abastecimento de água e de esgotamento sanitário, até porque essa é uma novidade do marco legal. A minuta padrão do contrato de programa da COPASA/MG, por exemplo, refere como atividade, na linha “c” do § 1º da Cláusula Primeira as “ligações, coleta e transporte de esgotos sanitários”⁷⁸⁰, atribuindo-se destaque ao serviço de “ligação” (conectar a estrutura predial à rede), mas não de “disponibilização e manutenção da infraestrutura”. Descrição similar de atividades é prevista no contrato de programa da EMBASA/BA, que conceitua no inciso IV da Cláusula Primeira os “Serviços Públicos de Esgotamento Sanitário” da seguinte forma:

IV - SERVIÇOS PÚBLICOS DE ESGOTAMENTO SANITÁRIO – Constituídos por uma ou mais das seguintes atividades: coleta, inclusive ligação predial, dos esgotos sanitários; transporte dos esgotos sanitários; tratamento dos esgotos sanitários; e disposição final dos esgotos sanitários e dos lodos originários da operação de unidades de tratamento coletivas ou individuais, inclusive fossas sépticas;⁷⁸¹

→ reúso e de captação de água de chuva, nos termos do regulamento. (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020)

779 § 6º A entidade reguladora ou o titular dos serviços públicos de saneamento básico deverão estabelecer prazo não superior a 1 (um) ano para que os usuários conectem suas edificações à rede de esgotos, onde disponível, sob pena de o prestador do serviço realizar a conexão mediante cobrança do usuário. (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020)

780 MUNICÍPIO DE TRÊS CORAÇÕES/MG. COPASA/MG. **Contrato de Programa**. 2014. Disponível em: <<https://www.trescoracoes.mg.gov.br/docs/geral/minuta%20CT%20Programa%20TC-%20AE.pdf>>. Acesso em 03 de maio de 2021.

781 MUNICÍPIO DE CAMAÇARI/BA. EMBASA/BA. **Contrato de Programa**. Disponível em: <http://arquivos.camacari.ba.gov.br/sedur/pmsb/Minuta%20do%20Contrato%20de%20Programa_Cama%C3%A7ari.pdf>. Acesso em 04 de maio de 2021.

No caso específico da EMBASA/BA, diferentemente da COPASA/MG, refere-se à existência da possibilidade de cobrança tarifária independentemente da conexão à rede, possibilidade observada em alguns contratos isolados de programa em decorrência da atuação da reguladora local/regional (subnacional). Veja-se:

CLÁUSULA QUARTA (Do modo, da forma e das condições de prestação dos serviços). A EMBASA, durante todo o prazo da vigência deste Contrato, deverá prestar SERVIÇOS adequados, entendido estes como aqueles que estejam de acordo com o disposto nas NORMAS DE REGULAÇÃO, com este Contrato, e que possuam condições efetivas de REGULARIDADE, CONTINUIDADE, EFICIÊNCIA, SEGURANÇA, ATUALIDADE, GENERALIDADE e CORTESIA na sua prestação e MODICIDADE das TARIFAS cobradas dos seus usuários.

[...]

§ 4º. A EMBASA prestará os SERVIÇOS tão logo a instalação do usuário estiver interligada à rede pública de abastecimento de água ou de coleta de esgotos, desde que já disponha de infraestrutura local adequada. Os usuários estarão sujeitos ao pagamento de TARIFAS e outros PREÇOS PÚBLICOS NÃO-TARIFÁRIOS uma vez decorrido o prazo para a ligação compulsória à rede, independentemente da interligação efetiva, desde que a rede lhe esteja disponível.⁷⁸²

Reforça-se que o aspecto de relevância da modificação do conceito legal de prestação de serviços com a incorporação da ideia de “disponibilização e manutenção da infraestrutura” de abastecimento de água e de esgotamento sanitário é justamente a de reforçar a obrigatoriedade da conexão à rede pública, com a previsão de preços públicos mínimos e, eventualmente, de sanções pecuniárias ao

782 MUNICÍPIO DE CAMAÇARI/BA. EMBASA/BA. **Contrato de Programa**. Disponível em: <http://arquivos.camacari.ba.gov.br/sedur/pmsb/Minuta%20do%20Contrato%20de%20Programa_Cama%C3%A7ari.pdf>. Acesso em 04 de maio de 2021.

usuário que não cumprir com esse dever. O ponto máximo dessa previsão, aparentemente, é a da possibilidade de realização da ligação compulsória. Portanto, o ideal é que os contratos de programa passem a incorporar essa lógica, caso já não exista essa possibilidade no instrumento, com base, obviamente, na determinação da lei nacional (Lei n. 14.026/2020).

Outra mudança de maior significado parece ser a da alínea “b”, sobre esgotamento sanitário, especialmente pela inclusão da atividade de “produção de água de reúso”. Embora a modificação de texto seja singela, o impacto é relevante.

O reúso de água é a atividade de reaproveitamento do recurso hídrico após o seu tratamento, mesmo que de forma parcial⁷⁸³. A integração da atividade como serviço público parece fortalecer juridicamente a noção de água como um capital ecológico, porque passa a exigir a prestação do serviço com a clara finalidade de reduzir as taxas de consumo de água doce, sobretudo para destinações não potáveis⁷⁸⁴. Essa é uma discussão que faz muito sentido em localidades que sofrem com a escassez de recursos hídricos, como as regiões áridas e semiáridas.

Reforça-se que a necessidade de ampliação do escopo dos serviços prestados é evidente, como consequência não apenas do artigo 3º, inciso I, alínea “b” da Lei n. 11.445/2007, também do inciso II do artigo 10-A da Lei n. 11.445/2007, que estipula a previsão de fontes alternativas de receita, “incluindo [...] a alienação e o uso de efluentes sanitários para a produção de água de reúso [...]” como

783 Nas palavras de Regina Helena Pacca G. Costa: “Pode-se entender o reúso como o aproveitamento do efluente após uma extensão de seu tratamento, com ou sem investimentos adicionais. Nem todo o volume de esgoto gerado precisa ser tratado para ser reutilizado, porém existem casos em que estes efluentes exigem um processo bastante específico de purificação. Essas especificações devem sempre respeitar o princípio de adequação da qualidade da água à sua utilização, devendo-se sempre observar uma série de providências e cuidados [...]”. TELLES, Dirceu D’alkimin e COSTA, Regina Pacca. **Reúso da Água: Conceitos, Teorias e Práticas**. 2ª Ed. São Paulo: Blucher, 2010, p. 153.

784 “Por motivos de segurança à saúde pública, esse esgoto deve ser reutilizado para os chamados “fins menos nobres”, ou seja, que não exigem qualidade de água potável, tais como irrigação dos jardins, lavagem de pisos e dos veículos automotivos, na descarga dos vasos sanitários, na manutenção paisagística dos lagos e canais com água, na irrigação dos campos agrícolas, pastagens, etc”. *Ibidem*, p. 162.

cláusula essencial aos contratos de prestação de serviços públicos de saneamento básico. Recomenda-se, portanto, que as companhias estaduais avaliem o tema na redação do termo aditivo ao contrato de programa.

Ainda, dentro dos temas cuja modificação é implícita, ou seja, por raciocínio lógico, tem-se a discussão quanto à possibilidade de reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos de programa. Lamentavelmente para as companhias estaduais, a Lei n. 14.026/2020 não trouxe de forma explícita a previsão de reajuste tarifário ou de revisão tarifária em decorrência da incorporação das metas do artigo 11-B da Lei n. 11.445/2007. Para os contratos licitados antes da Lei n. 14.026/2020 (exclui-se aqui os contratos de programa), o § 2º do artigo 11-B do Novo Marco Regulatório é bastante claro: a responsabilidade não é da concessionária de incorporar ao contrato de prestação de serviços de saneamento as metas de universalização. Veja-se:

Art. 11-B. Os contratos de prestação dos serviços públicos de saneamento básico deverão definir metas de universalização que garantam o atendimento de 99% (noventa e nove por cento) da população com água potável e de 90% (noventa por cento) da população com coleta e tratamento de esgotos até 31 de dezembro de 2033, assim como metas quantitativas de não intermitência do abastecimento, de redução de perdas e de melhoria dos processos de tratamento. (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020)

§ 1º Os contratos em vigor que não possuírem as metas de que trata o *caput* deste artigo terão até 31 de março de 2022 para viabilizar essa inclusão. (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020)

§ 2º Contratos firmados por meio de procedimentos licitatórios que possuam metas diversas daquelas previstas no *caput* deste artigo, inclusive contratos que tratem, individualmente, de água ou de esgoto, permanecerão inalterados nos moldes licitados, e o titular do serviço deverá buscar alternativas para atingir as metas definidas no *caput* deste artigo, incluídas as seguintes: (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020)

I - prestação direta da parcela remanescente; (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020)

II - licitação complementar para atingimento da totalidade da meta; e (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020)

III - aditamento de contratos já licitados, incluindo eventual reequilíbrio econômico-financeiro, desde que em comum acordo com a contratada. (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020)

Diante da obrigatoriedade, pelos titulares dos serviços (em regra, os municípios), de cumprimento das metas de universalização, o poder concedente terá a possibilidade de atingi-las por três vias: *i*) a prestação de forma direta da parcela remanescente, aquela necessária para atingimento da exigência do *caput* do artigo 11-B da Lei n. 11.445/2007; *ii*) a licitação complementar dessa parcela remanescente, ou seja, a abertura de um novo procedimento competitivo; e *iii*) o aditamento do contrato já licitado, realizando-se o equilíbrio econômico-financeiro da concessão, na lógica de que o aumento de investimentos da concessionária enseja a possibilidade de novos aportes público, de aumento de tarifas ou de alargamento do prazo do contrato – regra geral para os contratos de concessão⁷⁸⁵.

Por conseguinte, aos “contratos firmados por meio de procedimento licitatório” não há dúvidas de que existe a possibilidade de revisão de tarifas, de extensão do prazo ou de novos aportes públicos com vistas à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro da atividade. Todavia, não existe a replicação da norma para os contratos de programa, ao menos por ora. Apesar disso, entende-se que a superveniência da Lei n. 14.026/2020 e das metas de expansão

785 Sobre as opções para a efetivação do reequilíbrio econômico-financeiro, aduz Floriano de Azevedo Marques Neto: “A Lei n. 8.987/1995 (art. 9º, §§ 2º e 3º) elege a revisão tarifária como o mecanismo preferencial de reequilíbrio. Esses dispositivos predicam que a revisão da tarifa é buscada quando há um desequilíbrio. A revisão tarifária, porém, não é o único, nem sempre o mais conveniente método de recomposição do equilíbrio. O reequilíbrio pode ser buscado mediante a extensão ou encurtamento de prazo de concessão (pois o temo de exploração impacta o balanço contratual), mediante incremento ou o alívio de investimentos do particular, ou mesmo por meio de indenização compensatória paga por uma das partes.” MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Concessões**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 195.

de cobertura de atendimento seja caso de revisão extraordinária de tarifas, conforme a álea de grande parte dos contratos de programa.

Quanto ao ponto, a lógica de revisão dos contratos de programa aproxima-se, em certa medida, da utilizada para os contratos de concessão, com, no mínimo, três conceitos bem delineados: o de reajuste, de revisão ordinária e de revisão extraordinária de tarifas. O reajuste tarifário é um mecanismo contratual pré-determinado de atualização monetária⁷⁸⁶, cuja efetividade é automática e periódica, independe da anuência do titular dos serviços ou de diligência do operador dos serviços. A revisão de tarifas, em lógica similar, é periódica⁷⁸⁷, mas não é automática: trata-se de uma espécie de repactuação financeira do contrato⁷⁸⁸⁻⁷⁸⁹. Outrossim, a revisão extraordinária é mecanismo não periódico para suplantar a imprevisão: fatos não imputados ao titular dos serviços que tenham a capacidade de causar desequilíbrio na relação contratual e, por consequência, prejudicar a viabilidade econômico-financeira da operação do contrato⁷⁹⁰.

786 “Reajuste é um instrumento bastante simples de recomposição e se presta apenas a neutralizar o impacto da variação do valor da moeda”. *Ibidem*, p. 194.

787 No contrato de programa da CORSAN/RS com o Município de Passo Fundo/RS, a periodicidade é de 5 (cinco) anos, vide cláusula décima quarta, subcláusula primeira; no contrato de programa da EMBASA/BA com o Município de Camaçari/BA, a periodicidade é de 4 (quatro) anos, vide cláusula décima sétima, § 6; no contrato de programa da SABESP/SP com o Município de Assis/SP, a periodicidade é de 4 (quatro) anos, conforme cláusula n. 31.

788 “Nessa modalidade de revisão, o pacto estabelece uma periodicidade [...] e os procedimentos pelos quais as partes repassam a estrutura econômica da concessão [...] e repactuam as premissas econômicas e financeiras para, tomado o crivo contratual e a divisão de riscos, manter o contrato em situação de neutralidade.” MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Concessões**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 194.

789 Cita-se a seguinte definição do contrato de programa da SANEAGO/GO: “10.1 As revisões tarifárias compreenderão a reavaliação das condições da prestação dos serviços e das tarifas praticadas e poderão ser: I - periódicas, objetivando a distribuição dos ganhos de produtividade com os usuários e a reavaliação das condições de mercado;” MUNICÍPIO. MUNICÍPIO DE MUNDO NOVO/GO. SANEAGO/GO. **Contrato de Programa**. Disponível em: <[http://www.mundonovo.go.gov.br/arquivo/vMA9\\$Z58teX/Contrato_de_Programa_agua_Mundo_Novo_doc.pdf](http://www.mundonovo.go.gov.br/arquivo/vMA9$Z58teX/Contrato_de_Programa_agua_Mundo_Novo_doc.pdf)>. Acesso em 03 de maio de 2021.

790 “Por fim a *revisão extraordinária* é aquela que tem lugar sempre que se verificar um fator imprevisível suficiente para desequilibrar o balanço contratual. Corresponde, em suma, àquela referida pelo art. 9º, § 4º, da Lei n. 8.987/1995. Embora essa revisão não tenha a característica de regularidade e periodicidade da revisão ordinária, isso não dispensa que o contrato de concessão comum traga, com detalhe, os procedimentos e os parâmetros a serem adotados na revisão extraordinária, →

Nesse aspecto, cita-se as cláusulas de revisão extraordinária de tarifas dos contratos de programa da EMBASA/BA, da SANEAGO/GO, da SANEPAR/PR e da SABESP/SP. Veja-se:

- EMBASA/BA

CLÁUSULA DÉCIMA SÉTIMA (Do cálculo de tarifas e de outros preços públicos). A utilização ou disponibilidade dos serviços será remunerada mediante a TARIFA atualmente aplicada aos serviços (Anexo IV deste instrumento), sendo que os serviços complementares ou adicionais aos serviços públicos objeto deste Contrato serão remunerados mediante PREÇOS PÚBLICOS NÃO-TARIFÁRIOS, na forma definida na regulação.

[...]

§ 7º. Será realizada REVISÃO extraordinária de TARIFA sempre que, por fatos alheios ao controle e influência da EMBASA, seu valor tornar-se insuficiente para amortizar integralmente e remunerar todos os custos operacionais, de administração, de manutenção, investimentos e expansão dos serviços.⁷⁹¹

- SANEAGO/GO

10.1 As revisões tarifárias compreenderão a reavaliação das condições da prestação dos serviços e das tarifas praticadas e poderão ser:

[...]

II - extraordinárias, 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.

[...]

→ a qual, de rigor, pode ser ensejada tanto pelo concedente como pelo concessionário". MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Op. Cit.*, 2016, p. 195.

791 MUNICÍPIO DE CAMÇARI/BA. EMBASA/BA. **Contrato de Programa**. Disponível em: <http://arquivos.camacari.ba.gov.br/sedur/pmsb/Minuta%20do%20Contrato%20de%20Programa_Cama%C3%A7ari.pdf>. Acesso em 04 de maio de 2021.

§3º Ressalvadas as disposições legais expressas, a criação, alteração ou extinção de quaisquer tributos ou encargos legais, quando comprovado seu impacto, implicará na revisão da tarifa, com vistas à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro deste Contrato.⁷⁹²

- SANEPAR/PR

CLÁUSULA QUINTA: Na parte relativa ao objeto e área de atuação deste Contrato, a CONTRATADA deverá observar os objetivos e metas de ampliação e manutenção dos sistemas de água e esgoto previstas no Plano Municipal de Saneamento Básico e suas revisões e que passam também a fazer parte deste Contrato, sendo que o referido plano deve ser compatível com o planejamento estadual para o saneamento básico, em especial com relação ao plano de gestão da SANEPAR (Planejamento Estratégico), conforme consta do art. XX da Lei Municipal XXX/XXXX e na Lei Complementar Estadual 94/2002, sendo que as metas são as seguintes:

[...]

§5º - Toda e qualquer revisão e ajuste das metas iniciais dos serviços de saneamento básico poderá ensejar alterações no Contrato de Programa, desde que comprovada a necessidade de assegurar o equilíbrio econômico e financeiro da sua prestação e a articulação e adequação com o planejamento e com as metas de âmbito regional ou estadual.

CLÁUSULA DOZE: A tarifa que irá remunerar a CONTRATADA e a política tarifária que se aplicará à prestação dos serviços contratados será uniforme em todo o Estado do Paraná, baseada nos custos de

792 MUNICÍPIO. MUNICÍPIO DE MUNDO NOVO/GO. SANEAGO/GO. **Contrato de Programa**. Disponível em: <[http://www.mundonovo.go.gov.br/arquivo/vMA9\\$Z58teX/Contrato_de_Programa_agua_Mundo_Novo_doc.pdf](http://www.mundonovo.go.gov.br/arquivo/vMA9$Z58teX/Contrato_de_Programa_agua_Mundo_Novo_doc.pdf)>. Acesso em 03 de maio de 2021.

todo o Estado visando o subsídio cruzado entre os sistemas, e a devida remuneração do capital investido pela CONTRATADA, os custos de operação e de manutenção, as quotas de depreciação, provisão para devedores, amortizações de despesas, o melhoramento da qualidade do serviço prestado, a garantia da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de programa e a geração dos recursos necessários para realização dos investimentos, objetivando o cumprimento das metas e objetivos dos serviços.

[...]

§4º - A revisão das tarifas poderá ser periódica ou extraordinária, sempre que se verificar a ocorrência de fato superveniente extraordinário não previsto no contrato, fora do controle da CONTRATADA, que venha a provocar o desequilíbrio econômico-financeiro do contrato.⁷⁹³

- SABESP/SP

Cláusula 33. Sem prejuízo de poderem ser consideradas por ocasião das revisões ordinárias, as seguintes hipóteses ensejarão reequilíbrio contratual, a ser processado por meio de revisão extraordinária:

- a) se houver criação, alteração ou extinção de quaisquer tributos ou encargos legais e ambientais, quando comprovado seu impacto, ressalvadas as disposições legais expressas;
- b) se forem alteradas as metas para a prestação dos serviços ou o plano de investimentos;

[...]

793 MUNICÍPIO DE CURITIBA/PR. SANEPAR/PR. **Contrato de Programa**. Disponível em: <<https://mid.curitiba.pr.gov.br/2018/00220827.pdf>>. Acesso em 30 de abril de 2021

e) alterações legais de caráter específico que tenham impacto sobre as receitas da tarifa ou sobre os custos;⁷⁹⁴

Como depreende-se dos dispositivos acima listados, os contratos de programa preveem mecanismos de revisão extraordinária, conceituados de forma ampla, como instrumento para correção de desequilíbrio econômico-financeiro decorrente de fatos imprevisíveis. O contrato da SANEAGO/GO vai ainda mais longe e determina que “[...] a criação, alteração ou extinção de quaisquer tributos ou encargos legais, quando comprovado seu impacto, implicará na revisão da tarifa [...]”. Nessa esteira, o contrato de programa da EMBASA/BA fala em revisão da tarifa “por fatos alheios ao controle e influência da EMBASA, seu valor tornar-se insuficiente para amortizar integralmente e remunerar todos os custos operacionais”. O instrumento contratual da SABESP/SP, por sua vez, contém dispositivo mais detalhado: cita-se a necessidade de reequilíbrio econômico-financeiro por revisão extraordinária nas hipóteses de criação ou alteração legal que cause impacto na atividade, de alteração de metas ou de plano de investimentos e de alterações legais específicas que modifiquem receitas ou custos.

Existe, claro, a peculiaridade de que a revisão é submetida às agências locais ou regionais responsáveis pela regulação dos serviços públicos de saneamento básico. Tal fato nem sempre é observado no regime da delegação por contrato de concessão: em alguns setores prepondera quase que exclusivamente a regulação pelo próprio contrato administrativo.

O ponto de aproximação reside na distribuição de encargos. Muito embora a alocação de riscos nos contratos de programa seja bastante precária quando comparada à repartição de riscos e incertezas de um contrato de concessão em sentido amplo (concessão comum, concessão patrocinada e concessão administrativa), a disposição geral sobre a álea de responsabilidade do titular dos serviços

794 MUNICÍPIO DE ASSIS/SP. SABESP/SP. **Contrato de Programa do Município de Assis**. Disponível em: <<https://www.assis.sp.gov.br/uploads/sabesp/minuta%20contrato%20programa%20assis%20-%20rev%20101218.pdf>>. Acesso em 03 de maio de 2021.

e a âlea de responsabilidade do operador dos serviços é similar à divisão prevista no regime concessório.

Nesse aspecto, no nível internacional, *O Manual on Government Deficit and Debt* do Eurostat classifica os riscos em contrato de longo prazo entre Administração Pública e contratado entre riscos de construção, riscos de eficácia e riscos de demanda⁷⁹⁵. Na doutrina nacional, destaca-se os trabalhos de Floriano Azevedo Marques Neto⁷⁹⁶, Marcos Barbosa Pinto⁷⁹⁷ e Marcos Augusto Perez⁷⁹⁸, cada qual com suas respectivas classificações quanto aos riscos e critérios de alocação. Considera-se a classificação mais completa dentre as avaliadas a adotada por Kleber Luiz Zanchim, que divide os riscos da seguinte forma:

[...] (i) riscos públicos (político, de práticas administrativas, legais, regulatórios, resolução de controvérsias e execução do contrato); (ii) econômico-financeiros (variáveis macroeconômicas, como juros, inflação e câmbio); (iii) de mercado (previsões de demanda e de projetos concorrentes); (iv) de construção (tempo de conclusão e eventos de natureza geológica); (v) de

-
- 795 EUROSTAT. **Manual on Government Deficit and Debt: Implementation of ESA 2010**. 2016. Disponível em: <<https://ec.europa.eu/eurostat/documents/3859598/7203647/KS-GQ-16-001-EN-N.pdf/5cfae6dd-29d8-4487-80ac-37f76cd1f012>>. Acesso em: 04 de mar. de 2021.
- 796 Floriano Azevedo Marques Neto divide os riscos entre: (i) riscos de receita; (ii) riscos atrelados a custos; (iii) riscos de financiamento; e (iv) riscos de autoridade. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Reajuste e Revisão nas Parcerias Público-Privadas**: Revisitando o Risco nos Contratos de Delegação (in) DE SOUZA, Mariana Campos (Coord.). **Parceria Público-Privada: Aspectos Jurídicos Relevantes**. São Paulo: Quarter Latin, 2008, p. 74.
- 797 Para o autor, os custos do projeto se dividem entre os diretos e indiretos. Os custos diretos dizem respeito à materialização de riscos, como aumento de preços, e a gastos para evitar ou mitigar riscos (garantias e seguros). Os custos indiretos, por sua vez, referem-se à materialização de riscos circunstanciais, atrelados à solução de problemas. Dentro dessa lógica, divide-se os riscos entre: riscos de variação de custos, riscos de demanda, riscos políticos e riscos de variação cambial PINTO, Marcos Barbosa. **Repartição de Riscos nas Parcerias Público-Privadas**. Revista do BNDES, Rio de Janeiro, v. 13, n. 25, p. 158-173.
- 798 Marcos Augusto Perez divide os riscos entre: (i) riscos econômico-financeiros; (ii) riscos técnicos; (iii) riscos jurídicos; e (iv) riscos políticos. PEREZ, Marcos Augusto. **O Risco no Contrato de Concessão de Serviço Público**. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 74.

operação e manutenção (ciclo de vida dos ativos); (vi) ambientais; e (vii) adequação tarifária.⁷⁹⁹

De acordo com o referido autor, em geral, os riscos públicos são mais bem geridos quando alocados ao parceiro público (poder concedente – titular do serviço)⁸⁰⁰. Isso porque é o poder público quem determina as políticas e a forma de gestão dos serviços. Assim, “[...] em princípio, cabe a ele neutralizar os reflexos econômicos desse tipo de álea”⁸⁰¹. Inserido nos riscos públicos, a “mudança do direito”⁸⁰² (modificação legislativa ou interpretativa da lei) equivaleria à noção de fato do príncipe, de modo a ensejar o reequilíbrio econômico-financeiro para manutenção do balanço contratual, desde que devidamente comprovado o aumento de custos operacionais ao parceiro privado. Nesse raciocínio, a inclusão de metas legais (art. 10-B da Lei n. 11.445/2007) para cumprimento até o ano de 2033 no setor demandaria expansão de infraestrutura com impacto financeiro imprevisível no momento da celebração do contrato, exigindo-se do parceiro público a contraprestação correspondente ao investimento.

Tal entendimento pode ser transplantado, por analogia, para a alocação de riscos no contrato de programa, de modo a demandar do município o aporte financeiro ou o aumento de tarifas proporcional aos investimentos necessários. Nada disso, aparentemente, seria grande novidade diante das cláusulas existentes nos contratos de programa sobre revisão extraordinária, que seguem a diretriz de que os “riscos públicos” seriam suportados pelo titular do serviço.

799 ZANCHIM, Kleber Luiz. **Contratos de Parceria Público-Privada (PPP): Risco e Incerteza**. São Paulo: Quarter Latin, 2012, p. 105-106.

800 *Ibidem*, p. 148-158.

801 *Ibidem*, p. 148.

802 “‘Mudança do Direito’ seria uma alteração na política ou a promulgação de uma lei nova (o que inclui alteração de lei já existente) após o início das operações que resulte para o agente privado (i) adição ou alteração da estrutura física ou dos sistemas do empreendimento ou (ii) aumento substancial dos custos de operação do serviço. [...] No Brasil, por exemplo, a multiplicidade de *veto players* e sua relativa liberdade de atuação reforçam a visão de que a lei é um construído, não um dado [...]. Por isso, o fato do príncipe deve incluir alterações de interpretação e aplicação do direito”. *Ibidem*, p. 153-154.

Todavia, esse raciocínio pode encontrar resistências em parcela da doutrina, especialmente em razão do entendimento de que o modelo de gestão associada é incompatível com a teoria da equação econômico-financeira.

Ocorre que as imposições do Novo Marco Regulatório do Saneamento Básico, por certo, induzem ao crescimento da regulação por contrato. Fato é que o contrato de programa vigente, devidamente aditivado com base na Lei n. 14.026/2020, representará instrumento de transição entre o anterior e o novo modelo de prestação de serviços públicos de saneamento básico, cujo efeito é justamente a sua proximidade ao contrato de concessão. Isso, como dito, decorre de imposição do Novo Marco Regulatório, que exige dos contratos vigentes a introdução de mecanismos de equilíbrio econômico-financeiro, fato que evidentemente afasta o entendimento de que descaberia a regulação por contrato nessa modalidade de prestação de serviço público. Não se defende aqui, por óbvio, a exclusão da regulação discricionária, que ainda exercerá papel primordial na relação contratual; fala-se na expansão da regulação por contrato em decorrência da Lei n. 14.026/2020. E, futuramente, a possibilidade de consolidação de uma metodologia única, congregando ambas as técnicas, notadamente pelo crescimento o papel da ANA, por meio de suas normas de referência

Nessa esteira, sustenta-se que o contrato de programa alterado pelo Termo Aditivo não será mais como originalmente idealizado para a prestação de serviços públicos de saneamento, até porque, como exaustivamente dito, a Lei n. 14.026/2020 assim impôs. Por isso, o termo aditivo será reflexo da necessidade de atualizar o modelo e de introduzir uma nova metodologia regulatória na prestação de serviços, em uma espécie de *“regime de transição”*, sem, contudo, descaracterizar o contrato de programa vigente.

A propósito, em que pese não se desconheça do aparato teórico sobre o instrumento de gestão associada interfederativa, é preciso levar em conta que os contratos de programa em vigor já incorporam expressamente mecanismos de equação econômico-financeira, como exposto na existência de cláusulas de revisão extraordinária. Outrossim, verifica-se a replicação das chamadas

“cláusulas exorbitantes”⁸⁰³ nos contratos de programa, tais como os mecanismos da alteração unilateral e da encampação⁸⁰⁴. Fato é que, no setor do saneamento básico, houve, na prática, a aproximação do contrato de programa à lógica de um contrato administrativo⁸⁰⁵, apesar de idealmente o modelo de associação interfederativa⁸⁰⁶ não permitir a oposição de interesses e a primazia do interesse público de uma Administração Pública (do município, por exemplo) sobre a outra (do Estado-membro, por meio da companhia integrante de

803 Tais cláusulas consideram-se existentes em todo contrato administrativo, ainda que não estejam escritas. Como exemplos de cláusulas exorbitantes, podemos mencionar: a) a possibilidade de rescisão unilateral por interesse público, com a consequente indenização; b) a possibilidade de alteração unilateral por conveniência do serviço, desde que mantido o equilíbrio econômico-financeiro; c) a possibilidade de ampliação ou de redução do objeto contratado, dentro dos limites regulamentares; d) a faculdade de assunção dos trabalhos paralisados, para evitar a descontinuidade do serviço; e) inoponibilidade da “exceção de contrato não cumprido” (princípio jurídico-contratual do *exceptio non adimpleti contractus*, próprio do Direito Privado), quando a falta e da Administração; f) o controle do contrato, independentemente de cláusula expressa (trata-se do poder da Administração de controlar, supervisionar, acompanhar e fiscalizar uma obra pública ou serviço contratado, a fim de conformá-lo às suas exigências); e g) a aplicação de penalidades contratuais, prerrogativa autoexecutável por parte da Administração, que resulta do controle do contrato, aplicando-se nos casos de infração por parte do contratante (abrange desde as advertências e multas até a rescisão unilateral do contrato, suspensão provisória ou declaração de inidoneidade para licitar ou para contratar com a Administração).

804 **Cláusulas de encampação:** Cláusula n. 50 do contrato de programa da SABESP/SP com o Município de Assis/SP; Cláusula Trigésima do contrato de programa da EMBASA/BA com o Município de Camaçari/BA; Cláusula Trigésima do contrato de programa da CORSAN/RS com o Município de Bento Gonçalves/RS; item 8.1 da Cláusula 8ª (oitava) do contrato de programa da SANEATINS/TO com o Município de Palmas/TO; Cláusula Vigésima Quinta do contrato de programa da CAGECE/CE com o Município de Pacatuba/CE; Cláusula n. 85 do contrato de programa da AGESPISA/PI com o Município de Teresina/PI.

Cláusulas de alteração unilateral: Cláusula n. 2, § 1º do contrato de programa da SABESP/SP com o Município de Assis/SP; Item. 4.4 da Cláusula 4ª (quarta) do contrato de programa da SANEATINS/TO com o Município de Palmas/TO; Cláusula 2ª, § 2º do contrato de programa da AGESPISA/PI com o Município de Teresina/PI.

805 Todo contrato administrativo parte da existência de duas características: o poder público é uma das partes e se identifica a existência de cláusulas exorbitantes.

806 “No caso da associação, cada parte executa parcela do objeto contratual, em cooperação com a outra, na busca de um resultado de interesse comum”. RIBEIRO, Wladimir Antônio. **O Contrato de Programa**. In OLIVEIRA, Carlos Roberto e GRANZIERA, Maria Luiza Machado (Org.). **Novo Marco Regulatório do Saneamento Básico no Brasil**. Indaiatuba: Editora Foco, 2021, p. 123.

sua Administração Indireta)⁸⁰⁷, motivo pelo qual é considerado um contrato da administração, não propriamente um contrato administrativo⁸⁰⁸. Dessa forma, verifica-se uma incompatibilidade aparente entre o regime teórico do contato de programa com a lógica dos contratos de programa em saneamento existentes, que antes da Lei n. 14.026/2020 já apresentavam mecanismos de um contrato administrativo típico⁸⁰⁹⁻⁸¹⁰.

Em termos pragmáticos, a Lei n. 14.026/2020 reforça a proximidade dos contratos de programa aos contratos de concessão, até porque exige daqueles a comprovação da capacidade econômico-financeira para a continuidade da prestação dos serviços públicos de saneamento. Tratar-se-ia, portanto, de um contrassenso: de um lado exigir da companhia estadual a viabilidade econômico-financeira do contrato de programa; de outro, impossibilitar o reequilíbrio econômico-financeiro diante das metas de universalização.

Frisa-se que o tema do reequilíbrio econômico-financeiro é central em face da imposição de cumprimento das metas de

807 “Como os objetivos de ambas as partes contratantes é atender ao interesse público, alcançando os objetivos almejados por um determinado programa executado de forma intergovernamental [...]”. *Ibidem*, p. 120.

808 “[...] a Lei de Consórcios Públicos inaugurou o reconhecimento, no direito brasileiro, de contratos de direito público que não se confundem com os contratos administrativos”. *Ibidem*, p. 119-120.

809 Wladimir Antônio Ribeiro reconhece essa proximidade prática da lógica dos contratos de programa à dos contratos de concessão e destaca que tal fenômeno é um “mau uso” do instrumento de gestão associada: “[...] o mau uso do contrato de programa, sem licitação, para prestar serviço público em regime de exploração de atividade econômica, com intuito de lucro [...] este regime de prestação de serviços exige a forma de concessão ou de permissão, com prévia licitação, inclusive para não configurar concorrência desleal de ente público com os privados, já que disputam no mercado o acesso ao excedente econômico. Em realidade, esse mau uso do contrato de programa de há muito deveria ser coibido por meio da atuação da autoridade de defesa da concorrência”. RIBEIRO, Wladimir Antônio. **O Contrato de Programa**. In OLIVEIRA, Carlos Roberto e GRANZIERA, Maria Luiza Machado (Org.). **Novo Marco Regulatório do Saneamento Básico no Brasil**. Indaiatuba: Editora Foco, 2021, p. 135.

810 Maria Sylvia Zanella di Pietro também reflete sobre essa aparente incompatibilidade: “É difícil imaginar que um ente Federativo assuma a posição de concessionário em relação a outro ente federativo. Quando muito, pode ocorrer que a entidade da Administração Indireta vinculada a um ente federativo (uma sociedade de economia mista ou empresa pública, por exemplo) assuma, como concessionária, a prestação de um serviço público de que é titular determinado ente federativo”. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**. 12ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. p. 320.

universalização previstas no artigo 11-B da Lei n. 11.445/2007 (alterada pela Lei n. 14.026/2020) e trata-se, por certo, de um “risco público”, de um fato que foge ao controle das companhias e que altera consideravelmente os custos operacionais na realidade de vários municípios. Assim, mesmo que de forma implícita, existe a necessária discussão sobre a eventual revisão extraordinária de tarifas, quando essa for impositiva para a continuidade dos serviços, e pode ser travada no contexto das tratativas de assinatura do termo aditivo ao contrato de programa.

A alternativa que resta – além, claro, dos aportes públicos – para a efetivação do reequilíbrio econômico-financeiro é revisão extraordinária das tarifas. Isso porque não é possível prorrogar os contratos de programa, de modo a inexistir a opção pelo alargamento do prazo do contrato de programa como forma de garantir a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro em face das metas. Cuida-se de aspecto extraído do veto presidencial ao artigo 16 da Lei n. 14.026/2020, que previa a possibilidade de formalização das situações de fato de prestação de serviços públicos de saneamento por meio de contratos de programa e de prorrogação ou de renovação dos contratos de programa existentes pelo prazo de 30 anos⁸¹¹.

Ademais, o Decreto Federal n. 10.710/2021, que regulamenta a metodologia para comprovação da capacidade econômico-financeira dos contratos regulares em vigor, confirmou tal vedação no seu artigo 7º, § 3º, inciso I ao expressamente referir que:

Art. 7º Os estudos de viabilidade de que trata o art. 6º deverão:
[...]

811 Art. 16. Os contratos de programa vigentes e as situações de fato de prestação dos serviços públicos de saneamento básico por empresa pública ou sociedade de economia mista, assim consideradas aquelas em que tal prestação ocorra sem a assinatura, a qualquer tempo, de contrato de programa, ou cuja vigência esteja expirada, poderão ser reconhecidas como contratos de programa e formalizadas ou renovadas mediante acordo entre as partes, até 31 de março de 2022. Parágrafo único. Os contratos reconhecidos e os renovados terão prazo máximo de vigência de 30 (trinta) anos e deverão conter, expressamente, sob pena de nulidade, as cláusulas essenciais previstas no art. 10-A e a comprovação prevista no art.10-B da Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007, sendo absolutamente vedada nova prorrogação ou adição de vigência contratual.”

§ 3º Os estudos de viabilidade não poderão prever:
I - no caso de contrato de programa, ampliação de seu prazo de vigência;

Por outro lado, o reequilíbrio econômico-financeiro, como sustentado, poderá ser realizado por meio de aportes públicos ou de revisão tarifária, desde que pactuado com o município. Esse é o teor do artigo 7º, § 2º, incisos I e II do Decreto Federal n. 10.710/2021:

Art. 7º Os estudos de viabilidade de que trata o art. 6º deverão:

[...]

§ 2º Os estudos de viabilidade poderão prever:

I - repactuação tarifária, desde que já haja manifestação oficial favorável do titular do serviço e que o prestador tenha protocolado o pedido de repactuação junto à entidade reguladora competente, em conformidade com as normas aplicáveis; e

II - aporte, contraprestação pecuniária ou subsídio de ente público, desde que compatíveis com os respectivos Plano Plurianual, Lei de Diretrizes Orçamentárias e Lei Orçamentária Anual, vedada a previsão de prestações em valor crescente, se plurianual.

Dessa forma, em uma situação ideal, companhia estadual e município poderiam acordar já no termo aditivo pela necessidade de revisão extraordinária ou de fixação de cronograma de aportes públicos compatíveis com a previsão orçamentária, como forma de viabilizar a continuidade da prestação dos serviços para que, assim, o aludido acordo fosse submetido ao controle da agência reguladora local ou regional. Evidentemente, no caso da revisão extraordinária de tarifas, espera-se que a ANA disponha especificamente sobre os limites dessa forma de reequilíbrio econômico-financeiro em normas de referência.

Explica-se que a comprovação da capacidade econômico-financeira do contrato de programa passou a ser "*requisito indispensável*" para a assinatura dos termos aditivos, consoante artigo

19 do Decreto Federal n. 10.710/2021⁸¹². Nessa esteira, o artigo 20 do aludido decreto regulamentador reforça o entendimento de que a não comprovação da capacidade econômico-financeira acarreta a irregularidade do contrato de programa e o início de situação precária de prestação do serviço⁸¹³:

Art. 20. Serão considerados irregulares os contratos de programa de prestação de serviços públicos de abastecimento de água potável ou de esgotamento sanitário caso o prestador não comprove sua capacidade econômico-financeira nos termos do disposto neste Decreto.

As discussões sobre a assinatura dos termos aditivos e sobre a comprovação da capacidade econômico-financeira são concomitantes. Já era possível afirmar isso mesmo antes do Decreto Federal n. 10.710/2021, e tal entendimento foi consolidado com a superveniência do procedimento disposto nesse diploma. Com base estritamente na Lei n. 11.445/2007 e na Lei n. 14.026/2020, era evidente que capacidade e reequilíbrio econômico-financeiro seriam temas retratados no momento da inclusão das metas de universalização aos contratos de programa, pela lógica de que a mudança de direito (da legislação) com aumento de investimentos e custos operacionais (a determinação de cumprimento das metas) teria impacto no balanço contratual e na comprovação da capacidade econômico-financeira. Por raciocínio lógico, o meio pelo qual operador dos serviços e titular dos serviços compatibilizariam os assuntos seria o

812 Art. 19. A comprovação de capacidade econômico-financeira nos termos do disposto neste Decreto é requisito indispensável para a celebração de termos aditivos para a incorporação das metas de universalização aos respectivos contratos de prestação de serviços públicos de abastecimento de água potável ou de esgotamento sanitário previstos no § 1º e no inciso III do § 2º do art. 11-B da Lei nº 11.445, de 2007.

813 O Art. 10, § 3º da Lei n. 11.445/2007 garante a continuidade dos contratos de programa regulares e em vigor até o advento do termo contratual. A não comprovação da capacidade econômico-financeira, por outro lado, torna o contrato precário, de modo a não fazer *jus* à garantia de manutenção do contrato até o advento do termo contratual.

termo aditivo, justamente o instrumento previsto em lei para incorporação das metas de universalização.

O Decreto Federal n. 10.710/2021 parece ter internalizado esse raciocínio lógico ao estipular o procedimento para a comprovação da capacidade econômico-financeira. Atenta-se que o artigo 11 do aludido decreto exige que a apresentação do requerimento de comprovação da capacidade econômico-financeira seja acompanhada, além de outros documentos, da minuta de termo aditivo para incorporação das metas de universalização e anuência do titular dos serviços. Veja-se:

Art. 11. O prestador deverá apresentar o requerimento de comprovação de capacidade econômico-financeira acompanhado dos seguintes documentos:
II - minuta de termo aditivo que pretenda celebrar para incorporar ao contrato as metas de universalização, acompanhada de declaração de anuência do titular do serviço;

Denota-se que, muito embora a adequação dos contratos de programa ao Novo Marco Regulatório do Saneamento seja uma obrigação dos titulares dos serviços e das companhias estaduais, existirá uma espécie de rerratificação do modelo de gestão associada: justamente a “*anuência*” do titular do serviço de que trata o inciso II do artigo 11 do Decreto Federal n. 10.710/2021. Dessa forma, a conformidade do contrato de programa à Lei n. 14.026/2020 dependerá, em certa medida, de uma manifestação de vontade das companhias estaduais e dos titulares dos serviços.

Por conseguinte, esses são os principais tópicos que precisam ser incorporados ao contrato de programa por decorrência lógica, quais sejam: *i*) a atualização dos conceitos de prestação de serviços públicos de abastecimento de água e de coleta e de tratamento de esgoto, incluindo-se a noção de disponibilização da infraestrutura e a atividade de reúso da água; e *ii*) a discussão sobre o reequilíbrio econômico-financeiro diante da obrigatoriedade de cumprimento das metas de universalização, regra geral, até 2033.

Há, ainda, alguns tópicos cujo tratamento no termo aditivo é de conveniência e oportunidade das partes: município (titular do serviço) e companhia estadual (operadora dos serviços). Primeiramente,

cita-se a possibilidade de prever mecanismos de mediação ou arbitragem (mecanismos privados de resolução de conflitos) nos contratos de prestação de serviços públicos de saneamento básico, incluindo-se os contratos de programa, conforme disposto pelo artigo 10-A, § 1º da Lei n. 11.445/2007:

Art. 10-A. Os contratos relativos à prestação dos serviços públicos de saneamento básico deverão conter, expressamente, sob pena de nulidade, as cláusulas essenciais previstas no art. 23 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, além das seguintes disposições: (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020)

[...]

§ 1º Os contratos que envolvem a prestação dos serviços públicos de saneamento básico poderão prever mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes do contrato ou a ele relacionadas, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020)

Além do artigo acima transcrito, a Lei n. 9.984/2000 (alterada pela Lei n. 14.026/2020) também dispôs sobre o papel da Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico estipular instância administrativa de ação arbitral. Atenta-se:

Art. 4º-A. A ANA instituirá normas de referência para a regulação dos serviços públicos de saneamento básico por seus titulares e suas entidades reguladoras e fiscalizadoras, observadas as diretrizes para a função de regulação estabelecidas na Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007. (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020)

[...]

§ 5º A ANA disponibilizará, em caráter voluntário e com sujeição à concordância entre as partes, ação mediadora ou arbitral nos conflitos que envolvam titulares, agências reguladoras ou prestadores de serviços públicos de saneamento básico. (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020)

Abre-se as portas, assim, para as diferentes formas de resolução privada de conflitos, todas de caráter voluntário. Nessa esteira, dispõe-se sobre a mediação, de modo que tanto a ANA quanto as reguladoras locais e regionais (o que não é propriamente uma novidade para as reguladoras subnacionais⁸¹⁴) possam criar estruturas internas de pacificação de conflitos entre titulares e operadores dos serviços. Especificamente no caso da ANA, Gustavo Justino de Oliveira e Kaline Ferreira propõem que a reguladora nacional terá um papel de exercício de “*autoridade moral*” nos conflitos mediados, com a incumbência de propor soluções concretas ao litígio⁸¹⁵. Cuida-se de um reforço da ferramenta como alternativa para a agilidade e a segurança jurídica na resolução de conflitos no setor por meio da autocomposição.

O tema da arbitragem nos dispositivos elencados, por sua vez, é um pouco mais profundo. Para os autores supracitados, os dispositivos da Lei n. 11.445/2007 e da Lei n. 9.984/2000 referem situações diversas. Por um lado, no artigo 4º-A, § 5º da Lei n. 9.984/2000, a “ação arbitral” da ANA terá natureza de “*arbitramento*” de conflitos (arbitragem atípica) dentro do âmbito administrativo da reguladora, cujo resultado será uma decisão administrativa, a qual poderá ser submetida à jurisdição estatal para controle de legalidade – do mesmo modo que um ato administrativo ou mesmo um processo administrativo ordinário, com apreciação de eventuais vícios ou nulidades. De outro lado, tem-se a arbitragem do artigo 10-A, § 1º da Lei n. 11.445/2007, essa com natureza de mecanismo extrajudicial de resolução de conflitos (arbitragem comercial): por meio de cláusula compromissória⁸¹⁶ (art. 4º da Lei n. 9.307/1996), as partes acordam pela substituição da jurisdição estatal pela ferramenta

814 Como exemplo, cita-se a mediação de conflitos no contrato de programa da CORSAN/RS, realizada pela AGERGS/RS, agência reguladora do setor no Estado do Rio Grande do Sul.

815 “Assim, além de assistir aos diálogos e às negociações, esses entes influenciam na tomada de decisão, gerando opções e apontando soluções viáveis aos envolvidos no conflito”. DE OLIVEIRA, Gustavo Justino e FERREIRA, Kaline. **A Mediação e a Arbitragem dos Conflitos no Setor de Saneamento Básico à Luz da Lei Federal 14.026/2020.** (in) DE OLIVERIA, Carlos Roberto e GRANZIERA, Maria Luiza Machado. **Novo Marco do Saneamento Básico no Brasil.** Indaiatuba: Foco, 2021, p. 22.

816 A cláusula compromissória pode ser simples ou escalonada. Na cláusula compromissória simples, escolhe-se diretamente pelo mecanismo arbitral; ao passo →

privada heterocompositiva, sem possibilidade, em regra, de posterior submissão ao Poder Judiciário⁸¹⁷⁻⁸¹⁸.

Não há dúvida de que os mecanismos privados de resolução de conflitos elencados nos dispositivos (mediação, arbitragem atípica e arbitragem comercial) poderão ser incorporados aos contratos de programa. Existe tanto a previsão realizada pela Lei n. 14.026/2020 quanto pela própria Lei n. 9.307/1996, cujo art. 1º, § 1º destaca que “A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem [...]”, motivo pelo qual a legislação possibilita, de forma expressa, que as companhias estaduais (entes da Administração Indireta) possam escolher pela ferramenta. Outrossim, sobre a mediação e a arbitragem atípica no âmbito da ANA, o art. 25 do Decreto Federal n. 10.710/2021⁸¹⁹, estipula que os decorrentes da comprovação da capacidade econômico-financeira do contrato perante a agência reguladora poderão ser apreciados pela Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico (ANA).

No momento, a previsão legal sobre os mecanismos privados de resolução de conflitos é bastante genérica: ainda não se sabe quais serão os limites, por exemplo, da arbitragem atípica, da arbitragem comercial e da mediação para os contratos de saneamento. Tudo isso, espera-se, será mais bem explicado pela agenda regulatória da Agência Nacional de Águas e de Saneamento Básico (ANA). Nessa toada, a Resolução n. 105/2021 destaca a redação de norma de referência sobre “Procedimentos para mediação e arbitragem”

→ que na cláusula compromissória escalonada, estabelece-se ferramentas de mediação ou negociação anteriores à arbitragem.

817 Art. 31 da Lei 9.307/1996: “Art. 31. A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo.”

818 A diferenciação exposta é mais bem explicada por Gustavo Justino de Oliveira e Kaline Ferreira em: DE OLIVEIRA, Gustavo Justino e FERREIRA, Kaline. **A Mediação e a Arbitragem dos Conflitos no Setor de Saneamento Básico à Luz da Lei Federal n. 14.026/2020.** (in) DE OLIVERIA, Carlos Roberto e GRANZIERA, Maria Luiza Machado. **Novo Marco do Saneamento Básico no Brasil.** Indaiatuba: Foco, 2021, p. 26-35.

819 Art. 25. Eventuais conflitos resultantes da ausência de comprovação de capacidade econômico-financeira poderão ser submetidos a mediação ou arbitramento pela ANA, nos termos do disposto no § 5º do art. 4º-A da Lei nº 9.984, de 2000.

para o segundo semestre de 2022⁸²⁰. De qualquer forma, antes da norma de referência, é possível que a arbitragem seja incluída ao contrato de programa pelo termo aditivo. Reitera-se que a medida é voluntária (pode ou não ser incorporada ao instrumento contratual) e que não há prazo para a sua incorporação ao contrato (a adoção da arbitragem poderá ser feita em momento posterior, sem necessidade de atendimento do prazo disposto no artigo 11-B, § 1º da Lei n. 11.445/2007).

Para Gustavo Justino e Kaline Ferreira, os objetivos específicos da adoção dos mecanismos privados de resolução de conflitos pelo Novo Marco Regulatório do Saneamento são os seguintes:

[...] (i) reforçar a gestão eficiente dos contratos, pois fortalece o dever de aderência e de compliance das partes em relação às cláusulas e obrigações contratuais; (ii) atrair investimentos nacionais e estrangeiros do setor privado, com a abertura da competição para novo9s e melhores *players*; (iii) reduzir custos de transação, desde que sua previsão esteja combinada à existência de uma adequada matriz de risco (partilha de responsabilidades), e possa ser discutida em procedimentos prévios de MIPs e MPMIs; (iv) estimular obtenção de propostas mais vantajosas formuladas pelos licitantes e (v) prevenir litígios contratuais decorrentes de inexecução intencional de cláusulas e obrigações contratuais.⁸²¹

Além disso, restam dois outros temas cujo tratamento no termo aditivo, no momento, é de conveniência e oportunidade do titular dos serviços e do operador dos serviços. Fala-se especificamente sobre a

820 BRASIL, Ministério do Desenvolvimento Regional. **Resolução n. 105/ANA, de 18 de outubro de 2021**. Disponível em <<https://www.in.gov.br/web/dou/-/resolucao-ana-n-105-de-18-de-outubro-de-2021-353313855>>. Acesso em 20 de outubro de 2021.

821 DE OLIVEIRA, Gustavo Justino e FERREIRA, Kaline. **A Mediação e a Arbitragem dos Conflitos no Setor de Saneamento Básico à Luz da Lei Federal 14.026/2020**. (in) DE OLIVERIA, Carlos Roberto e GRANZIERA, Maria Luiza Machado. **Novo Marco do Saneamento Básico no Brasil**. Indaiatuba: Foco, 2021, p. 32-33.

troca do sistema unitário para o separador absoluto (art. 43, § 3º da Lei n. 11.445/2007) e os índices específicos de redução progressiva de perdas de água (art. 50, inciso IV da Lei n. 11.445/2007 e Portaria n. 490, de 22 de março de 2021 do Ministério do Desenvolvimento Regional). No ponto, há complexidade sobre o atendimento ou não de tais previsões legais, por questões pragmáticas.

Primeiro, não se pode confundir a necessidade de previsão contratual genérica de compromisso de reduzir progressivamente o índice de perdas de água (art. 10-A, inciso I da Lei n. 11.445/2007) com a diretriz específica que deverá ser atendida (a meta de redução). A incorporação do compromisso ao contrato de programa é obrigatória, por ser cláusula essencial prevista na Lei n. 11.445/2007; todavia, o índice específico será determinado pelo padrão regulatório adotado pela agência local/regional. Certamente, existe a expectativa de que o padrão regulatório imposto/exigido pela agência reguladora do contrato atenda as diretrizes da ANA, com base na norma de referência (art. 4º, § 1º, inciso VI da Lei n. 9.984/2000 e art. 43, § 3º Lei n. 11.445/2007)⁸²²⁻⁸²³⁻⁸²⁴; contudo, como já retratado

-
- 822 Lei n. 9.984/2000:
Art. 4º-A. A ANA instituirá normas de referência para a regulação dos serviços públicos de saneamento básico por seus titulares e suas entidades reguladoras e fiscalizadoras, observadas as diretrizes para a função de regulação estabelecidas na Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007. (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020)
§ 1º Caberá à ANA estabelecer normas de referência sobre: (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020)
[...]
VI - redução progressiva e controle da perda de água; (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020)
- 823 Art. 43. A prestação dos serviços atenderá a requisitos mínimos de qualidade, incluindo a regularidade, a continuidade e aqueles relativos aos produtos oferecidos, ao atendimento dos usuários e às condições operacionais e de manutenção dos sistemas, de acordo com as normas regulamentares e contratuais.
[...]
§ 3º A agência reguladora competente estabelecerá metas progressivas para a substituição do sistema unitário pelo sistema separador absoluto, sendo obrigatório o tratamento dos esgotos coletados em períodos de estiagem, enquanto durar a transição. (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020)
- 824 A Resolução n. 105/2021 prevê a redação de normas de referência sobre diretrizes para metas progressivas de cobertura para água e esgoto e sistema de avaliação para o segundo semestre de 2022. BRASIL, Ministério do Desenvolvimento Regional. **Resolução n. 105/ANA, de 18 de outubro de 2021**. Disponível em <<https://www.in.gov.br/web/dou/-/resolucao-ana-n-105-de-18-de-outubro-de-2021-353313855>>. Acesso em 20 de outubro de 2021.

nesse trabalho, as normas editadas pela agência nacional não serão obrigatórias e dependerão da internalização dessas pelas agências locais/regionais.

Além das normas de referência da ANA, o artigo 50, inciso IV da Lei n. 11.445/2007⁸²⁵ dispôs sobre o índice de perdas de água admissível para que a União Federal realize o repasse de recursos públicos. Em suma: tem direito à alocação de recursos públicos da União Federal o contrato que atender os índices de redução de perdas específicos, cuja competência para determinação foi atribuída ao Ministério do Desenvolvimento Regional. Tais metas para cumprimento do artigo 50 foram estipuladas pela Portaria n. 490, de março de 2021 do Ministério de Desenvolvimento Regional⁸²⁶. Novamente, cuida-se de um índice que, por ora, reside no campo da conveniência e oportunidade, muito embora seja interessante o atendimento para habilitação ao recebimento de repasses públicos. No limite, pode-se aventar a possibilidade de que as normas de referência da ANA tenham grau de exigência similar.

Em uma situação ideal, espera-se o atendimento das diretrizes da ANA, caso a reguladora nacional de fato tenha a capacidade de impor um padrão técnico-regulatório que, na prática, seja atendido pelas reguladoras locais/regionais. De todo modo, antes dos índices específicos do Ministério do Desenvolvimento Regional e da previsibilidade de redação de normas de referência, já existiam índices

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

IV - ao cumprimento de índice de perda de água na distribuição, conforme definido em ato do Ministro de Estado do Desenvolvimento Regional; (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020)

826 Os índices são discriminados pelo art. 3º da Portaria n. 490, de 22 de março de 2021 do Ministério do Desenvolvimento Regional, com base nos dados do Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento (SNIS). BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Regional. **Portaria n. 490, de 22 de março de 2021**. Disponível em: <<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-490-de-22-de-marco-de-2021-309988760>>. Acesso em 20 de abril de 2021.

elencados pelo PLANSAB⁸²⁷, desde 2013, para redução e controle de perdas de água, conforme a seguinte tabela:

INDICADOR	ANO	BRASIL	N	NE	SE	S	CO
A1. % de domicílios urbanos e rurais abastecidos por rede de distribuição e por poço ou nascente com canalização interna	2010	90	71	79	96	98	94
	2018	93	79	85	98	99	96
	2023	95	84	89	99	99	98
	2033	99	94	97	100	100	100
A2. % de domicílios urbanos abastecidos por rede de distribuição e por poço ou nascente com canalização interna	2010	95	82	91	97	98	96
	2018	99	96	98	99	100	99
	2023	100	100	100	100	100	100
	2033	100	100	100	100	100	100
A3. % de domicílios rurais abastecidos por rede de distribuição e por poço ou nascente com canalização interna	2010	61	38	42	85	94	79
	2018	67	43	53	91	96	88
	2023	71	46	60	95	98	93
	2033	80	52	74	100	100	100
A4. % de análises de coliformes totais na água distribuída em desacordo com o padrão de potabilidade (Portaria nº 2.914/11)	2018						
	2023			(1)			
	2033						
A5. % de economias ativas atingidas por paralisações e interrupções sistemáticas no abastecimento de água	2010	31	100	85	23	9	8
	2018	29	86	73	20	8	8
	2023	27	77	65	18	8	7
	2033	25	60	50	14	7	6
A6. % do índice de perdas na distribuição de água	2010	39	51	51	34	35	34
	2018	36	45	44	33	33	32
	2023	34	41	41	32	32	31
	2033	31	33	33	29	29	29
A7. % de serviços de abastecimento de água que cobram tarifa	2008	94	85	90	95	99	96
	2018	96	92	95	99	100	99
	2023	98	95	97	100	100	100
	2033	100	100	100	100	100	100

Elaborado por: PLANSAB, Ministério das Cidades (2013)

O indicador denominado “**A6**” pelo Plano Nacional de Saneamento Básico, de 2013, estipulava a redução e controle progressivo de perdas no abastecimento de água tratada no país para, no máximo, 31% até 2033. Apesar disso, nota importante sobre o tema é que os contratos de programa, em sua maioria, não preveem planos de redução de perdas de água (ao menos enquanto obrigação contratual).

Em muitos contratos de programa, sequer há menção à necessidade de redução de perdas de água. Destaca-se, contudo, algumas exceções, como o contrato da EMBASA/BA, que dispõe sobre o conceito de Plano Quadrienal de Metas e Investimentos (PQMI). Atenta-se:

827 BRASIL. Ministério das Cidades. **Plano Nacional de Saneamento Básico – PLANSAB**. Brasília, Dezembro de 2013, p. 120. Disponível em: <https://urbanismo.mppr.mp.br/arquivos/File/plansab_texto_aprovado.pdf>. Acesso em 20 de abril de 2021.

XI - PQMI - Plano Quadrienal de Metas e Investimentos, instrumento de planejamento da EMBASA, com o objetivo de atender as metas de universalização previstas no plano e no Contrato de Programa;⁸²⁸

Nessa esteira, a Cláusula Décima Sexta do contrato de programa estipula que o PQMI incluirá, obrigatoriamente, metas de redução de perdas de água, especialmente das perdas físicas. Veja-se:

CLÁUSULA DÉCIMA SEXTA (Do PQMI). O PQMI, a ser elaborado pela EMBASA e aprovado pelo MUNICÍPIO, sempre em compatibilidade com o PLANO, deverá estabelecer o conjunto de programas, projetos e ações necessárias para atingir as metas de UNIVERSALIZAÇÃO previstas no PLANO, de acordo com o montante de recursos financeiros previstos para o período de 4 (quatro) anos.

[...]

§ 1º. São dispositivos obrigatórios do PQMI:

II - metas de redução das perdas, em especial das perdas físicas de água;

Cuida-se de um caso isolado em comparação aos contratos de programa analisados. Tal omissão dos instrumentos contratuais, a partir da previsão do artigo. 10-A da Lei n. 11.445/2007, deverá ser colmatada; o ponto de conflito que remanescerá até a redação da norma de referência da ANA é saber qual o índice será cobrado, muito embora, em tese, as companhias estaduais já estejam vinculadas às metas do PLANSAB. Ao fim, o índice será imposto pela agência reguladora local/regional, em que pese haja a expectativa de que as normas de referência da reguladora nacional de fato tenham a capacidade fática de serem aplicadas.

Situação similar ocorre com a previsão da troca do sistema unitário pelo separador absoluto. O artigo 44 da Lei n. 11.445/2007

828 MUNICÍPIO DE CAMAÇARI/BA. EMBASA/BA. **Contrato de Programa**. Disponível em: <http://arquivos.camacari.ba.gov.br/sedur/pmsb/Minuta%20do%20Contrato%20de%20Programa_Cama%C3%A7ari.pdf>. Acesso em 04 de maio de 2021.

dispõe sobre o licenciamento ambiental das unidades de tratamento de esgotos sanitários, enquanto § 3^o⁸²⁹ do aludido artigo prevê a competência da agência reguladora para estabelecer metas progressivas de substituição do sistema unitário pelo sistema absoluto.

Segundo os conceitos da própria Lei n. 11.445/2007, sistema separador absoluto e sistema unitário são, respectivamente:

XVIII - sistema separador absoluto: conjunto de condutos, instalações e equipamentos destinados a coletar, transportar, condicionar e encaminhar exclusivamente esgoto sanitário; (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020)

XIX - sistema unitário: conjunto de condutos, instalações e equipamentos destinados a coletar, transportar, condicionar e encaminhar conjuntamente esgoto sanitário e águas pluviais. (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020)

A iniciativa legal, portanto, é de substituir progressivamente o modelo de condutos que mistura esgotamento sanitário e águas pluviais (sistema unitário) pelo modelo de condutos de transporte exclusivamente de esgotamento sanitário, sem que a água da chuva misture-se com o produto do esgoto (sistema separador absoluto).

Dessa forma, as metas citadas pelo dispositivo legal são, novamente, de responsabilidade da Agência Nacional de Águas e Saneamento, na forma do artigo 4^o-A, § XI da Lei n. 9.984/2000:

829 Art. 44. O licenciamento ambiental de unidades de tratamento de esgotos sanitários, de efluentes gerados nos processos de tratamento de água e das instalações integrantes dos serviços públicos de manejo de resíduos sólidos considerará os requisitos de eficácia e eficiência, a fim de alcançar progressivamente os padrões estabelecidos pela legislação ambiental, ponderada a capacidade de pagamento das populações e usuários envolvidos. (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020)
[...]

§ 3^o A agência reguladora competente estabelecerá metas progressivas para a substituição do sistema unitário pelo sistema separador absoluto, sendo obrigatório o tratamento dos esgotos coletados em períodos de estiagem, enquanto durar a transição. (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020)

Art. 4º-A. A ANA instituirá normas de referência para a regulação dos serviços públicos de saneamento básico por seus titulares e suas entidades reguladoras e fiscalizadoras, observadas as diretrizes para a função de regulação estabelecidas na Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007. (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020) [...]

XI - normas e metas de substituição do sistema unitário pelo sistema separador absoluto de tratamento de efluentes; (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020)

Ocorre que, por ora, a agenda regulatória da ANA não prevê a redação de norma de referência sobre o assunto. Assim, aparentemente, as metas de troca do sistema unitário pelo separador absoluto serão estipuladas em momento posterior ao segundo semestre de 2023, período limite do cronograma disposto pela Resolução n. 105 da ANA.

Destaca-se que nenhum dos contratos de programa avaliados dispõe sobre troca de sistemas, introduzindo-se um debate novo por meio da Lei n. 14.026/2020 a respeito do transporte do esgotamento sanitário e das águas pluviais. De todo mundo, compreende-se que o tema é de conveniência e oportunidade (não obrigatório) de incorporação no termo aditivo, uma vez que as metas – que não existem no momento – poderão ser incluídas quando de fato forem definidas pela agência nacional.

Finalmente, salienta-se que o contrato de programa – assim como os demais contratos de prestação de serviços públicos de saneamento básico – serão instrumentos móveis, no sentido de que estarão submetidos à constante atividade regulatória. Nesse aspecto, menciona-se o fato de que a agenda regulatória da ANA prevê a redação de norma de referência para a determinação de um conteúdo mínimo aos contratos de programa teoricamente já para o primeiro semestre de 2021⁸³⁰. Além disso, a Lei n. 9.984/2000 (alterada pela

830 BRASIL, Ministério do Desenvolvimento Regional. **Resolução n. 105/ANA, de 18 de outubro de 2021**. Disponível em <<https://www.in.gov.br/web/dou/-/resolucao-ana-n-105-de-18-de-outubro-de-2021-353313855>>. Acesso em 20 de outubro de 2021.

Lei n. 14.026/2020) dispõe sobre a padronização dos instrumentos negociais, com delimitação das metas, dos mecanismos de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro e da alocação de riscos.

Portanto, a tarefa de atualização dos contratos de programa não se encerra com o termo aditivo. Por imposição regulatória, o setor de prestação de serviços públicos de saneamento básico, por um período razoável, estará condicionado à constante atividade das agências reguladoras, como forma, em tese, de atribuir a necessária padronização técnico regulatória.

A propósito, a Norma de Referência n. 02/2021, publicada por meio da Resolução n. 106/2021 da Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico⁸³¹, dispõe sobre a padronização dos termos aditivos⁸³²⁻⁸³³ para incorporação das metas de universalização e de eficiência de que trata o art. 11-B da Lei n. 11.445/2007.

Cuida-se do exercício, pela ANA, da competência de redação de normas de referência sobre temas sensíveis à prestação dos serviços públicos, em uma tentativa de padronização nacional das diretrizes regulatórias, prevista no art. 22, inciso I da Lei n. 11.445/2007⁸³⁴ c/c art. 4-A da Lei n. 9.984/2000⁸³⁵. Especificamente sobre a produção da referida norma, tem-se a previsão legal no art. 4-A, §1º, inciso III da Lei n. 9.984/2000.

831 BRASIL. Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico (ANA). **Resolução ANA n. 106, de 04 de Novembro de 2021** – Norma de Referência n. 02/2021. Disponível em: <https://arquivos.ana.gov.br/_viewpdf/web/?file=https://arquivos.ana.gov.br/resolucoes/2021/0106-2021_Ato_Normativo_4112021_20211105084322.pdf?09:07:55>. Acesso em 05 de nov. de 2021.

832 Art. 11-B [...] § 1º Os contratos em vigor que não possuírem as metas de que trata o *caput* deste artigo terão até 31 de março de 2022 para viabilizar essa inclusão.

833 Art. 1º Esta Norma de Referência dispõe sobre a padronização dos aditivos aos Contratos de Programa e de Concessão, para prestação de serviços de abastecimento de água potável e esgotamento sanitário, para incorporação das metas previstas no Art. 11-B da Lei nº 11.445/2007, modificada pela Lei nº 14.026/2020.

834 Art. 22. São objetivos da regulação: I - estabelecer padrões e normas para a adequada prestação e a expansão da qualidade dos serviços e para a satisfação dos usuários, com observação das normas de referência editadas pela ANA;

835 Art. 4º-A. A ANA instituirá normas de referência para a regulação dos serviços públicos de saneamento básico por seus titulares e suas entidades reguladoras e fiscalizadoras, observadas as diretrizes para a função de regulação estabelecidas na Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007.

Em uma avaliação geral da Norma de Referência n. 02/2021, verifica-se a intervenção minimalista da Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico na padronização dos termos aditivos. Isso porque, em uma leitura da Lei n. 14.026/2020 desacompanhada da diretriz regulatória, poder-se-ia extrair a disposição sobre mais temas do Novo Marco Legal, tal como o maior detalhamento das cláusulas do art. 10-A da Lei n. 11.445/2007.

A escolha pela intervenção minimalista é uma medida para respeitar os diferentes processos e realidades de negociação no Estado Brasileiro, especialmente pelo curto período restante ao aditamento dos contratos de programa.

Inclusive, a própria Norma de Referência n. 02/2021 estabelece uma flexibilização dos seus efeitos, prevendo-se expressamente a sua faculdade de adesão. Veja-se:

Art. 4º As normas de referência a serem editadas pela ANA são de adoção facultativa e a incidência de direitos e obrigações nos Contratos de Programa por decorrência de sua edição ocorrerá de forma progressiva à medida que sejam publicadas e posteriormente adotadas pelas respectivas entidades reguladoras. [Grifamos].

Portanto, como prevê o dispositivo acima, as normas de referência da ANA passarão por processo de internalização pelas agências subnacionais⁸³⁶, de modo que a incidência de direitos e obrigações nos contratos de programa ocorra progressivamente, até porque, como sustentado na Nota Técnica de n. 03/2021, a agência nacional não tem competência para impor obrigatoriamente as diretrizes regulatórias.

Além disso, o § 3º do art. 5º da Norma de Referência n. 02/2021 veda a aplicação das metas de universalização de forma retroativa, prevendo-se a verificação do cumprimento das obrigações

836 É o que também dispõe o art. 23 da Lei n. 11.445/2007: “Art. 23. A entidade reguladora, observadas as diretrizes determinadas pela ANA, editará normas relativas às dimensões técnica, econômica e social de prestação dos serviços públicos de saneamento básico que abrangerão, pelo menos, os seguintes aspectos: [...]”

prospectivamente⁸³⁷. Por conseguinte, confirma-se o que já estava estabelecido na Lei 14.026/2020: de que as metas de universalização serão cobradas dos operadores e dos titulares dos serviços em momento posterior à aditivação dos ajustes⁸³⁸.

De qualquer forma, o enfoque da Norma de Referência n. 02/2021 foi no estabelecimento das metas de universalização e eficiência de que trata o art. 11-B da Lei n. 11.445/2007, sobretudo na disposição de critérios para a avaliação do cumprimento dos índices de cobertura na prestação dos serviços.

Assim, o art. 5º da Norma de Referência n. 02/2021 estabelece a necessidade de previsão de metas finais e intermediárias de universalização, cujo cumprimento será verificado anualmente pela entidade reguladora. Quanto ao ponto, entende-se que a aludida disposição faz remissão implícita ao art. 11, inciso V da Lei n. 11.445/2007, que refere a necessidade de existência de um “*cronograma de universalização dos serviços*”⁸³⁹, até porque não se inclui, por exemplo, a obrigação de cumprimento de porcentagem específica em determinado ano anterior a 2033.

Aspecto relevante da diretriz regulatória é a definição expressa do conceito de “*área de abrangência do prestador de serviço*”, na forma do art. 2º, inciso III da Norma de Referência n. 02/2021. Observa-se:

Art. 2º Para os efeitos desta norma, aplicam-se os seguintes conceitos e definições: [...]

837 Art. 5º [...] §3º A adoção das metas de universalização previstas no “caput” do art.11-B da Lei nº 11.445/2007 terão exame prospectivo, vedando-se a aplicação e a interpretação retroativas para verificação do cumprimento de obrigações de universalização previstas nos instrumentos contratuais anteriormente à celebração dos aditivos.

838 Art. 11-B [...] § 5º O cumprimento das metas de universalização e não intermitência do abastecimento, de redução de perdas e de melhoria dos processos de tratamento deverá ser verificado anualmente pela agência reguladora, observando-se um intervalo dos últimos 5 (cinco) anos, nos quais as metas deverão ter sido cumpridas em, pelo menos, 3 (três), e a primeira fiscalização deverá ser realizada apenas ao término do quinto ano de vigência do contrato.

839 Art. 11. São condições de validade dos contratos que tenham por objeto a prestação de serviços públicos de saneamento básico: [...] V - a existência de metas e cronograma de universalização dos serviços de saneamento básico.

III-Área de Abrangência do Prestador de Serviços: Área geográfica, definida em contrato ou outro instrumento legal, na qual o Prestador de Serviços obriga-se a prestar os serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário, considerados de forma individual ou conjunta, conforme definição do objeto do contrato;

Isso porque tal conceito dialoga com a previsão dos indicadores para a aferição do cumprimento das metas de universalização, consoante art. 6º da Norma de Referência n. 02/2021, de modo que os aludidos indicadores para fins de cumprimento das metas de universalização se relacionam à “*área de abrangência do prestador de serviço*”. Atenta-se:

Art. 6º As cláusulas relativas às metas de universalização previstas no Art. 11-B da Lei 11.445/2007 deverão prever meios para aferição e comprovação de seu atingimento, por meio do acompanhamento periódico dos seguintes indicadores:

I – indicador de universalização do abastecimento de água: Índice de economias residenciais atendidas com rede de abastecimento de água na **área de abrangência do prestador de serviços**;

II – indicador de universalização de coleta de esgotos sanitários: Índice de economias residenciais atendidas com rede coletora de esgoto na **área de abrangência do prestador de serviços**;

III – indicador de universalização de tratamento de esgotos sanitários: Índice de economias residenciais atendidas com rede coletora e tratamento de esgoto na **área de abrangência do prestador de serviços**. [Grifamos].

Ressalta-se que o método e as fórmulas necessárias para que a entidade reguladora realize o cálculo dos indicadores estão previstos em anexo da Norma de Referência, conforme parágrafo único do aludido art. 6º.

Outrossim, para fins de cumprimento das metas de universalização na área de abrangência do prestador de serviços, a Norma de Referência n. 02/2021 garante que serão considerados os métodos alternativos e descentralizados, bem como soluções individualizadas, desde que devidamente atestados pela reguladora subnacional. Isso é o que dispõe o parágrafo único, incisos I e II do art. 7º, *in verbis*:

Art. 7º [...]

Parágrafo único. A entidade reguladora poderá considerar, para fins de comprovação do cumprimento das metas de universalização:

- I – domicílios que sejam atendidos por métodos alternativos e descentralizados por ela autorizados, para os serviços de abastecimento de água ou de coleta e tratamento de esgoto em áreas rurais, remotas ou em núcleos urbanos informais consolidados pertencentes à Área de Abrangência do Prestador de Serviços;
- II – na ausência de redes públicas, soluções individuais devidamente reguladas, que não se enquadrem no inciso anterior, para abastecimento de água ou afastamento e destinação final dos esgotos, na área de abrangência do prestador de serviços.

Para que não haja dúvidas sobre o dever de cumprimento das metas de universalização em cada um dos Municípios, apesar da disposição similar na Lei n. 11.445/2007⁸⁴⁰, o art. 8º da Norma de Referência n. 02/2021⁸⁴¹ diz que o termo aditivo deve prever expressamente a conformidade da operação com as metas mesmo no caso de prestação regionalizada (unidade regional, bloco de referência, região metropolitana, aglomerações urbanas e microrregiões).

840 Art. 11-B [...] § 6º As metas previstas neste artigo deverão ser observadas no âmbito municipal, quando exercida a titularidade de maneira independente, ou no âmbito da prestação regionalizada, quando aplicável.

841 Art. 8º Os aditivos aos Contratos de Programa e de Concessão deverão prever que as metas contidas no Art. 11-B da lei 11.445/2007 serão observadas no âmbito municipal, quando exercida a titularidade de maneira independente ou, no caso de Prestação Regionalizada, em cada um dos municípios que a compõem.

Por fim, o art. 9º da Norma de Referência n. 02/2021⁸⁴² impõe o dever de a reguladora nacional de encaminhar uma manifestação técnica à ANA a respeito da adequação do termo aditivo específico proposto às diretrizes regulatórias, em até 120 dias da celebração do ajuste. Porém, o dispositivo não prevê uma competência da reguladora nacional de “ratificar” a manifestação técnica da reguladora subnacional, razão por que, por ora, entende-se que a ANA não terá ingerência sobre a fundamentação desta.

Em suma, a Norma de Referência n. 02/2021 parte de uma perspectiva minimalista com relação ao que foi estabelecido pelo Novo Marco Regulatório do Saneamento Básico, limitando-se a complementar aspectos específicos da legislação nacional e a estabelecer indicadores mínimos para a aferição do cumprimento das metas de universalização, motivo pelo qual os eventuais impactos na minuta de Termo Aditivo de Conformidade proposta pela CORSAN são singelos.

3. A Desnecessidade de Autorização Legislativa para os Termos Aditivos dos Contratos de Programa com Previsão na Lei n. 14.026/2020

Ainda dentro da discussão sobre as diligências para a conformidade dos instrumentos contratuais de gestão associada ao Novo Marco Regulatório do Saneamento Básico, surge questionamento recorrente entre as companhias estaduais sobre a necessidade de autorização legislativa específica para a celebração dos termos aditivos aos contratos de programa. Adiante-se, desde logo, que a resposta é negativa, sobretudo pelos seguintes motivos: *i)* o contrato de programa, em si, prescinde de ratificação legislativa, o que depende de atuação do Poder Legislativo é o convênio de cooperação ou o consórcio público no qual amparado o instrumento contratual; *ii)* a Lei n. 11.107/2005 não condiciona a alteração do contrato de programa à autorização pelo Poder Legislativo; *iii)* mesmo que se

842 Art. 9º As entidades reguladoras deverão enviar manifestação técnica fundamentada à ANA acerca da adequação das minutas de aditivos a esta Norma de Referência em até 120 dias da celebração das avenças.

cogitasse a necessidade de lei para alteração do contrato de programa, o permissivo legal reside na própria Lei n. 14.026/2020, de caráter nacional. Tais pontos serão elucidados nesta subseção.

Primeiramente, esclarece-se que a dúvida reside nas relações entre companhias estaduais e municípios, assim, na necessidade ou não de autorização pelo Poder Legislativo Municipal (Câmara Municipal de Vereadores). Isso porque, como exaustivamente explicado nesse trabalho, o contrato de programa é, na prática, instrumento da gestão associada interfederativa entre município e companhia estadual.

O regime jurídico ao qual submete-se o contrato de programa é de direito público, com previsão específica na Lei n. 11.107/2005. Verifica-se que o instituto é um instrumento por meio do qual se estabelece a forma de execução⁸⁴³ - identificando-se as obrigações - de uma atividade de interesse público por gestão associada, cuja autorização usualmente pressupõe um consórcio ou convênio público interfederativo. Nesse sentido, observa-se o disposto pelo artigo 13, §5º da Lei Federal n. 11.107/2005:

Art. 13. Deverão ser constituídas e reguladas por contrato de programa, como condição de sua validade, as obrigações que um ente da Federação constituir para com outro ente da Federação ou para com 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.

[...]

843 O art. 13 da Lei Federal n. 11.107/2005 elenca as cláusulas essenciais, sob pena de nulidade, do contrato de programa: os encargos transferidos e a responsabilidade subsidiária da entidade que os transferiu; as penalidades no caso de inadimplência em relação aos encargos transferidos; o momento de transferência dos serviços e deveres relativos a sua continuidade; a indicação de quem arcará com o ônus e os passivos do pessoal transferido; a identificação dos bens que terão apenas a sua gestão e administração transferidas e o preço dos que sejam efetivamente alienados ao contratado; o procedimento para o levantamento, cadastro e avaliação dos bens reversíveis que vierem a ser amortizados mediante receitas de tarifas ou outras emergentes da prestação dos serviços.

§ 5º Mediante previsão do contrato de consórcio público, ou de convênio de cooperação, o contrato de programa poderá ser celebrado por entidades de direito público ou privado que integrem a administração indireta de qualquer dos entes da Federação consorciados ou conveniados. [Grifamos].

Consoante Maria Sylvia Zanella di Pietro, se o contrato de programa “[...] estiver vinculado a consórcio, deverá estar previsto no protocolo de intenções a ser ratificado por lei e, em consequência, deverá constar do contrato de constituição do consórcio”⁸⁴⁴. Caso “estiver vinculado a convênio de cooperação, deverá estar previsto em suas cláusulas”⁸⁴⁵. Quando o contrato de programa não estiver atrelado nem a um convênio de cooperação nem a um consórcio público, aduz a autora que “rege-se pelo artigo 116 da Lei Federal n. 8.666/1993⁸⁴⁶ e independe, como regra geral, de autorização legislativa, tendo em vista que isso implicaria o controle do Poder Executivo, em hipótese não prevista na Constituição Federal”⁸⁴⁷.

A disciplina do consórcio ou do convênio, por sua vez, exige a autorização legislativa, decorrente de imposição constitucional. Nesse sentido, veja-se o artigo 241 da Constituição Federal:

Art. 241. 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,

844 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 592

845 *Ibidem*, p. 592.

846 O Art. 116 dispõe sobre a celebração de convênio, acordo ou ajuste pelos órgãos da Administração Pública.

847 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Op. Cit.*, p. 592.

pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos. [Grifamos].

Por conseguinte, deve-se distinguir a exigência legal de autorização legislativa para a constituição de consórcio público e de convênio de cooperação da eventual, e não impositiva, autorização legislativa para a celebração do contrato de programa. A legislação e a doutrina, como destacado, indicam que o contrato de programa prescinde de lei específica o ratificando nas três hipóteses em que possíveis a sua celebração: *i)* no convênio de cooperação, o instrumento deve estar previsto em suas cláusulas; *ii)* no consórcio público, no seu protocolo de intenções, que será ratificado por lei⁸⁴⁸; e *iii)* firmado com base no artigo 116 da Lei n. 8.666/1993⁸⁴⁹.

Quando o contrato de programa envolver entidade integrante da Administração Indireta de outro ente federado, por sua vez, o § 5º do artigo 13 da Lei n. 11.107/2005 refere a necessidade de que esteja atrelado a um convênio de cooperação ou a um consórcio público. Como consequência, o município não poderia contratar diretamente, com previsão no artigo 116 da Lei n. 8.666/1993, sem a formalização prévia de convênio de cooperação ou consórcio público. Ambos os instrumentos, como visto, dependem de autorização legislativa; todavia, não se pode confundir a necessidade de lei específica para a constituição de tais acordos interfederativos com a eventual autorização específica para a assinatura do contrato de programa⁸⁵⁰.

-
- 848 Art. 4º São cláusulas necessárias do protocolo de intenções as que estabeleçam: [...]
d) as condições a que deve obedecer o contrato de programa, no caso de a gestão associada envolver também a prestação de serviços por órgão ou entidade de um dos entes da Federação consorciados;
- 849 O § 2º do art. 116 da Lei Federal n. 8.666/93 dispõe que “Assinado o convênio, a entidade ou órgão repassador dará ciência do mesmo à Assembleia Legislativa ou à Câmara Municipal respectiva”. Assim, a lei pressupõe a informação ao Poder Legislativo, não a autorização. A exigência de autorização quando não prevista em lei, portanto, extrapola inclusive a competência da Assembleia Legislativa ou da Câmara Municipal respectiva.
- 850 Quanto ao tema, Wladimir Antônio Ribeiro aduz que “[...] no caso de o objeto do contrato de programa ser a prestação de serviços públicos há, antes, que se autorizar a gestão associada de serviços públicos mediante um dos seguintes instrumentos de outorga: *(i)* contrato de consórcio público ou *(ii)* convênio de cooperação entre entes federados. Observe-se que tais instrumentos se configuram como atos-condição, pelo que a sua ausência impede a celebração de contrato →

No caso do saneamento básico, o contrato de programa foi utilizado para formalizar a prestação dos serviços públicos pelas companhias estaduais, como forma de manutenção de escala e de viabilidade econômico-financeira, em decorrência especialmente do subsídio cruzado entre os contratos de programa, com os municípios superavitários sustentando os municípios deficitários. O emprego desse mecanismo advém da constatação pragmática de que, na gestão associada dos serviços de saneamento básico até a publicação da Lei n. 14.026/2020, não havia necessidade de um procedimento licitatório para a transferência dos serviços públicos.

Como anteriormente referido, a titularidade dos serviços de saneamento básico é, em regra, dos municípios (art. 8º, inciso I da Lei Federal n. 11.445/2007⁸⁵¹), cabendo a esse ente federativo a operação das atividades da forma que melhor atenda ao interesse local. Poderia o município, portanto, eleger a desconcentração administrativa como o meio mais adequado, constituindo um órgão público para esse fim; decidir pela descentralização administrativa (Autarquia, Fundação Pública, Empresa Pública ou Sociedade de Economia Mista), delegar os serviços por meio de concessão (sempre licitando), admitindo-se uma empresa privada ou celebrar gestão associada interfederativa, utilizando-se de uma entidade da Administração Indireta de outro ente da federação (justamente a hipótese de atuação das companhias estaduais).

O planejamento nacional, mediante o PLANASA, por considerável período, elegeu a gestão associada como o modelo mais adequado para obtenção de escala, fato que explica a forte adesão quantitativa dos municípios ao contrato de programa. Porém, essa vinculação às companhias estaduais nunca configurou uma imposição legal de um ente federativo sobre o outro; sempre houve, dentro de algumas limitações, a competência municipal para a decisão sobre a forma de prestação dos serviços. Existia o incentivo, nunca

→ de programa, porém, o desfazimento posterior dos mesmos instrumentos em nada prejudica os contratos já celebrados” RIBEIRO, Wladimir Antônio. **O Contrato de Programa.** (in) DE OLIVEIRA, Carlos Roberto e GRANZIERA, Maria Luiza Machado (Org). **Novo Marco do Saneamento Básico no Brasil.** Indaiatuba: Editora Foco, 2021, p. 126.

851 Art. 8º Exercem a titularidade dos serviços públicos de saneamento básico: I - os Municípios e o Distrito Federal, no caso de interesse local;

a obrigação. Exatamente como agora, no fomento da modalidade regionalizada de prestação de serviços (por meio de unidades regionais ou blocos de referência).

Ocorre que a opção pelas companhias estaduais significava, na realidade municipal, uma decisão administrativa sobre o modelo de prestação dos serviços de saneamento, de modo que a escolha pela gestão associada caracterizava também uma não-escolha dos outros modelos. A Constituição Federal, nesse sentido, exige a atuação do Poder Legislativo “autorizando a gestão associada de serviços públicos” (art. 241 da Constituição Federal), uma forma de ratificação dessa decisão político-administrativa. Assim, necessita-se distinguir a escolha administrativa pela gestão associada, cuja atuação legislativa está prevista pela norma constitucional e pela Lei n. 11.107/2005, da *i*) autorização específica do conteúdo do contrato de programa; e *ii*) da modificação (celebração de termo aditivo) desse instrumento contratual.

Na hipótese da prestação de serviços públicos de saneamento por meio das companhias estaduais, tanto o consórcio público quanto o contrato de programa necessitariam de autorização legislativa. Quando o contrato de programa é firmado com base em um convênio de cooperação interfederativo, desde que esse instrumento preveja uma cláusula dispondo sobre a futura celebração do contrato de programa, sequer há necessidade de autorização legislativa para o instrumento contratual. No caso, exige-se apenas a lei específica para a constituição do convênio de cooperação. Ocorre situação similar com o consórcio público, cujo protocolo de intenções, ratificado por lei, disporá sobre a celebração do contrato de programa. Aqui, o protocolo de intenções é submetido à Câmara Municipal de Vereadores, não o contrato de programa isoladamente.

Desse modo, o contrato de programa, em si, não necessita de autorização legislativa. Apesar disso, o que pode ocorrer na prática das complexas relações entre poderes executivo e legislativo municipais é a busca, pelo Prefeito, de maior legitimidade para a decisão pela gestão associada, motivo pelo qual, em situações isoladas, é possível que haja lei específica autorizando o Poder Executivo a firmar o contrato de programa com a companhia estadual. Reforça-se, contudo, que nessas hipóteses a atuação do Poder Legislativo justifica-se politicamente em razão da chancela da decisão pelo modelo de prestação dos serviços de saneamento, ato político-administrativo

que, por certo, acarreta impactos consideráveis na realidade municipal. A estratégia do reforço da legitimidade do ato pela presença da autorização legislativa específica em muitas situações faz sentido, mas que fique claro, não implica em obrigação legal para os atos seguintes, salvo disposição expressa em sentido contrário.

Verifica-se situação diversa quando, por circunstâncias específicas da prestação dos serviços, identifica-se a necessidade, oportunidade ou a conveniência de redação de um termo aditivo. Isso porque não há previsão legal da necessidade de atuação legislativa para a realização de modificações ou acréscimos ao contrato de programa. Reitera-se: sequer exige-se, em regra, lei específica para a celebração de um contrato de programa isoladamente.

Um contrato de programa é o instrumento de formalização de um plano de trabalho, com divisão de tarefas, encargos e previsão de metas. A alteração desses aspectos do contrato, tal qual como em um contrato de concessão ou em uma contratação pública ordinária (Lei n. 8.666/1993), constitui ato de competência exclusiva do Poder Executivo. Evidente que em um contrato de concessão ou em uma contratação pública por meio das modalidades previstas na Lei n. 8.666/1993 há, em tese, maior espaço para a regulação do serviço/obra por contrato, diferentemente do que usualmente admite-se para o contrato de programa, em que a regulação preponderante é a discricionária. Isso não quer dizer, todavia, que haja esvaziamento por completo dos mecanismos de regulação por contrato, havendo a possibilidade de aditivção mediante acordo entre as partes, sem a necessidade de prévia aprovação legislativa.

Inclusive, a exigência de lei específica aos convênios de cooperação e aos consórcios públicos aparentemente guarda maior relação com a necessidade de ratificação da escolha do modelo de gestão associada, conforme a regra do artigo 241 da Constituição Federal, do que com o plano de trabalho em si – o conteúdo específico do contrato de programa. Assim, seria impreciso afirmar que haja obrigação de autorização legislativa para acréscimo do termo aditivo. No limite, a não incorporação do termo aditivo sob esse argumento caracterizaria afronta à separação de poderes, por tratar-se de interferência do Poder Legislativo não prevista em lei na atividade do Poder Executivo.

Apesar disso, é possível que na realidade dos municípios haja receio pela assinatura do termo aditivo sem a ratificação do Poder

Legislativo; todavia, isso é reflexo de uma preocupação política, tendo em vista que o Prefeito eventualmente queira conferir maior legitimidade à decisão administrativa. Diante disso, não se pode confundir o atendimento de uma preocupação política com imposição legal. Na hipótese, entende-se que o possível condicionamento da assinatura do termo aditivo a uma lei ordinária municipal decorra de um desejo político, não de uma exigência da legislação. E, para o caso concreto, totalmente incompatível com as urgências estabelecidas pela Lei n. 14.026/2020.

Isso porque o Novo Marco Regulatório do Saneamento estabelece a obrigatoriedade da assinatura dos termos aditivos para a continuidade dos contratos de programa, nos termos dos artigos 10-B e 11-B, § 1º da Lei n. 11.445/2007 (alterado pela Lei n. 14.026/2020):

Art. 10-B. Os contratos em vigor, incluídos aditivos e renovações, autorizados nos termos desta Lei, bem como aqueles provenientes de licitação para prestação ou concessão dos serviços públicos de saneamento básico, estarão condicionados à comprovação da capacidade econômico-financeira da contratada, por recursos próprios ou por contratação de dívida, com vistas a viabilizar a universalização dos serviços na área licitada até 31 de dezembro de 2033, nos termos do § 2º do art. 11-B desta Lei. (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020)

Art. 11-B. Os contratos de prestação dos serviços públicos de saneamento básico deverão definir metas de universalização que garantam o atendimento de 99% (noventa e nove por cento) da população com água potável e de 90% (noventa por cento) da população com coleta e tratamento de esgotos até 31 de dezembro de 2033, assim como metas quantitativas de não intermitência do abastecimento, de redução de perdas e de melhoria dos processos de tratamento. (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020)
§ 1º Os contratos em vigor que não possuírem as metas de que trata o *caput* deste artigo terão até

31 de março de 2022 para viabilizar essa inclusão.
(Redação pela Lei nº 14.026, de 2020)

Atenta-se para a redação do artigo 10-B da Lei n. 11.445/2007: “Os contratos em vigor, incluídos aditivos e renovações, autorizados nos termos desta lei [...]”. O artigo 11-B, por seu turno, refere que “Os contratos em vigor que não possuem as metas de que trata o *caput* [...] terão até 31 de março de 2022 para viabilizar essa inclusão”. Dessa forma a Lei n. 14.026/2020 exige dos contratos de programa a incorporação das metas e impõe (um ato vinculado para a continuidade do contrato) a aditivação de tais instrumentos com a finalidade de deixá-los em conformidade às diretrizes da legislação⁸⁵², dentro do prazo previsto pelo § 1º do artigo 11-B da Lei n. 11.445/2007, qual seja, até 31 de março de 2022.

Ressalta-se que o prazo para o aditamento dos contratos de programa é exíguo a ponto de praticamente impossibilitar a negociação com o Poder Executivo Municipal (a obtenção da anuência) e esse com o Poder Legislativo Municipal⁸⁵³. Não se cogita que a Lei n. 14.026/2020, quando estipulou tal prazo, estivesse também

852 Esse também é o posicionamento do Exmo. Procurador do Estado do Rio Grande do Sul Dr. Juliano Heinen: “1) Pergunta: a renegociação dos contratos em vigor reclama a edição lei municipal autorizativa? Em outras palavras, para que se possa alterar os contratos, seja naquilo que a Lei n. 14.026/2020 obriga, seja naquilo que ela permite, é necessária a edição de lei municipal neste sentido? Entendemos que não, por conta de que há uma imposição de renegociação nos pontos relativos ao atingimento das metas de universalização e à prova de capacidade econômica para tal (cf. artigos 10-B e 11-B), bem como um permissivo para renegociar no artigo 14 da Lei Nacional do Saneamento Básico. Assim como a lei nacional em questão definiu que o município é o titular de tal serviço público — poderia não ter assim o feito —, é ela também quem define a forma e as condições desta prestação em última instância. Logo, as renegociações permitidas ou impostas possuem base na lei nacional, dispensando-se lei municipal específica em todas estas situações: 1-1) De um lado, os prefeitos deverão renegociar os contratos atuais que devem ser mantidos (cf. artigo 17) nos temas relativos à capacidade financeira das empresas e ao cumprimento das metas de universalização — e isso, como dito, não depende de autorização em lei local, porque a legalidade da atuação tem lastro na Lei n. 14.026/2020. Aliás, a adaptação dos contratos é atuação administrativa vinculada; [...]” HEINEN, Juliano. **Como Ficam ou Como Devem Ficar os Atuais Contratos de Saneamento Básico**. CONSULTOR JURÍDICO, em 29 de outubro de 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-out-29/heinen-atuais-contratos-saneamento-basico>>. Acesso em 20 de maio de 2021.

853 Circunstância agravada, como anteriormente destacado, com a superveniência do Decreto Federal n. 10.710/2021, cujo art. 10 estipulou a data final de apresentação →

exigindo do Poder Executivo a articulação com o Poder Legislativo para aprovação dos termos aditivos. Certamente, essa condição nunca foi cogitada pelo legislador.

Nesse sentido, importante a redação do inciso II do artigo 11 do Decreto Federal n. 10.710/2021, quando trata do requerimento de comprovação da capacidade econômico-financeira do contrato, requisito indispensável para a aditivação dos contratos, exige que:

art. 11. O prestador deverá apresentar o requerimento de comprovação de capacidade econômico-financeira acompanhado dos seguintes documentos:
[...]

II - minuta de termo aditivo que pretenda celebrar para incorporar ao contrato as metas de universalização, acompanhada de declaração de anuência do titular do serviço;

Conforme o aludido dispositivo, fala-se em “declaração de anuência do titular do serviço”, sem que haja menção à eventual autorização legislativa. Por outro lado, o Decreto Federal n. 10.710/2021, quando refere as companhias estaduais que estejam passando por procedimento de desestatização, requer expressamente a atuação do legislativa. Observa-se:

Art. 22. Caso sejam submetidas a processo de desestatização, empresas públicas ou sociedades de economia mista estaduais e distritais que prestem serviços públicos de abastecimento de água potável ou de esgotamento sanitário com base em contrato de programa celebrado nos termos do disposto na Lei nº 11.107, de 2005, terão sua capacidade econômico-financeira presumida, desde que atendidas as seguintes condições:
[...]

→ do requerimento de comprovação da capacidade econômico-financeira para 31 de dezembro de 2021.

II - autorização legislativa geral ou específica para a desestatização, até 31 de dezembro de 2022;

A menção ao artigo 22 do Decreto Federal n. 10.710/2021 é importante para reiterar: se a Lei n. 14.026/2020 pretendesse a submissão dos aditivos ao Poder Legislativo, tal comando estaria nela ou em algum decreto regulamentador expresso. Todavia, o que se extrai desse diploma legal é justamente o contrário, que houve a expressa autorização nacional para a realização dos termos aditivos aos contratos de programa, como forma de conformá-los às novas diretrizes regulatórias do setor.

Isso porque o Novo Marco Regulatório exige a atualização dos contratos de programa com a incorporação das metas de universalização e de eficiência, das cláusulas obrigatórias dos artigos 10-A e 11 da Lei n. 11.445/2007 (alterada pela Lei n. 14.026/2020), um ato administrativo vinculado para a continuidade do contrato, sob pena de torná-lo precário e irregular (art. 11-B, § 8º da Lei 11.445/2007⁸⁵⁴), dentro da data limite de 31 de março de 2022. Cuida-se da utilização da competência da União Federal de legislar em caráter geral sobre licitações, contratação e contratos administrativos⁸⁵⁵ (art. 22, inciso XXVII da Constituição Federal⁸⁵⁶) e de legislar sobre diretrizes de saneamento básico, na forma do artigo 21, inciso XX e artigo 23, inciso IX, ambos da Constituição Federal:

Art. 21. Compete à União:

[...]

-
- 854 11-B [...] § 8º Os contratos provisórios não formalizados e os vigentes prorrogados em desconformidade com os regramentos estabelecidos nesta Lei serão considerados irregulares e precários. (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020)
- 855 “[...] Ao direito estadual (ou municipal) somente será legítimo inovar neste particular se tiver como objetivo estabelecer condições específicas, nomeadamente quando relacionadas a uma classe de objetos a serem contratados ou a peculiares circunstâncias de interesse local.” (ADI 3735, Relator(a): TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 08/09/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-168 DIVULG 31-07-2017 PUBLIC 01-08-2017)
- 856 Art. 22 [...] XXVII - normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

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

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

[...]

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

Assim, a autorização legislativa atribuída pela Câmara de Vereadores – que sempre foi desnecessária – para a formalização específica do contrato de programa foi suprida pela autorização nacional para a realização do termo aditivo. Aliás, sempre importante reforçar: sequer fala-se em autorização, mas em verdadeira imposição da Lei n. 14.026/2020, tendo em vista que o contrato de programa só será considerado regular se cumprir com tal requisito.

Reunindo-se as considerações traçadas: *i)* o contrato de programa, em si, prescinde de ratificação legislativa, o que depende de atuação do Poder Legislativo é o convênio de cooperação ou o consórcio público no qual amparado o instrumento contratual; *ii)* a Lei n. 11.107/2005 não condiciona a alteração do contrato de programa à autorização pelo Poder Legislativo; *iii)* mesmo que se cogitasse a necessidade de lei para alteração do contrato de programa, o permissivo legal reside na própria Lei n. 14.026/2020, de caráter nacional.

Em síntese, em momento algum a Lei n. 11.107/2005 (Lei dos Consórcios Públicos) condiciona a celebração do contrato de programa a uma autorização legislativa específica; exige-se, isso sim, a aprovação do Poder Legislativo para o acordo interfederativo no qual o contrato de programa esteja amparado. Assim, restaria o questionamento se a Lei n. 14.026/2020 dispôs ou não sobre tal obrigação. Todavia, como explicado, em sentido análogo ao da Lei n. 11.107/2005, não existe tal exigência no Novo Marco Regulatório, tampouco nos seus decretos regulamentares. Lembrando que o espaço para definir sobre a obrigatoriedade ou não da aprovação do Poder Legislativo seria no Decreto Federal n. 10.710/2021, no procedimento para a comprovação da capacidade econômico-financeira da companhia; todavia, o decreto regulamentar não o fez, o que

corroborar o entendimento sobre a não exigência de ratificação do termo aditivo por lei específica.

Assim, sustenta-se a desnecessidade de autorização legislativa específica do futuro termo aditivo de incorporação das metas elencadas pela Lei 14.026/2020.

4. O Impacto da Prestação Regionalizada sobre as Companhias Estaduais

Tradicionalmente, a semântica do termo “regionalização” esteve atrelada à atuação das companhias estaduais no setor de saneamento. Isso decorreu, em primeiro lugar, de uma descrição da realidade: era fato que a prestação regional do serviço (com vistas ao ganho de escala e de viabilidade econômico-financeira) estava sob os cuidados dos Estados-membros⁸⁵⁷, por meio de suas sociedades de economia mista, integrantes da Administração Indireta. Nessa esteira, a Lei n. 11.445/2007 - então denominada de Marco Legal do Saneamento - formalizou tal entendimento, em sua redação original, a partir do artigo 3º, inciso VI, segundo o qual:

Art. 3º Para os efeitos desta Lei, considera-se:
VI - prestação regionalizada: aquela em que um único prestador atende a 2 (dois) ou mais titulares;

O setor do saneamento, à época da entrada em vigor da Lei, ainda convivia, sem horizontes claros de modificação, com o modelo PLANASA de prestação de serviços: de concentração da operação nas companhias estaduais, em diversos municípios, como forma de ganhos de escala e de atribuição de viabilidade econômico-financeira. Em termos práticos, ao conceituar prestação regionalizada, o dispositivo consolidou o entendimento de que tal modalidade de operação dos serviços estava, sobretudo, atrelada às companhias estaduais, muito embora a norma não especificasse a natureza do operador - se privado ou público. Por isso, pode-se dizer que a prestação

857 Importante esclarecer: a operação do serviço esteve concentrada no Estado-membro por meio de sua entidade da Administração Indireta. Isso não significou, porém, transição de titularidade dos Municípios para o Estado-membro.

regionalizada, por muito tempo, teve uma semântica ligada à operação pública.

Todavia, o Novo Marco Regulatório do Saneamento Básico revogou a redação original do inciso VI do artigo 3º, passando a incorporar o seguinte conceito de prestação regionalizada:

Art. 3º Para fins do disposto nesta Lei, considera-se:
(Redação pela Lei nº 14.026, de 2020)

[...]

VI - prestação regionalizada: modalidade de prestação integrada de um ou mais componentes dos serviços públicos de saneamento básico em determinada região cujo território abranja mais de um Município, podendo ser estruturada em: (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020)

a) região metropolitana, aglomeração urbana ou microrregião: unidade instituída pelos Estados mediante lei complementar, de acordo com o § 3º do art. 25 da Constituição Federal, composta de agrupamento de Municípios limítrofes e instituída nos termos da Lei nº 13.089, de 12 de janeiro de 2015 (Estatuto da Metrópole); (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020)

b) unidade regional de saneamento básico: unidade instituída pelos Estados mediante lei ordinária, constituída pelo agrupamento de Municípios não necessariamente limítrofes, para atender adequadamente às exigências de higiene e saúde pública, ou para dar viabilidade econômica e técnica aos Municípios menos favorecidos; (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020)

c) bloco de referência: agrupamento de Municípios não necessariamente limítrofes, estabelecido pela União nos termos do § 3º do art. 52 desta Lei e formalmente criado por meio de gestão associada voluntária dos titulares; (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020)

Dessa forma, prestação regional é o agrupamento de territórios que abrangem mais de um município com a finalidade de operação dos serviços de saneamento, estruturados com base em: regiões metropolitanas, aglomerações urbanas, microrregiões, unidades regionais e blocos de referência. A diferenciação específica de cada uma das modalidades de regionalização foi discriminada anteriormente nesse trabalho. O ponto importante é que, com a alteração promovida pela Lei n. 14.026/2020, a prestação regionalizada do serviço pressupõe a incorporação/adesão (obrigatória ou compulsória) dos municípios a uma das estruturas regionais. Assim, não mais se considera prestação regionalizada a operação dos serviços, nos moldes do PLANASA, pelas companhias estaduais. Trata-se de uma mudança de paradigma: a semântica do termo regionalização deixa de significar, na prática, operação pública.

Diante disso, pode-se questionar: se a regionalização não mais caracteriza, na prática, operação pública do Estado-membro por meio das companhias estaduais, qual seria a semântica imposta pela nova lei? Responde-se: passa a ter o significado, sobretudo, de operação privada, ao menos essa é a aparente tendência. Explica-se: o Novo Marco Regulatório do Saneamento Básico, em vários tópicos abordados no decorrer desse trabalho, demonstra o seu intento em substituir o predomínio da operação pública pela maior atuação do setor privado; no tema da regionalização não seria diferente. Com a impossibilidade de renovação e assinatura de novos contratos de programa entre titular do serviço (em regra, o Município) e as companhias estaduais, bem como a obrigatoriedade de organização de um procedimento licitatório para a transferência dos serviços, instaura-se ambiente oposto aos interesses de continuidade da operação pública nos atuais moldes. Nessa esteira, têm-se as estruturas de regionalização como pressupostos (práticos, não jurídicos⁸⁵⁸) de procedimentos licitatórios, conforme será mais bem delineado no decorrer desta subseção.

858 Não se pretende dizer que as estruturas regionais sejam pressupostos *sine qua non* de procedimentos licitatórios (porque não o são); todavia, o desenho ideal é o seguinte: na prática, estrutura-se um território com viabilidade econômico-financeira, dentro das diretrizes legais, para oferecer ao mercado por meio de uma licitação - uma concessão regionalizada.

Como destacado, a regionalização da prestação dos serviços, em linhas gerais, tem a finalidade de garantir ganhos de escala e de possibilitar a viabilidade econômico-financeira⁸⁵⁹ em municípios que, isoladamente, teriam dificuldades de expandir e disponibilizar a infraestrutura necessária para atingimento das metas de universalização dispostas pela Lei n. 14.026/2020. Os fatores de ganho de escala e de melhor viabilidade econômico-financeira da prestação regionalizada, em tese, assegurariam a manutenção do subsídio cruzado na estrutura regionalizada, cujo ponto de equilíbrio tarifário decorreria da futura competição no processo licitatório. Há, ainda, dois outros aspectos atrativos: a dilatação do prazo para o cumprimento das metas de universalização e a previsão de recursos da União Federal para a expansão da infraestrutura. Daí o instrumento da regionalização, sob a perspectiva dos titulares de serviço, mostra-se pragmaticamente interessante para a satisfação dos propósitos do Novo Marco Regulatório do Saneamento Básico. Por isso, existe total concordância em relação ao uso qualificado que se pode fazer dessa ferramenta, o que justifica o fato de muitos Estados-membros estarem avançados na confecção artesanal de sua proposta de regionalização (unidades regionais), construindo escalas novas, outro desenho para as regiões (na perspectiva das bacias, por exemplo), como conteúdo fundamental para um projeto de lei cuja aprovação, em um cenário ideal, deveria ter ocorrido até o dia 16 de julho de 2021. O Amapá, o Mato Grosso do Sul e o Rio de Janeiro já efetivaram as suas regionalizações. Rondônia, Paraná, São Paulo, Espírito Santo, Bahia, Alagoas, Pernambuco, Paraíba, Rio Grande do Norte e Ceará já conseguiram aprovar as novas leis propondo os seus desenhos de regionalização – apenas para exemplificar. De outro lado, em diversos estados, o debate ainda está em desenvolvimento.

Diante disso, em razão da almejada transição de modelos de prestação de serviços (de contratos de programa para contratos de concessão) proposta pela Lei n. 14.026/2020, questiona-se de

859 Nos termos do Decreto Federal n. 10.588, de 24 de dezembro de 2020: Art. 2º A prestação regionalizada de serviços de saneamento visa à geração de ganhos de escala e à garantia da universalização e da viabilidade técnica e econômico-financeira dos serviços, com uniformização do planejamento, da regulação e da fiscalização.

que modo a regionalização impactará a base de contratos de programa remanescente e, de forma geral, as companhias estaduais do setor. Para compreensão do tema, é preciso diferenciar dois momentos: com a publicação da Lei n. 14.026/2020, haverá, como dito, um período de transição do modelo de prestação dos serviços – que poderá coincidir com o prazo remanescente dos contratos de programa vigentes (momento 1) – e um período após o advento do termo contratual desses (momento 2).

A ideia de transição é extraída da leitura conjunta do artigo 10 da Lei n. 11.445/2007 e do artigo 17 da Lei n. 14.026/2020. Observa-se os referidos dispositivos:

Art. 10. A prestação dos serviços públicos de saneamento básico por entidade que não integre a administração do titular depende da celebração de contrato de concessão, mediante prévia licitação, nos termos do art. 175 da Constituição Federal, vedada a sua disciplina mediante contrato de programa, convênio, termo de parceria ou outros instrumentos de natureza precária.

[...]

§ 3º Os contratos de programa regulares vigentes permanecem em vigor até o advento do seu termo contratual.

Art. 17. Os contratos de concessão e os contratos de programa para prestação dos serviços públicos de saneamento básico existentes na data de publicação desta Lei permanecerão em vigor até o advento do seu termo contratual.

Conforme depreende-se dos dispositivos acima transcritos, o Novo Marco Regulatório do Saneamento Básico estabelece, na delegação da prestação dos serviços, a obrigatoriedade da adoção do modelo competitivo, por meio de procedimento licitatório, vedando-se a utilização de “instrumentos de natureza precária” ou mesmo da conhecida figura do contrato de programa. A regra, contudo, e isso está muito claro, não afeta os contratos de programa vigentes, os quais serão mantidos até o advento do seu termo contratual. A lei,

no ideal de um processo acelerado de universalização, exige como contrapartida a aditivação, até 31 de março de 2022⁸⁶⁰, dos contratos de programa vigentes para que esses incorporem as metas de 90% da população coberta pela disponibilização de serviços de esgoto, e de 99% da população coberta pela disponibilização de serviços de abastecimento de água, assim como as metas quantitativas de não intermitência do abastecimento, de redução de perdas e de melhoria dos processos de tratamento. A necessidade de adequar o conteúdo atual dos contratos de programas com as exigências principais do Novo Marco Legal do Saneamento é um trabalho obrigatório, de prazo muito restrito, imposto para todas as companhias estaduais e titulares dos serviços, na medida em que surge como condição necessária para a preservação dessa base atual de operações, como frisou-se antes.

Em razão disso, identifica-se que, no período entre a publicação da Lei n. 14.026/2020 e o termo do contrato de programa vigente aditivado (momento 1), haverá modalidade de prestação dos serviços com regime peculiar, que abarcará características do modelo de gestão associada e do modelo de concessão – conforme sustentado no decorrer desse trabalho. Importa ressaltar que a compreensão do impacto da regionalização sobre os contratos de programa e as companhias estaduais carrega as incertezas inerentes ao modelo de transição da prestação dos serviços.

Por certo, planejou-se com o Novo Marco Regulatório do Saneamento Básico a divisão dos municípios em regiões para ganhos de escala, facilidade na imposição de padrões regulatórios e viabilidade econômico-financeira, como dito anteriormente. Não apenas isso, ao estabelecer-se claramente a obrigatoriedade da delegação por meio de concessão ou Parcerias Público-Privadas (art. 10 da Lei Federal n. 14.026/2020), elegeu-se a regionalização como

860 Art. 11-B. Os contratos de prestação dos serviços públicos de saneamento básico deverão definir metas de universalização que garantam o atendimento de 99% (noventa e nove por cento) da população com água potável e de 90% (noventa por cento) da população com coleta e tratamento de esgotos até 31 de dezembro de 2033, assim como metas quantitativas de não intermitência do abastecimento, de redução de perdas e de melhoria dos processos de tratamento.
§ 1º Os contratos em vigor que não possuírem as metas de que trata o *caput* deste artigo terão até 31 de março de 2022 para viabilizar essa inclusão.

ponto inicial de um futuro procedimento licitatório. Dessa forma, organiza-se uma estrutura regional para ganhos de atratividade de mercado: se a região de saneamento básico apresenta viabilidade econômico-financeira, mais facilmente atinge-se o interesse do investidor privado, que terá maiores certezas sobre sustentação do negócio. É, inclusive, a lógica adotada para as recentes modelagens estruturadas pelo BNDES, algumas, diga-se de passagem, recentemente licitadas, como em Alagoas, no Espírito Santo e no Rio de Janeiro, em razão de estudos que começaram antes da aprovação do Novo Marco Legal do Saneamento.

Obviamente, as companhias estaduais podem consorciar-se com empresas privadas, ou mesmo sozinhas, colocar-se como *players* relevantes para disputar esses novos contratos de concessão. Na perspectiva das companhias estaduais, isso é claro, o Novo Marco não oferece um ambiente amistoso. O pensamento inicial é estruturar regiões de saneamento básico que conjuguem localidades superavitárias e outras deficitárias, criando-se um subsídio cruzado dentro do contrato de concessão; não mais como no modelo anterior, de um subsídio cruzado entre vários contratos de programa, muitas vezes abrangendo a maior parte do território no Estado-membro. Desenvolvendo-se a ideia, o Estado-membro ou a União Federal seriam os responsáveis pela identificação das necessidades de cada localidade, para a organização de estruturas regionais que se mostrassem viáveis financeiramente e que atendessem de forma integral às metas de universalização dentro dos prazos previstos em lei. Por conseguinte, os municípios deficitários e com menor potencial de investimento seriam os mais beneficiados, sem que houvesse a perda da atratividade de mercado, porquanto sustentados pelos municípios superavitários. Assim, o mote do Novo Marco Regulatório é de “regionalizar para licitar”, o que fica reforçado pelo veto presidencial consolidado em relação à possibilidade de extensão dos contratos de programa para além do que hoje existe (o já abordado veto ao art. 16 da Lei n. 14.026/2020). A intenção de alongar por muito mais tempo o modelo PLANASA, que estava contemplada na redação original, diante da movimentação inesperada do Presidente da República, determinou para a lei nova uma outra direção, menos aderente aos interesses das companhias estaduais.

Todavia, a solução pensada não contempla todas as circunstâncias do complexo setor do saneamento básico. O caráter contínuo

do serviço público, a necessidade de preservação do ato jurídico perfeito (dos contratos de programa vigentes) e de manutenção temporária de escala para viabilidade econômico-financeira exigiu o estabelecimento do regime de transição, em que os contratos de programa – devidamente aditivados – continuarão a surtir efeitos até os seus respectivos termos contratuais. Em face disso, é preciso compreender o papel da regionalização no regime de transição, ou seja, de que forma os contratos de programa relacionam-se às unidades regionais e aos blocos de referência.

Nessa esteira, pode-se suscitar algumas dúvidas, tais como:

i) O Estado-membro ou a União Federal poderão formar, respectivamente, unidade regional ou bloco de referência para, então, celebrar contratos de programa com a companhia estadual para prestação regionalizada do serviço?

A lógica extraída tanto do artigo 13 da Lei n. 14.026/2020 quanto do teor do Decreto Federal n. 10.588/2020 é de que, como dito anteriormente, a formação da unidade regional e do bloco de referência são pressupostos para uma posterior licitação, ou seja, a ideia predominante é, insiste-se, “regionalizar para licitar”. Isso porque, o artigo 10 da Lei n. 11.445/2007 veda a formalização da prestação de serviços por meio de novo contrato de programa⁸⁶¹, necessitando-se sempre de um contrato de concessão depois de processo licitatório.

Assim, afirma-se que não há a possibilidade legal de formação de uma unidade regional ou bloco de referência para a celebração de um contrato de programa com a finalidade de prestação de serviços de forma regionalizada. Reitera-se que a hipótese suscitada configuraria a formalização de um novo contrato de programa, o que é vedado pela Lei n. 14.026/2020. Portanto, as unidades regionais e os blocos de referência serão desenhados, respectivamente, pelos Estados-membros e pela União Federal para o desencadeamento de um procedimento licitatório e para a assinatura de contrato de

861 No mesmo sentido é a previsão da Lei 11.107/2005:
Art. 13 [...]

§ 8º Os contratos de prestação de serviços públicos de saneamento básico deverão observar o art. 175 da Constituição Federal, vedada a formalização de novos contratos de programa para esse fim. (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020)

concessão, via de regra. E assim tem funcionado na prática, a partir das modelagens oferecidas ao mercado depois do trabalho desenvolvido pelo BNDES, antecipando a linha de interpretação razoável para a Lei n. 14.026/2020.

O ponto importante é que a formalização de unidades regionais e de blocos de referência não significa transição de titularidade: nessas hipóteses de regionalização, de adesão voluntária pelo titular dos serviços⁸⁶², a titularidade dos serviços remanesce, em regra, com os municípios. Esclarece-se o tema porque, no momento de internalização da lei, houve muitas discussões entre as companhias estaduais, inclusive sobre a eventual possibilidade dessa espécie de transição de titularidade dos Municípios aos Estados-membros no momento da estruturação da unidade regional por meio de lei estadual ordinária⁸⁶³. Na realidade, cuida-se de uma confusão com os institutos da Região Metropolitana, da Aglomeração Urbana e da Micorregião

-
- 862 A voluntariedade da adesão às unidades regionais e aos blocos de referência foi reforçada pelo Decreto Federal 10.588/2020. Veja-se: Art. 2º [...] § 1º Para fins de alocação de recursos públicos federais e de financiamentos com recursos da União, ou com recursos geridos ou operados por órgãos ou entidades da União, será considerada cumprida a exigência de prestação regionalizada: [...] II - na hipótese de unidade regional de saneamento básico, com a declaração formal, firmada pelo Prefeito, de adesão aos termos de governança estabelecidos na lei ordinária; ou III - na hipótese de bloco de referência, com a assinatura de convênio de cooperação ou com a aprovação de consórcio público pelo ente federativo. [...] § 5º É facultativa a adesão dos titulares dos serviços públicos de saneamento básico de interesse local às estruturas das formas de prestação regionalizada.
- 863 “Eu tenho ouvido: ah, não, os Estados podem criar Unidades Regionais e, como representantes dessas unidades, podem celebrar contratos de programa sem licitação. [...] Só queria dizer, assim, me parece que isso é completamente contrário ao que está previsto no marco legal de saneamento, expressamente contrário. E tem uma confusão aqui que não se pode fazer entre titularidade e representação. Nesses mecanismos de regionalização, numa unidade regional, o Estado pode ser o representante da unidade regional, mas ele não é o titular do serviço. Como ele não é o titular do serviço, o que o marco legal diz é que o titular do serviço celebre, se ele controlar uma estatal, um contrato de programa com uma estatal. Portanto, no caso das unidades os Estados não são os titulares dos serviços, podem ser representantes a depender da governança da unidade regional [...], enquanto representante não poderá celebrar contrato de programa com a sua estatal, vai ser preciso fazer uma licitação”. PORTUGAL, Maurício. **Regionalização: Segurança Jurídica e Viabilidade Econômico-Financeira**. Youtube, 03 de março de 2021. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=X85OrOwWhMU&feature=youtu.be>>. Acesso em 10 de março de 2021.

(este bastante utilizando no Brasil, como por exemplo, no Ceará, em Goiás, na Bahia, na Paraíba, no Paraná, Rio Grande do Norte e Pernambuco), cujo posicionamento do Supremo Tribunal Federal na ADI n. 1842/RJ foi de que existe uma transição, nessas hipóteses, de interesse local para interesse comum de forma compulsória⁸⁶⁴. Ainda assim, a Suprema Corte, na oportunidade, sustentou que o interesse comum não implica a concentração do poder decisório e do poder concedente em um único ente federativo⁸⁶⁵, especialmente porque haveria a necessidade de organização de um colegiado entre municípios e Estado-membro, de modo que “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”⁸⁶⁶. Por isso, considera-se que nem mesmo nos institutos de adesão compulsória seria possível contornar a regra do artigo 10 da Lei n. 11.445/2007 (alterada pela Lei n. 14.026/2020), tendo em vista que não há propriamente uma troca de titularidade entre município e Estado-membro, mas, sim, um compartilhamento da titularidade⁸⁶⁷. A sobreposição de tal

864 “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”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI n. 1.842/RJ**. Relator: Ministro Luiz Fux. Redator: Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Brasília/DF. Data da Publicação: 16/09/2013. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630026>>. Acesso em 20 de maio de 2021.

865 “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”. *Ibidem*.

866 *Ibidem*.

867 Há muita confusão sobre o tema da titularidade nas estruturas regionalizadas de adesão compulsória. Por certo, não existe uma abdicação da titularidade pelo município, tampouco transição de titularidade para o Estado-membro; há, na realidade, um exercício compartilhado da titularidade por meio do colegiado. Ao menos é isso que pode ser extraído dos pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal até o momento.

discussão sequer faz sentido no bloco de referência, porque nesse caso a União Federal apenas assume a incumbência técnica de modelar a regionalização de forma subsidiária ao Estado-membro, e os Municípios formalizariam, em uma situação ideal, um instrumento de gestão associada para adesão ao bloco.

Portanto, as unidades regionais e os blocos de referência não serão mecanismos indiretos para a burla à regra do artigo 10 da Lei n. 11.445/2007. A conclusão a partir da leitura da Lei n. 14.026/2020 e do Decreto Federal n. 10.588/2020 é de que os instrumentos regionais de adesão voluntária são, sobretudo, desenhos técnicos de territórios intermunicipais que apresentem viabilidade econômico-financeira para uma futura concessão.

ii) Poderá o contrato de programa vigente integrar uma unidade regional ou bloco de referência?

Em um primeiro momento, enquanto a regulamentação da Lei n. 14.026/2020 estava em uma etapa ainda muito embrionária, havia mais incertezas sobre a possibilidade de incorporação de contratos de programa regulares e em vigor (da regra de transição do § 3º do art. 10 da Lei n. 11.445/2007) às estruturas do artigo 3º da Lei n. 11.445/2007. Isso porque, como destacado, tudo indicava que os instrumentos de regionalização seriam modelados para a realização de uma concessão regional.

Ocorre que, com a superveniência do Decreto Federal n. 10.588/2020, a utilização das estruturas de regionalização foi mais bem delineada, muito embora ainda registre-se a crítica sobre a redação do regulamento e a omissão desse em vários pontos, os quais parecem ter sido deixados para a experiência prática. Com base nesse diploma legal, permitiu-se expressamente a integração dos consórcios públicos e da gestão associada decorrente de acordo de cooperação para abastecimento de água e esgotamento sanitário existentes, na forma do seu art. 2º, § 3º⁸⁶⁸, às unidades regionais e aos blocos de referência. Reitera-se que o contrato de

868 Art. 2º [...]

§ 2 Os consórcios públicos para abastecimento de água e esgotamento sanitário existentes, na forma prevista na Lei nº 11.107, de 6 de abril de 2005, e a gestão associada decorrente de acordo de cooperação poderão ser reconhecidos como unidades regionais ou blocos de referência, desde que não abranjam Municípios integrantes de regiões metropolitanas e que não prejudiquem a viabilidade →

programa é o instrumento de transferência de serviços públicos previsto justamente em um consórcio público ou em um acordo/convênio de cooperação. A única ressalva prevista no decreto é de que tais acordos interfederativos não prejudiquem a viabilidade econômico-financeira da parcela residual de municípios – ou seja, do território não contemplado por tais instrumentos pré-existentes à Lei 14.026/2020. Contudo, o prejuízo para a viabilidade econômico-financeira parece ser tema de decisão discricionária, por exemplo, dos Estados-membros e da União Federal quando desenharem, respectivamente, as unidades regionais e os blocos de referência, pendente, claro, da adesão dos municípios.

Nesse aspecto, o projeto de lei de regionalização do Estado de São Paulo constituiu 4 (quatro) unidades regionais, uma delas com todos os 370 municípios que têm contratos com a SABESP, a companhia estadual. Assim, existe, inclusive, a movimentação de alguns Estados-membros, de forma isolada, para a inclusão dos contratos de programa às unidades regionais, desde que se confirmem regulares e em vigor após o procedimento de comprovação da capacidade econômico-financeira e a aditivação prevista pelos artigos. 10-B e 11-B, § 1º da Lei n. 11.445/2007.

Dessa forma, a incorporação dos contratos de programa às unidades regionais e aos blocos de referência aparentemente não será um ponto de conflito na aplicabilidade do Novo Marco Regulatório do Saneamento. O tema que ainda causa dúvidas é a da sobreposição das estruturas regionais de adesão compulsória aos contratos de programa, quais sejam, a Região Metropolitana, a Aglomeração Urbana e a Microrregião. O posicionamento do STF na ADI n. 1842/RJ foi abordado nesse trabalho em mais de uma oportunidade, do qual extrai-se a transição obrigatória do interesse local (da titularidade exclusivamente local) para o interesse comum (titularidade exercida forma compartilhada, por meio do colegiado da estrutura regional). O problema reside nas decisões internas dessas estruturas, se, a título exemplificativo, a eventual alteração do modelo de prestação do serviço pelo colegiado seria impositivo aos modelos

→ econômico-financeira da universalização e da regionalização da parcela residual de Municípios do Estado.

de prestação pré-existentes. Desenvolvendo-se o raciocínio, haveria a possibilidade de supressão de um contrato de programa quando o colegiado (Estado-membro e municípios), no exercício do interesse comum, optasse por outro modelo – como o indireto, por delegação? Ao que tudo indica, a resposta é que a decisão, no interesse comum, seria compulsória a todos os integrantes da estrutura de regionalização⁸⁶⁹.

Faz-se tal questionamento porque o procedimento de modelagem das estruturas compulsórias (região metropolitana, aglomeração urbana e microrregião) é diverso daquele previsto para as estruturas de adesão voluntária (unidades regionais e blocos de referência). Nas unidades regionais e nos blocos de referência, a identificação da modalidade de prestação pode ser prévia, no momento da redação da lei ou do decreto, o que possibilita a conjugação dos contratos de programa em uma única estrutura regionalizada – como no Estado de São Paulo. Ademais disso, a adesão é voluntária e, idealmente, a modalidade de prestação, o monitoramento, os dilemas tarifários e regulatórios, ao menos em parte, estariam contemplados por meio de diretrizes da lei (no caso de unidades regionais) ou do protocolo de intenções do consórcio público (na hipótese de bloco de referência). Nas estruturas compulsórias, o território é definido por critérios materiais, especialmente o compartilhamento de instalações operacionais do serviço. Assim, em que pese não haja a proibição da existência de mais de um operador dos serviços na mesma estrutura de regionalização, talvez tal problemática de compatibilização de prestadores de serviço seja um ponto de conflito, em mensuração de desempenho, assunção de responsabilidades e distribuição proporcional de metas. O tema, contudo, não foi bem regulamentado pelo Novo Marco Regulatório, tampouco pelo Decreto Federal n. 10.588/2020, deixando-se a resolução para a conformação futura da experiência concreta às diretrizes legais.

Destarte, é possível afirmar com segurança, a partir da interpretação da Lei n. 14.026/2020 e regulamentos, que os contratos de programa poderão integrar as estruturas de regionalização.

869 Dentro dessa lógica, pode-se questionar também a possibilidade de substituição da modalidade de prestação direta (autárquica, fundacional ou de empresa pública municipal) em decorrência da decisão do colegiado.

O ponto de conflito remanescente, por sua vez, relaciona-se à forma de compatibilização de diferentes operadores de serviço dentro do mesmo instrumento regional, especialmente para as estruturas de adesão compulsória.

iii) quais desafios são impostos às companhias estaduais em decorrência da regionalização dos serviços?

Em um primeiro momento, aventou-se a possibilidade de que a regionalização seria empregada em um momento posterior à definição do espaço das companhias estaduais na continuidade dos serviços, especialmente pela incerteza da possibilidade de inclusão dos contratos de programa nesse mecanismo (por ausência de previsão legal expressa), do resultado dos termos aditivos e da comprovação da capacidade econômico-financeira. Com a superveniência do Decreto Federal 10.588/2020, como anteriormente explicado, a hipótese foi parcialmente afastada, ainda com algumas ressalvas, como será explicado.

Dentro do pensamento inicial, o contrato de programa, pelo menos até a assinatura dos termos aditivos, não se conectaria com o tema da regionalização. A interpretação final do Novo Marco ainda dependeria da ação normativa do regulador nacional, por meio de suas normas de referência, do seu nível de acatamento pelas entidades subnacionais, além das manifestações dos órgãos de controle, o que inclui o Poder Judiciário.

Aprofundando-se no raciocínio, pensava-se que a legislação desenharia um cenário em que regionalização e os contratos de programa estariam em lados opostos. Nesse sentido, ou determinado município buscava incluir-se em uma unidade regional, bloco de referência ou manteria o contrato de programa vigente até o seu respectivo termo. A partir desse entendimento, os municípios que integrassem as unidades regionais/blocos de referência seriam aqueles que teriam deixado de lado os contratos de programa ou os residuais, que já não os tinham.

Esse pensamento esteve atrelado aos seguintes pilares:

a) Até o Decreto Federal n. 10.588/2020, e os seus impactos nas discussões concretas sobre regionalização, travadas entre Poder Executivo e Poder Legislativo dos Estados-membros, não havia previsão expressa sobre a incorporação dos contratos de programa às estruturas regionais, tampouco um debate público minimamente consolidado sobre o assunto.

b) Ao que tudo indicava, e esse entendimento não está completamente superado, a regionalização seria um instrumento de modelagem econômico-financeira para a realização de concessões regionalizadas. Por isso, pensou-se que o processo de regionalização aguardaria o resultado dos requerimentos de comprovação de capacidade econômico-financeira e a realização (ou não) dos termos aditivos, com anuência dos titulares, para definir os Municípios com contrato de programa e os residuais, sem os contratos de programa – justamente o resultado da barreira econômica prevista pelo artigo 10-B da Lei n. 11.445/2007. Assim, com a definição dos residuais, far-se-ia uma modelagem, com base na viabilidade econômico-financeira entre Municípios superavitários e deficitários, para ofertá-los ao mercado, por meio de procedimento licitatório.

c) Tendo-se a licitação como finalidade aos instrumentos de regionalização, os contratos de programa pré-existentes ao modelo de concessão da Lei n. 14.026/2020, em certa medida, competiriam com os titulares do serviço pela continuidade dos serviços em face da opção desses por aderirem às concessões regionais, desde que, claro, fossem respeitadas as diretrizes legais nesse procedimento – como a indenização das companhias pelos bens reversíveis não amortizados.

Fato é que a Lei n. 14.026/2020 tem mostrado-se um diploma legal de interpretação móvel, porque - e essa foi a intenção do Novo Marco - depende de complementação regulamentar, bem como de atuação da agência nacional (ANA) para que os seus dispositivos ganhem significado diante dos dilemas práticos. As incertezas sobre o tema da regionalização decorreram também da omissão legal. A tese suscitada de que a regionalização, na prática, seria deixada para depois dos aditamentos das companhias estaduais foi definitivamente superada com o Decreto Federal n. 10.710/2021, a respeito dos critérios para comprovação da capacidade econômico-financeira, que foi redigido com muito atraso pelo Governo Federal. Dele, extrai-se a possibilidade de comprovar o requisito por meio de estrutura regionalizada, atendendo-se os parâmetros do artigo 9º do aludido decreto⁸⁷⁰, por exemplo, o que revela a pretensão de

870 Art. 9º A comprovação a que se refere o inciso I do *caput* do art. 6º poderá, em caráter excepcional, ser realizada por estrutura de prestação regionalizada, desde que: →

que os mecanismos de regionalização sejam estruturados desde logo. Ao mesmo tempo, observa-se o debate bastante avançado em vários Estados-membros antes mesmo do início do prazo para que a União Federal, de modo subsidiário, realize os desenhos de blocos de referência.

Com base nos atuais indicativos, as companhias estaduais – que sofreram muitos revezes desde a aprovação da Lei n. 14.026/2020 – não foram totalmente excluídas do debate, tal qual pensava-se inicialmente. Na realidade, para alguns casos isolados e desde que haja o cumprimento do artigo 10-B e do artigo 11-B da Lei n. 11.445/2007, a adesão dos contratos de programa às formas regionalizadas de prestação dos serviços talvez signifique uma forma de revigorar o modelo PLANASA, para que tenha viabilidade econômico-financeira até o advento do termo contratual desses instrumentos em vigor anteriormente ao Novo Marco Legal, em decorrência da possibilidade de dilação do prazo para cumprimento das metas de universalização⁸⁷¹ e da manutenção formal do subsídio cruzado.

Evidentemente, como destacado quando falou-se sobre a possibilidade dos contratos de programa aderirem às estruturas de

→ I - exista prévia definição das estruturas de prestação regionalizada de que trata o inciso VI do *caput* do art. 3º da Lei nº 11.445, de 2007, que assegure a viabilidade técnica e econômico-financeira para a universalização dos serviços públicos de abastecimento de água potável ou de esgotamento sanitário em todo o Estado ou Distrito Federal;

II - o prestador detenha contratos que possam ser agrupados de modo a atender a todos os Municípios da estrutura de prestação regionalizada correspondente;

III - o prestador assuma a obrigação de constituir sociedade de propósito específico para o atendimento da estrutura de prestação regionalizada que explorará; e

IV - o fluxo de caixa global de cada estrutura de prestação regionalizada tenha valor presente líquido igual ou superior a zero.

871 Art. 11-B. Os contratos de prestação dos serviços públicos de saneamento básico deverão definir metas de universalização que garantam o atendimento de 99% (noventa e nove por cento) da população com água potável e de 90% (noventa por cento) da população com coleta e tratamento de esgotos até 31 de dezembro de 2033, assim como metas quantitativas de não intermitência do abastecimento, de redução de perdas e de melhoria dos processos de tratamento. (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020)

§ 9º Quando os estudos para a licitação da prestação regionalizada apontarem para a inviabilidade econômico-financeira da universalização na data referida no *caput* deste artigo, mesmo após o agrupamento de Municípios de diferentes portes, fica permitida a dilação do prazo, desde que não ultrapasse 1º de janeiro de 2040 e haja anuência prévia da agência reguladora, que, em sua análise, deverá observar o princípio da modicidade tarifária. (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020)

regionalização, haverá incertezas sobre a compatibilidade de contratos e de diferentes operadores, especialmente nos instrumentos regionais de adesão compulsória. Além disso, a própria modelagem das unidades regionais – como ocorreu no Estado de São Paulo, com a inclusão dos 370 Municípios que contrataram com a SABESP em uma única unidade regional – talvez sofra com a falta de adesão dos Municípios e com a eventual não anuência desses aos termos aditivos aos contratos de programa.

De qualquer forma, são levantadas algumas considerações sobre o tema: *i)* as unidades regionais e os blocos de referência não serão mecanismos indiretos para a burla à regra do artigo 10 da Lei n. 11.445/2007; *ii)* é possível afirmar com segurança, a partir da interpretação da Lei n. 14.026/2020 e regulamentos, que os contratos de programa poderão integrar as estruturas de regionalização; e *iii)* O ponto de conflito remanescente, por sua vez, relaciona-se à forma de compatibilização de diferentes operadores de serviço dentro do mesmo instrumento regional, especialmente para as estruturas de adesão compulsória.

5. Do Processo de Desestatização das Companhias Estaduais

5.1 Abertura de Capital das Companhias Estaduais com Reserva de Controle Público

Criada na década de 1970 por meio da Lei Estadual n. 119/1973, a Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo (SABESP) consistiu na fusão de diversas empresas e autarquias existentes à época em uma única sociedade por ações. O objetivo da sua criação foi o de implementar as diretrizes do governo brasileiro para o setor, estabelecidas no Plano Nacional de Saneamento. Desse modo, sua instituição deu-se em meio a uma rotina de alto investimento público nessa área.

O cenário mudou com a crise institucional que abateu o sistema de saneamento brasileiro durante os anos 1980. Com a perda de instituições de fomento importantes, além de um cenário macroeconômico desfavorável, o investimento nas empresas estatais de saneamento caiu vertiginosamente. Como resposta a esse quadro, no caso específico da SABESP, aprovou-se a Lei Estadual n.

8.523/1993 (redação modificada pela Lei Estadual n. 11.454/2003), que autorizou a alienação das ações de propriedade do Estado, com a condição de que se mantivesse a Fazenda Pública como acionista majoritária, isto é, detentora de mais da metade das ações.

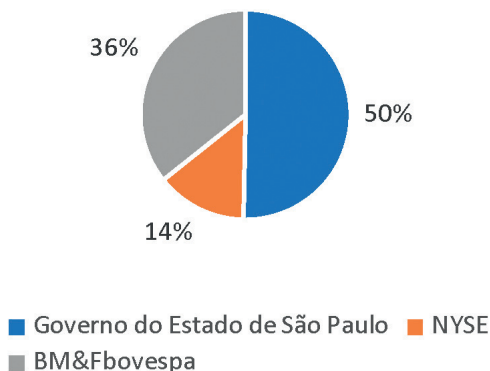
A oferta de parte das ações do governo de São Paulo na bolsa de valores foi levada a cabo em 1994, vista como uma solução a meio caminho entre a gestão puramente pública e a venda da companhia — o caso dos setores de telecomunicações, mineração e energia elétrica.⁸⁷² No contexto no Novo Marco Legal do Saneamento, algumas companhias estaduais concentram os seus esforços de melhoria da governança (Lei n. 13.303/2016) projetando uma meta similar, e, em algumas situações, se existir ambiente político para tanto, avançar até a transferência do controle para o parceiro privado.

Mas falta garantir a sobrevivência nesse novo ambiente de regulação voltado a estimular as disputas pelos contratos. A divisão de poder com um parceiro privado dentro da companhia pode ser uma estratégia eficaz para proteger parte dos empregos e ampliar, ou, pelo menos, manter a base atual de operações. Como se disse antes, até o momento, a SABESP serve de exemplo para outras companhias estaduais que estão elaborando estratégias a fim de permanecer operando no sistema brasileiro de saneamento básico. Com a concordância dos municípios, licitar apenas o serviço de esgotamento sanitário, em PPPs, foi uma alternativa de mobilização de recursos privados para o atingimento das metas previstas, restando à companhia estadual a missão de ampliar e qualificar o acesso à água potável. Atualmente, como consabido, as PPPs com a figura do intermediador monopolista (a companhia estadual), sofre com limitações da legislação, que passou a autorizar a subdelegação de tão somente 25% do valor do contrato, na forma do artigo 11-A da Lei n. 11.445/2007 (alterada pela Lei n. 14.026/2020)⁸⁷³

872 OLIVEIRA, Thiago G. **Abertura de capital das companhias estaduais de saneamento**: uma análise a partir da experiência de Minas Gerais. Belo Horizonte: UFMG, 2015, p. 1.

873 Art. 11-A. Na hipótese de prestação dos serviços públicos de saneamento básico por meio de contrato, o prestador de serviços poderá, além de realizar licitação e contratação de parceria público-privada, nos termos da Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, e desde que haja previsão contratual ou autorização expressa do titular dos serviços, subdelegar o objeto contratado, observado, para a →

Desde então, a SABESP define-se como sociedade de economia mista com controle acionário da Fazenda do Estado, regida pelas Leis Federais n. 6.404/1976 e n. 13.303/2016. As ações da companhia são negociadas nas bolsas de valores de São Paulo e Nova York, e a atual distribuição do capital social se dá conforme o gráfico abaixo:⁸⁷⁴



A SABESP pode ser considerada um *player* relevante do setor de saneamento. Dentre os 645 municípios do estado de São Paulo, atende 368, incluindo sua capital. A empresa fornece água a 27,9 milhões de pessoas e coleta o esgoto de 21,6 milhões, sendo responsável por cerca de 27% do investimento em saneamento básico no Brasil.⁸⁷⁵ É claro, esses números modificam-se com frequência. O controle, a fiscalização e a regulação, até o momento, são feitos majoritariamente pela Agência Reguladora de Saneamento e Energia do Estado de São Paulo (Arsesp). Esse quadro tende a reconfigurar-se com a implementação do Novo Marco Legal do Saneamento, considerando a ampliação das funções regulatórias da ANA e o risco permanente de perda de alguns contratos.⁸⁷⁶

→ referida subdelegação, o limite de 25% (vinte e cinco por cento) do valor do contrato. (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020)

874 Retirado do site da empresa. Disponível em: <http://www.sabesp.com.br>. Acesso em: 6 nov. 2020.

875 Disponível em: <http://site.sab.com.br/site/interna/Default.aspx?secaoid=505>. Acesso em: 6 nov. 2020.

876 A este respeito, ver especialmente o ponto 2.3, logo adiante.

A demonstração de capacidade econômico-financeira para cumprir com o programa de metas em todos os municípios representará um desafio para a maioria das companhias estaduais — a SABESP será uma das poucas exceções. A rigor, mesmo confirmando-se uma renovação massiva da base de contratos de uma determinada companhia estadual, não se garante a continuidade desses vínculos quando ficar demonstrada uma dificuldade real de cumprir com as metas fixadas pelo marco legal do setor. Por outro lado, a SABESP, mostrando sua potência administrativa e econômica, tem participado das licitações realizadas em 2020, o caso da Região Metropolitana de Alagoas e do Espírito Santo, em consórcio com a Iguá Saneamento. Ainda durante os debates envolvendo a aprovação do Novo Marco Legal do Saneamento, companhias estaduais com boa governança e equilíbrio financeiro também estariam legitimadas para pleitear contratos novos, inclusive em processos licitatórios desenvolvidos em outros estados. A SABESP, nesse contexto, revelou-se atuante, com clara política de expansão, focando em operações com comprovada eficiência econômica.

Se cabe alguma comparação, a SABESP expôs um desempenho consistente nos indicadores do SNIS em relação às demais companhias públicas e privadas brasileiras. Conectado com isso, as pesquisas disponíveis sobre a eficiência da empresa indicaram resultados positivos.⁸⁷⁷ No entanto, a relação entre o interesse público e o dos acionistas não é livre de críticas, a exemplo das medidas tomadas diante da grave crise hídrica enfrentada pelo estado de São Paulo em 2014 e 2015. Afirma-se que a SABESP favoreceu o interesse dos acionistas em detrimento do fim da universalização do serviço de saneamento, ao aumentar consideravelmente as tarifas como resposta à crise.⁸⁷⁸

877 PÉRICO, Ana Elisa; SANTANA, Naja Brandão; REBELATTO, Daisy Aparecida do Nascimento. O Uso Racional de Água na Sabesp: uma Análise por Envoltória de Dados. In: **Simpósio Brasileiro de Pesquisa Operacional**. João Pessoa: XL SBPO, 2008, p. 263-275. Disponível em: <http://www.din.uem.br/sbpo/sbpo2008/pdf/arq0055.pdf>. Acesso em: 6 nov. 2020.; BARBOSA, Raphael de Paiva; BASTOS, Ana Paula Vidal. A participação privada na provisão dos serviços de água e esgotamento sanitário no Brasil: um estudo comparativo da eficiência dos prestadores de serviços. **Revista de Estudos Sociais**, v. 15, n. 30, p. 106-130, 2013.

878 SCHAPIRO, Mario Gomes *et al.* Conflito de Interesses nas Empresas Estatais: Uma análise dos casos Eletrobrás e Sabesp. **Revista Direito e Práxis**, v. 9, n. 3, p. 1424-1461, 2018.

Embora tenha um bom desempenho em comparação com a média das empresas públicas e privadas brasileiras, a meta da universalização dos serviços de água e esgotamento nos municípios atendidos — a sua base de contratos — ainda não foi alcançada, especialmente em regiões mais distantes e nas áreas de periferia. Levando esse problema em consideração, mas também a crise fiscal cada vez mais acentuada no nível estadual e federal, está em curso um debate movimentado a respeito de como aumentar a capacidade de investimento da Sabesp – sendo a privatização uma das hipóteses.

Um outro exemplo de abertura de capital é o caso da Companhia de Saneamento de Minas Gerais (COPASA). Originalmente chamada de Companhia Mineira de Águas e Esgotos (COMAG), efetuou-se a alteração do nome em 1974, após a incorporação de diversos prestadores municipais. O que impulsionou o crescimento da COPASA/MG nos anos 1970 foi o PLANASA, com seus vultosos investimentos no setor, a mesma regra aplicada para diversas companhias estaduais naquele período histórico.

A Lei Estadual n. 12762/1998 permitiu um aumento e a integralização do capital social da COPASA/MG, ademais, autorizou a alienação de suas ações. Comum aos casos que vimos nessa seção, essa lei surgiu em um contexto de estrangulamento de recursos devido à crise macroeconômica brasileira, junto a uma queda progressiva no investimento público em saneamento. No entanto, disputas políticas tiveram lugar após a aprovação da lei estadual, e, dadas as pressões da sociedade civil, mobilizadas principalmente pelo sindicato dos trabalhadores, não se concretizou a abertura do capital até 2006, ano em que o clima político tornou-se mais favorável à desestatização.

A expectativa dos gestores à época era a de levantar valor próximo a R\$ 500 milhões em venda de ações, superada em muito pelos R\$ 813 milhões efetivamente arrecadados. Inicialmente, a prefeitura de Belo Horizonte participava com o estado de Minas Gerais da divisão acionária, tendo pouco menos de 10% das ações da companhia, vendidas para privados em 2008. Hoje, a composição acionária se dá do seguinte modo: Minas Gerais detém 50,04% do capital, mantendo o controle da sociedade, com 49,68%

em circulação no mercado financeiro; sobra 0,28% em ações em tesouraria.⁸⁷⁹

De 2006 a 2012, houve um aumento significativo nos investimentos relacionados à produção/operação. E o nível de abrangência do abastecimento de água cresceu, passando de seiscentos e dez municípios atendidos em 2006 para seiscentos e quarenta e um em 2020 — números em permanente movimento. Isso representa um ganho importante, não obstante seja preciso ressaltar que há uma disparidade entre o investimento em água e o investimento em esgoto, o que também ocorre em outras regiões do país.

As concessões desse último tipo de serviço, embora tenham aumentado — de cento e oitenta para trezentas e onze —, continuam muito abaixo do fornecimento de água.⁸⁸⁰ Uma razão é a maior rentabilidade das concessões de serviços de distribuição de água em detrimento do serviço de esgoto, realidade do setor. É importante prestar atenção nesse aspecto, pois o interesse privado dos acionistas não pode ser predominante na comparação com o interesse público fundamental de universalizar o acesso de maneira sustentável e inclusiva.

5.2 Abertura de Capital das Companhias Estaduais Sem Reserva

O estado do Tocantins possui atualmente cento e trinta e nove municípios, dos quais apenas quatro superam cinquenta mil habitantes (Palmas, Araguaína, Porto Nacional e Gurupi). Os serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário são prestados em quarenta e sete desses municípios pela Companhia de Saneamento do Tocantins (SANEATINS), empresa privada, em setenta e oito outros municípios pela Agência Tocantinense de Saneamento (ATS), autarquia estadual, por prestadores públicos locais em outros treze e, por fim, pela empresa privada Hidro Forte em Talismã.

879 Dados de 31 out. 2019, retirados do site da Copasa. Disponível em: <http://ri.copasa.com.br/governanca-corporativa/composicao-acionaria/>. Acesso em: 30 jun. 2020.

880 OLIVEIRA, Thiago G. **Abertura de capital das companhias estaduais de saneamento**: uma análise a partir da experiência de Minas Gerais. Belo Horizonte: UFMG, 2015, p. 65-83.

A SANEATINS nasceu como sociedade de economia mista, criada pela Lei Estadual n. 33, de 1989, que desde então já autorizava a participação no quadro societário de empresas especializadas no setor de saneamento, com reserva mínima de 20% do controle acionário para o estado. Menos de uma década depois, em 1998, o governo estadual alienou pelo Contrato n. 417/1998, por dois milhões de reais, 35% de suas quotas de participação à Empresa Sul-Americana de Montagens (EMSA), a qual passou a gerir a companhia. O contrato exigia que fossem investidos pela empresa quarenta milhões de reais em até trinta anos. Em 2002, a EMSA, conforme permitido por contrato, fez novo aporte de capital, passando a ter poder de controle societário.⁸⁸¹

Doze anos decorridos da concretização dessa privatização, o percentual da população de Tocantins com abastecimento de água passou de 43,2% a 70%, mas o atendimento ao serviço de coleta de esgoto continuava baixíssimo, na faixa dos 13,56%. Em 2010, diante desse quadro, o governo constituiu, pela Lei Estadual n. 2.301/2010, a AGUATINS, que seria responsável por atender às áreas não cobertas pela SANEATINS, em especial na zona rural. Em 2013, essa autarquia foi renomeada “Agência Tocantinense de Saneamento” (ATS), e passou a atuar nos municípios com menor população urbana, a fim de suprir áreas pouco rentáveis para exploração pelo setor privado.

Já em 2011, a participação da EMSA na SANEATINS foi adquirida pela Odebrecht Ambiental, que, pouco tempo depois, comprou o restante, pertencente ao estado, tornando-se única sócia da companhia. No ano de 2016, a Brookfield Brazil Capital Partners LLC e o Fundo de Investimentos BR Ambiental passaram a controlar 70% da Odebrecht Ambiental. Esse é o atual cenário institucional do setor do saneamento no Tocantins.

No período de administração privada, o abastecimento de água teve um notável incremento. Dados de 2015 apontam que 83,4% de toda a população e 98% da população urbana estão conectadas à

881 FREITAS, Raquel Maria Soares; ALTAFIN, Irene Guimarães; DUCLOS, Maria Teresa Marins; DIAS, Samuel Arthur. **Privatização de Companhia Estadual de Saneamento**: a experiência única do Tocantins. Rio de Janeiro: FGV, CERI (Centro de Estudos em Regulação e Infraestrutura), 2017. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10438/18345>. Acesso em: 6 nov. 2020.

rede. Houve, é verdade, também nesse período, aporte considerável de recursos federais pela via do Programa Água Para Todos, de modo que esse aumento de cobertura deve-se também à ATS, companhia estadual que atende municípios rurais e menores. Já no que se refere à área do acesso ao esgotamento, os números continuam baixos, abrangendo apenas 22% da população total e 28% da urbana. Dos quarenta e sete municípios cobertos pela Saneatins, apenas treze possuem sistema de coleta de esgoto.

Alguns problemas foram identificados no processo. Os contratos de programa, até então firmados com a companhia estadual, não foram alterados. Também não readequaram as metas contratuais ao longo do tempo, ainda que diversas transformações econômicas, demográficas e administrativas tenham ocorrido no estado. Portanto, os instrumentos contratuais não atendem às exigências legais mínimas da Lei n. 11.445/2007. Nem mesmo a agência reguladora estadual (ATR) foi designada pelos titulares para fiscalizar os contratos municipais, com a exceção da prefeitura de Palmas. Essa agência, para piorar, não tem independência financeira, apresenta alta rotatividade de corpo técnico e falta de capacidade.⁸⁸² Logo, é fácil observar, no Tocantins não está em funcionamento o modelo proposto pela Lei n. 11.445/2007, um possível fato gerador de alguns problemas observados na prestação do serviço no estado.

De acordo com diagnóstico produzido pela CERI/FGV, três pontos cruciais no caso do Tocantins podem servir de lição às experiências futuras de privatização no setor do saneamento: *(i)* não houve articulação entre as partes envolvidas, em especial com os municípios; o estabelecimento das políticas não foi precedido de discussão a respeito, nem mesmo estabeleceram-se metas de qualidade e desempenho; *(ii)* não houve readequação dos contratos ao longo do tempo, não constituindo incentivos ou imposições contratuais de aumento da cobertura dos serviços, mesmo em áreas pouco rentáveis por si só; *(iii)* a agência reguladora estadual esteve alheia a diversos impasses entre a companhia e os municípios, não se tendo notícia de sua atuação.⁸⁸³

882 Ibidem, p. 11-12.

883 Ibidem, p. 12-14.

Esses pontos devem ser considerados nos casos em que se cogite a abertura integral de capital de companhias estaduais. Os investimentos em planejamento e regulação, podem parecer, de início, bastante custosos para os agentes envolvidos, mas sua ausência decerto custará mais para todos a longo prazo. Tradicionalmente, os contratos de programa apresentam metas vagas, e, quando customizados para determinada localidade, contemplam demandas pontuais daquele gestor público, ou seja, nem sempre relacionadas ao aperfeiçoamento da política pública e em sintonia com prioridades elencadas em estudos anteriores.

Em tese, os contratos de concessão derivados de processos licitatórios, se existe um ambiente de competição, tendem a oferecer um outro nível de complexidade, associando metas à sustentabilidade econômico-financeira da operação. Agora, aditivização dos contratos de programa, o padrão estabelecido pela ANA, acredita-se, deverá aproximar-se muito do que já ocorre nos contratos de concessão, visto que não se sustenta a convivência de níveis diferentes de exigência, caso os interesses dos usuários dessa política pública sejam respeitados.

O que espera-se para o setor é uma convivência entre a regulação discricionária (ou normativa) e a regulação contratual, com ênfase para a primeira, pela sua comprovada capacidade de aprender durante a vigência do contrato e, assim, aperfeiçoar constantemente a relação com o operador em benefício da qualidade do serviço oferecido à população.

5.3 Da Desestatização Prevista pelo artigo 14 da Lei n. 14.026/2020 e da Presunção Relativa de Viabilidade Econômico-Financeira da Companhia pelo artigo 22 do Decreto Federal n. 10.710/2021

O Novo Marco Regulatório do Saneamento Básico, como alternativa à parcela das imposições legais que recaem sobre as companhias estaduais, prevê a possibilidade de desestatização dos serviços, com a troca do controle acionário da empresa. Trata-se do disposto pelo artigo 14 da Lei n 14.026/2020, regra que excetua algumas das exigências legais para a continuidade dos contratos de programa. Assim, o Novo Marco traz, mesmo que de forma implícita, uma decisão político-administrativa (ato discricionário) ao Estado-membro

detentor da maioria das ações da sociedade de economia mista prestadora de serviços públicos de saneamento⁸⁸⁴ a respeito da continuidade da operação pública dos contratos.

Observa-se o *caput* do artigo 14 da Lei n. 14.026/2020:

Art. 14. Em caso de alienação de controle acionário de empresa pública ou sociedade de economia mista prestadora de serviços públicos de saneamento básico, os contratos de programa ou de concessão em execução poderão ser substituídos por novos contratos de concessão, observando-se, quando aplicável, o Programa Estadual de Desestatização.

Como depreende-se do dispositivo acima transcrito, abre-se as portas para a alienação do controle acionária da empresa pública ou da sociedade de economia mista, sem que isso acarrete a perda dos contratos vigentes, garantindo-se uma transição do modelo de gestão associada para a prestação indireta por meio de uma concessão, com a peculiaridade de que essa concessão não será licitada. Há na norma dois pontos de novidade: *i*) a manutenção do contrato de programa vigente até a efetiva troca por um contrato de concessão, falando-se aqui na não extinção da relação jurídica entre a companhia e o titular do serviço; e *ii*) a exceção legal, temporária, específica e em conformidade à segurança jurídica à regra do art. 175 da Constituição Federal, de que a concessão de serviço público requer um procedimento licitatório.

Sobre a manutenção dos contratos de programa em face da troca de controle acionário da empresa pública ou da sociedade de economia mista (em termo menos técnico, da privatização da companhia), o § 6º do artigo 13 da Lei n. 11.107/2005 (Lei dos Consórcios Públicos) vedava essa hipótese: o contrato de programa seria extinto quando a contratada deixasse de integrar a administração indireta do ente federativo com o qual firmara-se o acordo interfederativo. Tal dispositivo, contudo, foi revogado pela Lei n. 14.026/2020, observa-se:

884 O modelo societário predominante das companhias estaduais.

Art. 13. Deverão ser constituídas e reguladas por contrato de programa, como condição de sua validade, as obrigações que um ente da Federação constituir para com outro ente da Federação ou para com 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.

[...]

§ 6º O contrato celebrado na forma prevista no § 5º deste artigo será automaticamente extinto no caso de o contratado não mais integrar a administração indireta do ente da Federação que autorizou a gestão associada de serviços públicos por meio de consórcio público ou de convênio de cooperação. (REVOGADO PELA LEI 14.026/2020)

Anteriormente, a desestatização das companhias estaduais era desacreditada em razão da regra acima transcrita, uma vez que o valor das empresas residia justamente nos seus contratos de programa. Logo, não havia interesse dos agentes administrativos em promovê-la pela possível instauração de uma prestação de serviços de fato, decorrente da extinção dos contratos de programa, tampouco dos *players* de mercado de adquirirem uma companhia que presta serviços de natureza precária, sem a garantia de que o poder público comprometeria-se a regularizá-los de outra forma.

Com a superveniência da Lei n. 14.026/2020, em sentido contrário, a desestatização passa a ser encorajada e, em grande medida, facilitada. Isso porque há alguns estímulos para que os agentes políticos decidam pela alienação do controle da empresa pública ou da sociedade de economia mista. Nesse aspecto, o principal elemento é a possibilidade de troca do contrato de programa por um contrato de concessão, dentro da ideia geral do Novo Marco de formalizar a prestação dos serviços públicos mediante instrumento que não seja "*precário*". A referida alteração da modalidade de prestação de serviços permite a troca da forma de regulação, com extensão do pacto regulatório por meio de cláusulas regulamentares e cláusulas financeiras, ainda que haja concomitantemente o fortalecimento do papel da Agência Nacional de Águas e de Saneamento.

Em um primeiro momento, poder-se-ia afirmar que a alienação da empresa pública ou da sociedade de economia mista estaria condicionada à manifestação de vontade dos entes federativos com os quais a companhia estadual detém relações jurídicas⁸⁸⁵. Todavia, o § 1º do artigo 14 da Lei n. 14.026/2020 é claro ao determinar que a decisão político-administrativa é do controlador (o Estado-membro), não dos titulares do serviço (em regra, os Municípios), veja-se:

Art. 14 [...]

§ 1º Caso o controlador da empresa pública ou da sociedade de economia mista não manifeste a necessidade de alteração de prazo, de objeto ou de demais cláusulas do contrato no momento da alienação, ressalvado o disposto no § 1º do art. 11-B da Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007, fica dispensada anuência prévia da alienação pelos entes públicos que formalizaram o contrato de programa.

Trata-se de uma medida facilitadora da desestatização; do contrário, o processo dependeria de decisões políticas fragmentadas, ou seja, de ato administrativo discricionário de cada um dos agentes políticos responsáveis pelo monitoramento e fiscalização do contrato de programa. Haveria, por conseguinte, uma barreira política que tornaria a desestatização uma alternativa praticamente impossível, ao menos em termos práticos. Com a regra do Novo Marco Regulatório, a anuência dos titulares só será exigida caso haja a proposta de alteração de prazo, de objeto ou das demais cláusulas, cujo prazo de manifestação é de 180 dias:

885 Esse é o pensamento exposto por analogia à regra do art. 27 da Lei Geral de Concessões (Lei 8.987/1995), segundo a qual a alienação do controle da concessionária depende de prévia anuência do Poder Concedente:
Art. 27. A transferência de concessão ou do controle societário da concessionária sem prévia anuência do poder concedente implicará a caducidade da concessão.
§ 1º Para fins de obtenção da anuência de que trata o *caput* deste artigo, o pretendente deverá: (Renumerado do parágrafo único pela Lei nº 11.196, de 2005)
I - atender às exigências de capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal necessárias à assunção do serviço; e
II - comprometer-se a cumprir todas as cláusulas do contrato em vigor.

Art. 14. [...]

§ 2º Caso o controlador da empresa pública ou da sociedade de economia mista proponha alteração de prazo, de objeto ou de demais cláusulas do contrato de que trata este artigo antes de sua alienação, deverá ser apresentada proposta de substituição dos contratos existentes aos entes públicos que formalizaram o contrato de programa.

§ 3º Os entes públicos que formalizaram o contrato de programa dos serviços terão o prazo de 180 (cento e oitenta) dias, contado do recebimento da comunicação da proposta de que trata o § 2º deste artigo, para manifestarem sua decisão.

§ 4º A decisão referida no § 3º deste artigo deverá ser tomada pelo ente público que formalizou o contrato de programa com as empresas públicas e sociedades de economia mista.

A propósito, a ausência de manifestação do titular do serviço dentro do prazo de 180 dias é hipótese de anuência tácita:

Art. 14 [...]

§ 5º A ausência de manifestação dos entes públicos que formalizaram o contrato de programa no prazo estabelecido no § 3º deste artigo configurará anuência à proposta de que trata o § 2º deste artigo.

Entende-se que o dispositivo tenha a finalidade de evitar atrasos no processo de desestatização, cujo sucesso ou insucesso é primordial para o cumprimento de outras exigências legais, que também têm prazos específicos. No ponto, cabe destacar que a Lei n. 14.026/2021 permite a alteração dos contratos vigentes, com possibilidade de dilação dos prazos. Essa, inclusive, é a única hipótese de dilação dos contratos de programa prevista em lei, porque, via de regra, esses não podem ser prorrogados por livre acordo entre as partes a partir do Novo Marco. Então, a norma, além de facilitar a desestatização por meio da concentração do poder decisório no controlador da companhia estadual, dispõe sobre a dilação dos

prazos caso haja anuência do titular, o que, ao fim, é uma forma de valorização do patrimônio dessas empresas.

Portanto, tem-se a revogação do § 6º do artigo 13 da Lei de Consórcios Públicos, medida que passa a permitir a descaracterização das companhias como entes da Administração Indireta sem que isso implique a extinção dos contratos de programa, os quais transformam-se em contratos de concessão não licitados (art. 14, *caput* da Lei n. 14.026/2020). Outrossim, na troca da modalidade de prestação dos serviços, permite-se a modificação do prazo, do objeto e das cláusulas do instrumento contratual, uma verdadeira repactuação das obrigações, se houver a anuência do titular. Assim, além de possibilitar a alienação do controle acionário da companhia estadual sem prejuízo ao seu patrimônio (os contratos vigentes).

Nesse aspecto, um dos principais estímulos à desestatização é a existência de uma presunção relativa de capacidade técnica e econômico-financeira dos contratos de programa das companhias estaduais que estiverem adotando as medidas para a troca do seu controle acionário (art. 22 do Decreto Federal n. 10.710/2021⁸⁸⁶).

Importante destacar que não será um procedimento simples para as companhias estaduais: a comprovação da capacidade econômico-financeira pressupõe o atendimento a índices específicos nos 5 (cinco) exercícios fiscais anteriores e à projeção futura adequada de investimentos e de expansão da infraestrutura, consoante explicado anteriormente. Para resumir: as exigências do Decreto Federal n. 10.710/2021 buscam verificar a capacidade dos prestadores de serviço de cumprimento das metas de universalização. Todo o requerimento é facilitado caso haja a decisão político-administrativa pela desestatização, uma vez que a companhia não precisará comprovar, dentro dos parâmetros ordinários, a viabilidade técnica e econômico-financeira, desde que todos os seguintes critérios sejam respeitados:

886 Art. 22. Caso sejam submetidas a processo de desestatização, empresas públicas ou sociedades de economia mista estaduais e distritais que prestem serviços públicos de abastecimento de água potável ou de esgotamento sanitário com base em contrato de programa celebrado nos termos do disposto na Lei n. 11.107, de 2005, terão sua capacidade econômico-financeira presumida, desde que atendidas as seguintes condições:

Art. 22. [...]

I - apresentação de requerimento pelo controlador, até 31 de janeiro de 2022, às entidades reguladoras competentes para decidir sobre a capacidade econômico-financeira da empresa pública ou sociedade de economia mista, acompanhado de comprovação da contratação dos estudos e dos atos necessários à desestatização junto à instituição financeira, com mandato para venda em caso de viabilidade econômica do operação;

II - autorização legislativa geral ou específica para a desestatização, até 31 de dezembro de 2022;

III atendimento às metas de universalização pelos contratos de concessão que substituirão os contratos de programa para prestação de serviços públicos de abastecimento de água potável ou de esgotamento sanitário, a serem celebrados em conjunto com a desestatização;

IV - realização do processo de desestatização de modo compatível com as estruturas de prestação regionalizada, nos termos do disposto no inciso VI do *caput* art. 3º da Lei nº 11.445, de 2007; e

V - conclusão da desestatização até 31 de março de 2024.

Ainda que a companhia estadual esteja sob processo de alienação do seu controle acionário, necessita-se de apresentação de um requerimento, acompanhado dos estudos e dos atos necessários para a desestatização até a data limite de 31 de janeiro de 2022. A partir do requerimento, os contratos da dita empresa terão a presunção relativa de capacidade econômico-financeira, independentemente dos demais requisitos do decreto. Todavia, o procedimento de desestatização, para gerar o efeito definitivo de comprovação da capacidade econômico-financeira, dependerá do atendimento das exigências acima listadas. Nessa esteira, o controlador da companhia deve promover o debate para a promulgação de uma autorização legislativa específica – uma lei ordinária estadual – até 31 de dezembro de 2022. Evidentemente, os novos instrumentos contratuais (os contratos de concessão

não licitados) deverão estar de acordo com as diretrizes da Lei n. 14.026/2020.

O descumprimento de quaisquer desses requisitos ensejará a perda da presunção relativa de capacidade econômico-financeira⁸⁸⁷, o que torna os contratos de programa irregulares (art. 20 do Decreto Federal n. 10.710/2021⁸⁸⁸). Inclusive, o regulamento não prevê a possibilidade de apresentação de um novo requerimento, dentro dos moldes ordinários, caso a desestatização não seja completada⁸⁸⁹.

Destarte, o artigo 14 da Lei n. 14.026/2020 admite a hipótese de desestatização das companhias estaduais e lhe atribui maior segurança jurídica com a revogação do § 6º do artigo 13 da Lei n. 11.107/2005: não será extinto o contrato de programa cujo contratado deixe de integrar a Administração Indireta do ente federativo com o qual firmou-se a gestão associada interfederativa. Como dito, haverá a troca do contrato de programa por um contrato de concessão, situação na qual permite-se a alteração de prazo, obrigações e cláusulas desde que haja a anuência do titular do serviço. Importante: a decisão pela desestatização é do ente federativo controlador da empresa, e a não adesão dos titulares dos serviços à decisão político-administrativa não extingue o contrato de programa por caducidade, como ocorreria no contrato de concessão, conforme a regra do artigo 27 da Lei n. 8.987/1995. Na realidade, dentro do raciocínio geral do Novo Marco Regulatório do Saneamento, o dispositivo é um verdadeiro incentivo à desestatização, porquanto

887 Decreto Federal n. 10.710/2021: Art. 20. [...] § 2º Ressalvada a possibilidade de comprovação de capacidade econômico-financeira nos termos do disposto no § 1º, o desatendimento a quaisquer das condições estabelecidas no *caput* ensejará a perda dos efeitos da presunção relativa e o reconhecimento da ausência de capacidade econômico-financeira da respectiva empresa pública ou sociedade de economia mista.

888 Art. 20. Serão considerados irregulares os contratos de programa de prestação de serviços públicos de abastecimento de água potável ou de esgotamento sanitário caso o prestador não comprove sua capacidade econômico-financeira nos termos do disposto neste Decreto.
Parágrafo único. Aplica-se o disposto no *caput* no caso de posterior perda dos efeitos de decisão que concluir pela comprovação de capacidade econômico-financeira nos termos do disposto no art. 18 ou por qualquer outro motivo.

889 Art. 22. [...] § 3º Na hipótese prevista no § 2º, o prestador que não tiver observado o prazo para a apresentação do requerimento previsto no art. 10 não terá nova oportunidade para demonstrar sua capacidade econômico-financeira.



muitos dos problemas enfrentados pela companhias estaduais para a manutenção da sua base de contratos estarão mitigados a partir da alienação do controle acionário, especialmente com relação ao procedimento de demonstração da viabilidade econômico-financeira prevista no Decreto Federal n. 10.710/2021.





Conclusão

Esse trabalho é resultado de pesquisa iniciada em 2008, logo após a aprovação do Marco Legal do Saneamento (Lei n. 11.445/2007), cujo primeiro resultado imediato foi a defesa da tese de doutoramento na Universidade Federal do Rio Grande do Sul, em 2012. Desde então, acompanhou-se as discussões sobre a redação do Plano Nacional de Saneamento Básico e de um Novo Marco Regulatório do Saneamento Básico, especialmente em decorrência dos anseios nacionais por uma melhor coordenação na prestação desta modalidade de serviço público. Sem dúvida, a Lei n. 14.026/2020 impõe aos atores do setor uma nova realidade: será preciso compatibilizar os desafios histórico-jurídicos que nos foram legados com as últimas disposições do Marco Legal – os seus princípios, as suas regras, o diagnóstico do tempo presente e a sua dimensão prospectiva.

Ao longo desse livro, debateu-se algumas das experiências internacionais na prestação de serviços públicos de saneamento básico, dentro de uma conjuntura de valorização da água como bem público indispensável para a humanidade e o meio-ambiente. Erros e acertos foram identificados, restando sempre muito claro que é preciso compatibilizar as preocupações sociais, ambientais e econômicas para propiciar um serviço de qualidade para todas as populações, em especial as mais carenciadas, de maneira sustentável.

Um dos grandes dilemas é a escolha da modalidade de operação dos serviços, se pública, privada ou mista. As experiências internacionais não revelam a primazia absoluta da operação pública sobre a privada ou vice-versa, em termos de eficiência. Há, na decisão político-administrativa, forte correlação entre os dilemas conjunturais do setor e a capacidade de investimento do Estado, observando-se, como flutuação natural das coisas, ciclos de concessão, de privatização e, até mesmo, de reestatização do setor, sem que isso implique na eleição de um único modelo como mais adequado para todas as circunstâncias. A título exemplificativo, falou-se nos casos de reestatização dos serviços em Atlanta, Buenos Aires e Paris: nenhum deles expressa um erro de gestão dos parceiros privados como fato gerador principal para a mudança de modelo.

É necessário, ainda, ressaltar que a hegemonia da operação estatal, privada ou mista dos serviços é cíclica, ou seja, usualmente há modificação do modelo de prestação dos serviços com base na conjuntura macroeconômica – nacional e/ou internacional. Em outras palavras: não existe um sistema, uma metodologia ideal. Existe o formato de operação que é mais adequado dentro de determinado conjunto de circunstâncias.

Trazendo-se a discussão para o Brasil, o setor de saneamento, a partir de 1960, conviveu com as diretrizes do PLANASA, na lógica de protagonismo dos Estados-membros e da União Federal por meio da acumulação de contratos nas companhias estaduais para ganhos de escala que permitissem a sobrevivência de operações deficitárias pela existência de subsídio cruzado. Variados foram os modelos de prestação nesse contexto, desde os contratos de concessão não licitados, os acordos interfederativos (art. 241 da CF) expressados pelos contratos de programa (Lei n. 11.107/2005) até verdadeiras situações de fato e irregulares, tendo-se as companhias estaduais, as autarquias municipais e as empresas públicas como principais operadoras.

Nessa esteira, o Marco Legal do Saneamento (Lei n. 11.445/2007) e o PLANSAB significaram, à sua época, uma tentativa de conduzir o saneamento básico no Brasil para a universalização dos serviços, sendo estipuladas as metas de 99% de abastecimento de água tratada e de 90% de cobertura de coleta e tratamento de esgotamento sanitário, atribuindo-se aos municípios o dever de redigir planos municipais de saneamento, ainda sob a presença majoritária da operação pública no setor.

Todavia, logo isso ficou comprovado, não era o suficiente para enfrentar o déficit de infraestrutura diagnosticado no setor, agravado com o aprofundamento da crise fiscal vivida pelo Estado brasileiro. Desde o início, nos estudos desenvolvidos para a confecção do PLANSAB, os técnicos trabalharam nas suas conclusões com três diferentes cenários. O documento foi elaborado para um horizonte de vinte anos (2033), orientando o planejamento dos serviços ao longo dessas duas décadas a partir de simulações em relação ao futuro do Brasil, estipulando-se as conhecidas metas de universalização dos serviços para 99% da população com acesso à abastecimento de água tratada e para 90% de coleta e tratamento de esgoto, metas que seriam cumpridas, sobretudo, por meio da

intensificação do investimento público. Contudo, em todas essas análises, nenhuma projeção foi capaz de considerar a hipótese de o Estado brasileiro mergulhar em crises tão profundas – também em razão do cenário internacional –, seja no aspecto político, econômico e sanitário, tudo isso acompanhado – e potencializado – pelo agravamento da crise hídrica.

Assim, nem PLANASA nem PLANSAB foram suficientes para atingir o patamar de eficiência exigido nos serviços abrangidos no conceito cada vez mais amplo de *saneamento básico*, especialmente pela insuficiência nos índices de coleta e tratamento do esgotamento sanitário. O modelo de operação pública, por conseguinte, parece não ter sido o mais adequado – ou suficiente – para garantir a manutenção e a expansão da infraestrutura indispensável para uma adequada prestação de serviços, ao menos esse foi o entendimento construído (e concertado) pelo Congresso Nacional quando aprovou o Novo Marco Regulatório do Saneamento Básico e posteriormente não se mobilizou para superar os vetos presidenciais. A Lei n. 14.026/2020 tem clara preferência pela operação privada dos serviços diante da expectativa de um virtuoso ciclo de investimentos endereçados para a universalização dos serviços, com metas ambiciosas estipuladas para 31 de dezembro de 2033. Até lá, por obrigação legal, os titulares dos serviços terão a incumbência de atingir as metas do PLANSAB, demonstrando de maneira transparente a evolução progressiva dessa política pública sob o olhar crítico dos órgãos de controle, em especial, as Agências Reguladoras, os Tribunais de Contas, os Ministérios Públicos, além da própria sociedade.

Nessa esteira, a Lei n. 14.026/2020 tenta estabelecer um novo padrão de serviços, fixando também metas de não intermitência do abastecimento, de redução de perdas e de melhoria nos processos de tratamento. Além disso, estipulou que o modelo de contratação de entidades não integrantes da administração indireta dos titulares dos serviços depende de um contrato de concessão (art. 10 da Lei n. 11.445/2007), precedido de licitação. Entende-se que tal medida busca trazer maior segurança jurídica no cumprimento das obrigações contratuais, especialmente porque a técnica regulatória de uma concessão é muito mais complexa e eficiente do que a adotada em outros vínculos de caráter precário.

A Lei n. 14.026/2020 também revigorou o tema da prestação regionalizada dos serviços, valorizando as alternativas previstas no

Estatuto da Metr pole (Região Metropolitana, Aglomera o Urbana e Microrregião), além de novas possibilidades de arranjos institucionais e de governança (Bloco de Referência e Unidade Regional). Regionalizar os serviços passa a significar a organiza o de tais estruturas, especialmente para ganhos de escala que permitam a opera o em regiões deficitárias por meio de subsídio cruzado (a viabilidade econômico-financeira). Evidentemente, a regionaliza o dos serviços conviver  com dilemas de exercício de titularidade e de governança, sobretudo em regiões que conviverão com mais de um prestador de serviços.

Outra novidade da Lei n. 14.026/2020 foi a expansão da competência da Agência Nacional de  guas e Saneamento Básico (ANA), que passa a estabelecer padroniza o técnico-regulatória para o setor por meio de normas de referência. Em síntese, cabe   ANA estipular normas técnicas sobre diversos temas primordiais   transi o do modelo de presta o de serviços tais como: indeniza o de ativos, indicadores de qualidade e eficiência, modelo organizacional das agências reguladoras, parâmetros para determina o da caducidade dos contratos, reajuste tarifário, diretrizes para redu o progressiva e controle de perdas de  gua. Tais normativas, em regra, não serão aplicadas diretamente pela ANA, dado que caberá a uma agência regional ou local aplicá-las, a depender da adesão dessas às normas de referência.

Como exaustivamente discutido no decorrer do trabalho, o Novo Marco Legal impõe outra realidade para os contratos vigentes e regulares, especialmente para as companhias estaduais e os seus contratos de programa. Nesse cenário, para que não haja prej zo   continuidade dos serviços e   escala obtida por meio desse modelo de opera o, será preciso interpretar a Lei n. 14.026/2020 sob a lógica de um t pico *regime de transi o*. Isso significa dizer que, na análise dos instrumentos contratuais e dos atos dos atuais (e futuros) operadores dos serviços, os órgãos de controle que serão provocados para interpretar o Novo Marco Regulatório do Saneamento devem adotar parâmetros consequencialistas. Logo, abertos para a dial tica e a complexidade, com foco na observa o dos dispositivos de transi o da Lei n. 14.026/2020 e na interpreta o deles com base na segurança jurídica e na necessidade de atendimento ao princípio da continuidade dos serviços públicos. Em síntese, não se pode observar a realidade de forma destrutiva:   preciso adapt -la ao universo de princípios e regras proposto pelo Novo Marco Legal.

Dentro dessa conjuntura, os contratos de programa entre municípios e companhias estaduais pré-existentes à lei continuam em vigor até o seu ponto final, desde que, por meio da celebração de termo aditivo, passem a incorporar as cláusulas essenciais e os requisitos de validade dos contratos previstos nos artigos 10-A, 10-B e 11 da Lei n. 11.445/2007, como por exemplo: as metas de universalização (artigo 10-A, inciso I), a repartição de riscos (artigo 10-A, inciso IV), a comprovação da capacidade econômico-financeira do instrumento (artigo 11, inciso II), a metodologia de cálculo de eventual indenização relativa aos bens reversíveis e não amortizados por ocasião da extinção do contrato, previsão de receitas alternativas e de produção de água de reuso (artigo 10-A, inciso II), a existência de um cronograma de implantação das metas (artigo 11, inciso V). Outrossim, a Lei n. 14.026/2020, no seu art. 14, cria incentivos para a alienação do controle acionário das empresas estatais, permitindo-se, nessa hipótese, a troca dos contratos de programa vigentes por contratos de concessão, sem que ocorra a extinção da relação jurídica devido à revogação do §6º do artigo 13 da Lei n. 11.107/2005.

Por fim, permite-se concluir que a sobreposição do Novo Marco Regulatório ao setor de saneamento ainda tem acentuada característica de indeterminação e dinamicidade, no sentido de que os comandos legais necessitam de complementação das normas de referência da ANA e da interpretação dos órgãos de controle – a lógica de um sistema aberto. Inaugura-se um patamar de exigência de qualificação na prestação dos serviços diverso do modelo anterior, notadamente pela imprescindibilidade do cumprimento das metas de universalização no ciclo de investimentos que mira o ano de 2033, ou 2040, apenas para exemplificar. Por isso, os estudos e o devido monitoramento da realidade continuam para que o Novo Marco Legal tenha as suas diretrizes adequadas à realidade do Estado brasileiro e sejam devidamente cumpridas. Na utopia de um mundo ideal, a razão única do Estado é melhorar a vida das pessoas, garantindo o direito ao futuro e o direito à felicidade.

Como último alerta, quando os titulares delegam para terceiros a operação do sistema de apenas uma parte do território, as áreas restantes demandarão arranjos criativos construídos pelo poder público local.



Bibliografia

ABAR. **Regulação 2017: Saneamento Básico**. Disponível em: <http://abar.org.br/publicacoes/publicacoes-saneamento-basico/>. Acesso em: 6 nov. 2020.

ABES (Associação Brasileira de Engenharia Sanitária e Ambiental). **Controle e redução de perdas nos sistemas públicos de abastecimento de água**, 2015.

AITH, Fernando. **Curso de direito sanitário**: a proteção do direito à saúde no Brasil. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

_____. Saúde e Saneamento no Brasil: Aspectos Conceituais e Regulatórios e os Desafios para a Adoção de Políticas Públicas Intersetoriais no País. In: MOTA, Carolina. (coord.). **Saneamento Básico no Brasil**: aspectos jurídicos da Lei Federal n. 11.445/2007. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

ALEMAR, Aguinaldo. **Geopolítica das Águas**: o Brasil e o direito internacional fluvial. Universidade Federal de Uberlândia. Programa de Pós-Graduação em Geografia, 2006.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015.

ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. Baden-Baden: Suhrkamp, 1985.

ALCHIO, Luiz Henrique Antunes. **Direito do Saneamento**: Introdução à Lei de Diretrizes Nacionais de Saneamento Básico (Lei Federal n. 11.445/2007). 2. ed. Campinas: Millennium, 2011.

AMARAL, Marcos Jordão Teixeira do. **Privatização no Estado Contemporâneo**. São Paulo: Ícone, 1996.

AMPARO, Paulo Pitanga do; CALMON, Katya Maria Nasiaseni. “A Experiência Britânica de Privatização do Setor de Saneamento”. **Texto para Discussão**, n. 701, Brasília, IPEA, 2000.

APOLINÁRIO, Silvia Menicucci de Oliveira Selmi. **Barreiras não tarifárias no comércio internacional e direito ao desenvolvimento**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

ARAGÃO, Jefferson da Silva. **O acesso ao saneamento urbano: os desafios da universalização no abastecimento de água e esgotamento sanitário. um estudo de caso em Manaus/AM**. 2017. 171 f. Dissertação (Mestrado em Ciências do Ambiente e Sustentabilidade na Amazônia) — Universidade Federal do Amazonas, Manaus, 2017.

ARAÚJO, Flávia Camargo de; BERTUSSI, Geovana Lorena. Saneamento Básico no Brasil: estrutura tarifária e regulação. In: **Planejamento e Políticas Públicas**, n. 51, jul./dez. 2018.

ASSOCIAÇÃO MÉDICA BRASILEIRA. **Demografia Médica 2018**: número de médicos aumenta e persistem desigualdades de distribuição e problemas na assistência. Disponível em: <https://amb.org.br/wp-content/uploads/2018/03/DEMOGRAFIA-M%C3%89DICA.pdf>. Acesso em: 2 mar. 2020

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4. ed. Brasil: Editora Malheiros, 2004.

AWUAH, E.; NYARKO, K. B.; OWUSU, P. A. Water and sanitation in Ghana. In: **Desalination**, n. 248. Elsevier, 2009, p. 460-467.

AZEVEDO, Paulo. **Privatização do Saneamento Básico faz bem à Saúde?** ANPEC — Associação Nacional dos Centros de Pós-Graduação em Economia, 2014.

AZPIAZU, Daniel. Privatización del Agua y El Saneamiento en Argentina: El caso paradigmático de Aguas Argentinas S.A. In: Vertigo, **La Revue en Sciences de l'environnement**, Hors-série 7, 2010.

AZPIAZU, Daniel; SCHORR, Martín. La Privatización del agua en la región metropolitana de Buenos Aires. In: GROSSE, R.; SANTOS, C.; TAKS, J.; THIMMEL, S. (comp.). **Las cannilas abiertas de América Latina II**. La Lucha contra la privatización del agua y los desafíos de una gestión participativa y sustentable de los recursos hídricos. Montevideo: Casa Bertolt Brecht, 2006.

BACIGALUPO, Mariano. **La Discrecionalidad Administrativa**. Madrid: Marcial Pons, 1997.

BANCO INTERNACIONAL PARA RECONSTRUÇÃO E DESENVOLVIMENTO/BANCO MUNDIAL. **Relatório sobre o Desenvolvimento Mundial 2006** (visão geral) — Equidade e Desenvolvimento. Washington: Oxford University Press, 2006.

BANCO MUNDIAL. A Agenda da Água no Brasil: uma perspectiva do Banco Mundial. In: **O Pensamento do Setor de Saneamento no Brasil**: Perspectivas Futuras, PMSS, Presidência da República, Secretaria Especial de Desenvolvimento Urbano — SEDU/PR, Série Modernização do Setor de Saneamento, IPEA/BIRD/UNDP, 2002.

BARAK, Aharon. **Proportionality**: Constitutional Rights and their Limitations. Tradução: Doron Kalir. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2012.

BARBOSA, Raphael de Paiva; BASTOS, Ana Paula Vidal. A participação privada na provisão dos serviços de água e esgotamento sanitário no Brasil: um estudo comparativo da eficiência dos prestadores de serviços. **Revista de Estudos Sociais**, v. 15, n. 30, p. 106-130, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. Saneamento: competência constitucional da União, Estados e Municípios. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 153, jan./mar. 2002, p. 255-270.

BRASIL, Casa Civil. **Diretrizes Gerais e Guia Orientativo para Elaboração de Análise de Impacto Regulatório — AIR**, 2018. Disponível em: <https://www.gov.br/casacivil/pt-br/centrais-de-conteudo/downloads/>

diretrizes-gerais-e-guia-orientativo_final_27-09-2018.pdf/view.
Acesso em: 20 nov 2020

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição Econômica e Desenvolvimento**: uma leitura a partir da Constituição de 1988. Brasil: Malheiros Editores, 2005.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo**: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BINENBOJM, Gustavo. Análise de Impacto Regulatório. In: NETO, Floriano Peixoto Marques; RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz; LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Comentários à Lei de Liberdade Econômica**: Lei 13.874/2019. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOLTON, Patrick; DESPRÉS, Morgan; PEREIRA DA SILVA, Luiz Awazu; SAMAMA, Frédéric; SVARTZMAN, Romain. **The green swan**: Central banking and financial stability in the age of climate change. Paris: Bank for International Settlements: 2020.

BONFIGLIO, Nicolás; NAHÓN, Carolina. **La experiencia subnacional de servicios públicos en Argentina**: los casos de distribución de energía eléctrica y agua y saneamiento. In: XII Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, Sto. Domingo, Rep. Dominicana, 2007.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Reforma do Estado para a Cidadania**: a Reforma Gerencial Brasileira na Perspectiva Internacional. São Paulo: Editora 34; Brasília: ENAP, 1998.

BRITO, Ana Lúcia *et al.* **Panorama do Saneamento Básico no Brasil**: Avaliação Político-Institucional do Setor de Saneamento Básico, Volume IV. Brasília, Ministério das Cidades/Secretaria Nacional de Saneamento Ambiental, 2011.

BUENO, Eduardo. **Passado a Limpo** — História da Higiene Pessoal no Brasil. São Paulo: Gabarito de Marketing Editorial, 2007.

CAETANO, Marcello. **Manual de Direito Administrativo**, Volume II. Coimbra: Edições Almedina, 2008.

CAMPOS, Rodrigo Pinto de. Regulação e Federalismo no Serviço Público de Saneamento Básico. In: MOTA, Carolina. (coord.). **Saneamento Básico no Brasil: aspectos jurídicos da Lei Federal n. 11.445/2007**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

CARVALHO, Vinícius Marques de. **O Direito do Saneamento Básico**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

_____. Cooperação e Planejamento na Gestão dos Serviços de Saneamento Básico. In: MOTA, Carolina. (coord.). **Saneamento Básico no Brasil: Aspectos Jurídicos da Lei Federal 11.445/2007**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

_____. Elementos para a Implementação do Novo Marco Regulatório na Gestão dos Serviços de Saneamento Básico no Brasil (série GV Law). In: SCHAPIRO, Mário Gomes. (coord.). **Direito e Economia na Regulação Setorial**. São Paulo: Saraiva, 2009.

DE OLIVEIRA, Carlos Roberto et al. **Novo Marco do Saneamento Básico no Brasil**. Editora Foco, 2021.

CASELLA, Paulo Borba; SILVA, G. E. do Nascimento; ACCIOLY, Hildebrando. **Manual de Direito Internacional Público**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CASSAGNE, Juan Carlos. **El Contrato Administrativo**. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2005.

CASSAGNE, Juan Carlos; ORTIZ, Gaspar Ariño. **Servicios Públicos, Regulación y Renegociación**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2005.



CASTRO, Tiane Lobato de. Os Princípios Legais do Saneamento. In: DAL POZZO, Augusto Neves; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; BERTOCCELLI, Rodrigo de Pinho. (coords.). **Tratado sobre o marco regulatório do saneamento básico no Direito brasileiro**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2017.

CHAPUS, René. **Droit Administratif General**, Tome 1. 12. ed. Paris: Editora Montchrestien, 1998.

CLARK; HAKIM. (coord.). **Public Private Partnerships: Construction, Protection and Rehabilitation of Critical Infrastructure**. Cham: Springer, 2019.

COCA, José Antonio García de. El servicio público local de abastecimiento de agua potable, saneamiento y depuración — nuevas tendencias, en especial su gestión indirecta. In: WAGNER, Francisco Sosa. **El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI**, Homenaje ao Profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo, Tomo I. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.

COHEN, Isadora; ALTALE, Marcela; MOURA, Viviane. Regionalização nos serviços de saneamento básico e novo marco regulatório do setor. In: **Jota**, 10 ago. 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/infra/regionalizacao-nos-servicos-de-saneamento-basico-e-novo-marco-regulatorio-do-setor-1008%E2%80%A6>. Acesso em: 6 nov. 2020.

COHRE. **A Efetivação do Direito à Água e ao Saneamento no Brasil**: uma análise do marco jurídico e das políticas públicas com base em uma perspectiva de direitos humanos. Brasília, 2008.

COHRE, AAAS, SDC, and UN-HABITAT. **Manual on the Right to Water Sanitation**: A tool to assist policy makers and practitioners develop strategies for implementing the human right to water and sanitation. 2007, p. XVI. Disponível em: http://www.worldwatercouncil.org/fileadmin/wwc/Programs/Right_to_Water/Pdf_doct/RTWP__20Manual_RTWS_Final.pdf. Acesso: 6 nov. 2020.

COHRE, Water AID, COSUDE y UNIHABITAT. **Saneamiento:** Un imperativo de derechos humanos. Ginebra, 2008.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CORREA, Márcio Lopes. **Prática Comentada da Cooperação Internacional:** entre a hegemonia e a busca de autonomia. Brasília: Edição do autor, 2010.

CORREIA, Marcelo Bruto da Costa. A Regulação no Setor de Saneamento: comparação entre França, Inglaterra e Brasil. In: **Cadernos Gestão Pública e Cidadania**, v. 12, n. 51, jul./dez. 2007.

COSTA, Fábio Moraes; FERREIRA, Felipe Ramos; RAINHO, Alice Guimarães. Determinantes da Redução da Perda de Distribuição de Água nas Empresas de Saneamento. In: **XXI USP International Conference in Accounting**. 2019. Disponível em: https://congressosp.fipecafi.org/anais/Anais2019_NEW/ArtigosDownload/1736.pdf. Acesso em: 6 nov. 2020.

COSTA, José Augusto Fontoura. **Direito Internacional do Investimento Estrangeiro**. Curitiba: Juruá. 2010.

CRETELLA NETO, José. **Teoria Geral das Organizações Internacionais**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CRUCIOLI, João Igor; SILVA, Thiago Oliveira; TORRES, Lucas Yamauchi; SILVA, Débora Pereira da; LIMA FILHO, Cleomar Rodrigues. Tratamento ineficiente do esgoto sanitário por contrato de subdelegação no município de Jataí: avaliação dos impactos causados aos usuários. In: **XXX Congresso Nacional de Saneamento e Meio Ambiente**. Disponível em: https://www.saneamentobasico.com.br/wp-content/uploads/2019/12/fenasan2019_159.pdf. Acesso em: 6 nov. 2020.

CUNHA, Alexandre dos Santos *et al.* Poder Concedente e Marco Regulatório no Saneamento Básico. **Cadernos Direito GV**, v. 2, São Paulo, mar. 2006.



CUSTÓDIO, Helita B. Princípios Constitucionais da Proteção das Águas. In: KISHI, Sandra *et al.* (org.). **Desafios do Direito Ambiental no Século XXI**: estudos em homenagem a Paulo Affonso Leme Machado. São Paulo: Malheiros, 2005.

D'ISEP, Clarissa Ferreira Macedo. **Água Juridicamente Sustentável**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

DALLA VIA, Alberto R. **Derecho Constitucional Económico**. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2006.

DANTAS, Camila Pezzino Balaniuc. A questão da competência para a prestação do serviço público de saneamento básico no Brasil. In: PICIN, Juliana; FORTINI, Cristiana. (orgs.). **Saneamento Básico**: estudos e pareceres à luz da Lei n. 11.445/2007. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009.

DATA SUS. **Referências em Saúde**. Disponível em: <http://datasus.saude.gov.br/informacoes-de-saude/publicacoes/tabelas-nacionais>. Acesso em: 29 jun. 2017.

DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

DE MELO, Ana Léa Ribeiro Lemos. **Comparação de desempenho entre governanças de provisão de serviços públicos**: uma análise para o saneamento básico brasileiro. Universidade Federal de Uberlândia — Instituto de Economia e Relações Internacionais, 2019.

DELPINO, Luigi; DEL GIUDICE, Federico. **Diritto Amministrativo**. Simone, 2017.

DEL CASTILLO, Lilian. **La Gestión del Agua en Argentina**. Buenos Aires-Madrid: Ciudad Argentina, 2007.

_____. **Los Foros Del Agua**: Del Mar del Plata a Estambul. CARI — Documentos de trabalho n. 86, 2009. Disponível

em: https://www.internationalwaterlaw.org/bibliography/articles/general/Foros_del_Agua_libro.pdf. Acesso em: 20 set. 2020.

DELAUME, Georges R. La Convention pour Le reglement des différends aux relatifs aux investissements entre Etats ET ressortissants d'autres Etats. **Journal Du Droit International**, n. 1, p. 26-49, 1996.

DEMOLINER, Karine Silva. **Água e Saneamento Básico**: regimes jurídicos e marcos regulatórios no ordenamento brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

_____. **Parcerias na administração pública**: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas. Atlas, 2019.

DÍEZ, Salvador Parrado. **Sistemas Administrativos Comparados** — Temas de Gestión y Administración Pública. Madrid: Editorial Tecnos, 2002.

DROBENKO, Bernard. Les Nouveaux Grands Principes du Droit Moderne de l'Eau. In: MILARÉ, Édís *et al.* **Doutrinas Essenciais**: direito ambiental. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1978.

ENTERRÍA, Eduardo García de. **Revolucion Francesa y Administracion Contemporanea**. 5. ed. Madrid: Editorial Civitas, 1998.

ESTORNINHO, Maria João. **A Fuga para o Direito Privado**: contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública. Coimbra: Livraria Almedina, 2009.



EUROPEAN INVESTMENT BANK. **Market Update:** Review of the European PPP Market in 2019. Disponível em: https://www.eib.org/attachments/epec/epec_market_update_2019_en.pdf. Acesso em: 30 jul. 2020.

EUROPEAN COMISSION. Expert Panel on Effective Ways of Investing in Health. **Health and Economics Analysis for an Evaluation of the Public-Private Partnerships in Health Care Delivery across Europe (2014)**. Disponível em: https://eupha.org/repository/sections/hsr/003_assessmentstudyppp_en.pdf. Acesso em: 5 ago. 2020.

European PPP Expertise Centre. **United Kingdom/England:** PPP Units and Related Institutional Framework (2012). Disponível em: https://www.eib.org/attachments/epec/epec_uk_england_ppp_unit_and_related_institutional_framework_en.pdf. Acesso em: 5 ago. 2020.

FAORO, Raymundo. **Os Donos do Poder:** a formação do patronato brasileiro. 10. ed. São Paulo: Globo, 1996.

FAGUNDES, Márcia Margarete. Teoria da Captura do Regulador de Serviços Públicos. In: SOUTO, Marcos Juruena Villela; MARSHALL, Carla. (coord.). **Direito Empresarial Público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Agências Reguladoras:** Legalidade e Constitucionalidade. 2010.

FERREIRA, Ximena Cardozo. Inundações Urbanas: Gestão de Riscos com Foco na Prevenção de Danos. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2019.

FERRER, Juan de la Cruz. **La liberalización de los servicios públicos y el sector eléctrico:** Modelos e análisis de la Ley 54/1997. Madrid: Marcial Pons, 1999.

FIGUERES, Christiana; LE QUÉRÉ, Corine; MAHINDRA, Anand; BÄTE, Oliver;

WHITEMAN, Gail; PETERS, Glen; GUAN, Dabo. Emissions are still rising: ramp up the cuts. In: **Nature**. 2018. DOI: 10.1038/d41586-018-07585-6.

FREITAS, Fernando Garcia de; MAGNABOSCO, Ana Lelia. **Benefícios Econômicos e Sociais da Expansão do Saneamento Brasileiro**. Trata Brasil e pela EX ANTE Consultoria. Disponível em: <http://www.tratabrasil.org.br/images/estudos/itb/beneficios/Relat%C3%B3rio-Benef%C3%ADcios-do-saneamento-no-Brasil-04-12-2018.pdf>. Acesso em: 6 nov. 2020.

_____. **O saneamento e a vida da mulher brasileira**. Disponível em: http://www.tratabrasil.org.br/images/estudos/itb/pesquisa-mulher/brk-ambiental-presents_women-and-sanitation_PT.pdf. Acesso em: 6 nov. 2020.

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: Direito ao Futuro**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

FREITAS, Raquel Maria Soares; ALTAFIN, Irene Guimarães; DUCLOS, Maria Teresa Marins; DIAS, Samuel Arthur. **Privatização de Companhia Estadual de Saneamento: a experiência única do Tocantins**. Rio de Janeiro: FGV, CERI (Centro de Estudos em Regulação e Infraestrutura), 2017.

GAETANI, Francisco; ALBUQUERQUE, Kélvia. Análise de impacto regulatório e melhoria regulatória. In: RAMALHO, Pedro Ivo Sebba. (org.). **Regulação e Agências Reguladoras: Governança e Análise de Impacto Regulatório**. Brasília: Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) e Casa Civil da Presidência da República, 2009.

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

GALVÃO JUNIOR, Alceu de Castro *et al.* Análise de Contratos de Concessão para a Prestação de Serviços de Água e Esgoto no



Brasil. **Revista de Engenharia Sanitária e Ambiental**, v. 11, n. 4, out./dez. 2006.

_____. Viabilidade da Regulação Subnacional dos Serviços de Abastecimento de Água e Esgotamento Sanitário sob a Lei n. 11.445/2007. **Revista de Engenharia Sanitária e Ambiental**, v. 13, n. 2, abr./jun. 2008.

GALVÃO JUNIOR, Alceu de Castro; PAGANINI, Wanderley da Silva. Aspectos conceituais da regulação dos serviços de água e esgoto no Brasil. **Revista de Engenharia Sanitária e Ambiental**, v. 14, n. 1, jan./mar. 2009.

GARCIA-KILROY; RUDOLPH. (coord.). **Financiamento Privado de Infraestruturas através de PPPs na América Latina e no Caribe**. Grupo Banco Mundial. Disponível em: <https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/26406/114418ovPT.pdf>. Acesso em: 30 jul. 2020.

GORDILLO, Agustín. **Tratado de Derecho Administrativo**: La defensa del usuario y del administrado, tomo 2, 4. ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2000.

GRAU, Eros. **O direito posto e o direito pressuposto**. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2005.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. A Evolução Jurídica do Serviço Público de Saneamento Básico. In: OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; DAL POZZO, Augusto Neves. (coords.). **Estudos sobre o Marco Regulatório do Saneamento no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

HARDIN, Garrett. The Tragedy of the Commons. **Science Magazine**, vol. 162, n. 3859, 13 dez. 1968. Disponível em: <http://www.sciencemag.org/content/162/3859/1243.full>. Acesso em: 13 fev. 2019.

HART, H. L. A. **The Concept of Law**. Oxford: Clarendon Press, 1961.



HEINEN, Juliano. **Curso de direito administrativo**. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

HELLER, Léo *et al.* **Plano Nacional de Saneamento Básico: PLANSAB**, proposta de plano, Ministério das Cidades, Secretaria Nacional de Saneamento Ambiental, Brasília, 2011.

HELLER, Léo; MORAES, Luiz Roberto Santos; BRITTO, Ana Lucia; BORJA, Patrícia Campos; REZENDE, Sonaly Cristina. **Panorama do Saneamento Básico no Brasil: Análise Situacional dos Programas e Ações Federais**, Volume III, Brasília, Ministério das Cidades/ Secretaria Nacional de Saneamento Ambiental, 2011.

HELLER, Léo; Valter Lúcio de Pádua (organizadores). **Abastecimento de água para consumo humano**. Volume I e II. 2ª ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2010.

HERNANDEZ, Marisol Anglés. El Desarrollo Sostenible al Centro de la Tríada. In: MILARÉ, Edis; MACHADO, Paulo Affonso Leme. (org.). **Direito Ambiental: Direito Ambiental Internacional e temas atuais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

IBGE. **Perfil dos municípios brasileiros — Saneamento básico: aspectos gerais da gestão da política de saneamento básico**. Rio de Janeiro: IBGE, Coordenação de População e Indicadores Sociais, 2018

IFC (International Finance Corporation). **Manual sobre Contratos de Performance e Eficiência para Empresas de Saneamento em Brasil**, 2013.

JOSKOW, Paul. Regulation of Natural Monopoly. In: POLINSKY, A. Mitchell; SHAVELL, Steven. **Handbook of Law and Economics**, Volume 2. Elsevier B. V., 2007.

JUBILUT, Líliana Lyra. Os Pactos Internacionais de Direitos Humanos (1966). In: ALMEIDA, Guilherme de Assis; MOISÉS, Cláudia Perrone. (coords.). **Direito Internacional dos Direitos Humanos: instrumentos básicos**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2000.



KORKELIA, Konstantin. New Challenges to the Regime of Reservations under the International Covenant on Civil and Political Rights. **European Journal of International Law**. v. 13, n. 2. Oxford: Oxford University Press, 2002.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

LAUBADÈRE, André de; VENEZIA, Jean Claude; GAUDEMET, Yves. **Traité de Droit Administratif**, Tome I. 14. ed. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1996.

LEAL, Fernando. Análise de impacto regulatório e proporcionalidade: semelhanças estruturais, mesmos problemas reais? **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 9, n. 3, 2020.

MACCORMICK, Neil. **Rhetoric and the Rhetoric and the Rule of Law: a theory of legal reasoning**. Oxford: Oxford University Press, 2005.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito de Acesso à Água**. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 24.

_____. **Direito dos Cursos de Água Internacionais** (elaboração da Convenção sobre o Direito Relativo à utilização dos Cursos de Água Internacionais para fins Diversos dos de Navegação — Nações Unidas, 1997). São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. **Direito Do Saneamento Básico**. Salvador: Editora JusPodivm, 2021.

MADEIRA, Rodrigo Ferreira. O setor de saneamento básico no Brasil e as implicações do marco regulatório para a universalização do acesso. **Revista do BNDES**, v. 33, jun. 2010.

MARQUES, Sílvia Badim; DELDUQUE, Maria Célia. Saúde e Saneamento Básico: Relação Necessária na Perspectiva do Direito.

In: MOTA, Carolina. (coord.). **Saneamento Básico no Brasil:** Aspectos Jurídicos da Lei Federal 11.445/2007. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 228-229. Disponível em: <http://www.un-documents.net/h2o-dub.htm>. Acesso em: 2 fev. 2012.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Concessões.** Belo Horizonte: Fórum, 2015.

MARRARA, Thiago; OLIVEIRA, Raul Miguel Freitas de. Consórcios para prestação ou regulação de serviços de saneamento básico. In: DAL POZZO, Augusto Neves; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; BERTOCCELLI, Rodrigo de Pinho. (coords.). **Tratado sobre o marco regulatório do saneamento básico no Direito brasileiro.** São Paulo: Editora Contracorrente, 2017.

MARTÍN, Carmen Plaza. **Derecho Ambiental de La Unión Europea.** Valencia: Tirant lo Blanch, 2005.

MARTÍN, Liber. **Derecho de Aguas.** Estudio sobre el uso y dominio de las aguas públicas. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2010.

MARTÍN, Liber *et al.* **El derecho humano al agua:** particularidades de su reconocimiento, evolución y ejercicio. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2011.

MARTINS, Humberto Falcão. Burocracia e a revolução gerencial: a persistência da dicotomia entre política e administração. **Revista do Serviço Público.** Brasília, ENAP, ano 48, n. 1, jan./abr. 1997.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Natureza Jurídica dos Acordos Stand-by com o FMI.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. A Proteção Internacional dos Direitos Humanos e o Direito Internacional do Meio Ambiente. **Revista Argumenta**, n. 9, jul./dez. 2009.

MEIRELLES, Fernanda. Contratos no Setor de Saneamento Básico: desenhos e incentivos. In: MOTA, Carolina. (coord.). **Saneamento**

Básico no Brasil: aspectos jurídicos da Lei Federal n. 11.445/2007. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes; BURLE FILHO, José Emmanuel. **Direito Administrativo Brasileiro**. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MELLO, Celso D. Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. 14. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

MUÑOZ, Jaime Rodríguez-Arana. **Direito Fundamental à Boa Administração Pública**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012.

NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. **Defesa da Concorrência e Globalização Econômica:** o controle da concentração de empresas. São Paulo: Malheiros, 2002.

NUSDEO, Fábio. **Curso de Economia**, Introdução ao Direito Econômico. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

OCDE. **Recomendação do Conselho sobre Política Regulatória e Governança**, 2012. Disponível em> <https://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/Recommendation%20PR%20with%20cover.pdf>.

OLIVEIRA, Carlos Roberto. Em busca da efetividade na regulação: os avanços e desafios jurídico-institucionais das agências reguladoras de saneamento. In: DAL POZZO, Augusto Neves; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; BERTOCCELLI, Rodrigo de Pinho. (coords.). **Tratado sobre o marco regulatório do saneamento básico no Direito brasileiro**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2017.

OLIVEIRA, Celso Maran *et al.* **Direito Internacional das Águas Doces**. São Paulo: Rima, 2009.

OLIVEIRA, Gesner *et al.* **Estudo Técnico:** Remunicipalização dos Serviços de Saneamento Básico. São Paulo: GO Associados, 2018.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. O Planejamento do Serviço de Saneamento Básico na Lei 11.445/2007 e no Decreto 7.217/2010.

In: DAL POZZO, Augusto Neves; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; BERTOCCELLI, Rodrigo de Pinho. (coords.). **Tratado sobre o marco regulatório do saneamento básico no Direito brasileiro**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2017.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; DAL POZZO, Augusto Neves. (coords.). **Estudos sobre o Marco Regulatório do Saneamento no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Novo perfil da Regulação Estatal**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

OLIVEIRA, Thiago Guedes. **Abertura de capital das companhias estaduais de saneamento**: uma análise a partir da experiência de Minas Gerais. Belo Horizonte: UFMG, 2015.

OLIVEIRA, Thiago Guedes; REZENDE, Sonaly; HELLER, Léo. Privatização dos serviços de saneamento: uma análise qualitativa à luz do caso de Cachoeiro de Itapemirim. In: **Revista de Engenharia Sanitária e Ambiental**, v. 16, n. 4, out./dez., 2011.

OSSORIO, Alfredo. **El Sentido de la innovaciones de gestión en la Argentina**. In: XII Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, Sto. Domingo, Rep. Dominicana, 2007.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE, OMS. Relatório Mundial da Saúde. **Financiamento dos Sistemas de Saúde**: O caminho para a cobertura universal. Disponível em: <http://www.who.int/eportuguese/publications/WHR2010.pdf?ua=1>. Acesso em: 2 mar. 2020.

PELLEGRINI, Guilherme Martins. Regulação do Saneamento e Participação Pública. In: DAL POZZO, Augusto Neves; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; BERTOCCELLI, Rodrigo de Pinho. (coords.). **Tratado sobre o marco regulatório do saneamento básico no Direito brasileiro**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2017.

PEREIRA, João Márcio Mendes. **O Banco Mundial como ator político, intelectual e financeiro**. Rio de Janeiro: 2010.

PEREZ, Francisca Villalba. El arrendamiento de servicios públicos como modalidad de gestión indirecta em el âmbito local. In: WAGNER, Francisco Sosa. **El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI**, Homenaje ao Profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo, Tomo I. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.

PÉRICO, Ana Elisa; SANTANA, Naja Brandão; REBELATTO, Daisy Aparecida do Nascimento. O Uso Racional de Água na Sabesp: uma Análise por Envoltória de Dados. In: **Simpósio Brasileiro de Pesquisa Operacional**. João Pessoa: XL SBPO, 2008.

PESSOA, João Paulo. Constituição, Saneamento Básico e Controle Social. In: DAL POZZO, Augusto Neves; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; BERTOCCELLI, Rodrigo de Pinho. (coords.). **Tratado sobre o marco regulatório do saneamento básico no Direito brasileiro**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2017.

PETRELLA, Ricardo. **O Manifesto da Água**: argumentos para um contrato mundial. 2. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2014.

PIGRETTI, Eduardo *et al.* **Derecho Ambiental de Aguas**. Buenos Aires: Lajouane, 2010.

PINTO, Bibiana Graeff Chagas. **La Gestion des Services Publics de Distribution et D'Assainissement de L'eau** — etude comparée en droit français et brésilien, These pour le Doctorat en Droit, Universite Paris I, Pantheon Sorbonne. Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2008.

PINTO, Carolina Mota. (coord.). Nota Introdutória. In: **Saneamento Básico no Brasil**: aspectos jurídicos da Lei Federal n. 11.445/2007. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. Introdução ao Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos: a Convenção Americana de Direitos Humanos. In: GOMES, Luiz Flávio; PIOVESAN, Flávia. (coord.). **O Sistema Interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. **Temas de Direitos Humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

PIRES, Lilian Regina Gabriel Moreira. **Região Metropolitana: governança como instrumento de gestão compartilhada**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

PNUD. Aprofundar a Democracia em um mundo fragmentado. **Relatório do Desenvolvimento Humano/GRDH**. New York, 2002

_____. A água para lá da escassez: poder, pobreza e a crise mundial da água. **Relatório do Desenvolvimento Humano/GRDH**. New York, 2006.

_____. Desenvolvimento Humano para Todos. **Relatório do Desenvolvimento Humano/GRDH**. New York, 2016.

_____. **Human Development Report 2019**. Disponível em: http://hdr.undp.org/sites/default/files/hdr_2019_pt.pdf. Acesso em: 22 set. 2020.

PONDÉ, João Luiz; FAGUNDES, Jorge; POSSAS, Mario Luiz. Política de Defesa da Concorrência e Práticas Restritivas Verticais. **Anais do XXIX Encontro Nacional de Economia**, Associação Nacional dos Centros de Pós-Graduação em Economia (ANPEC), 2001.

PSIRU. **Veio para ficar**: a remunicipalização da água como uma tendência global. 2014. Disponível em: <https://www.tni.org/files/download/heretostay-pt.pdf>.



RAMINA, Larissa. **Direito Internacional dos Investimentos, solução de controvérsias entre Estados e Empresas Transnacionais**. Curitiba: Juruá, 2009.

REES, Ray. Théories économiques des privatisations: exemple de la Grande-Bretagne. In: **Les Privatisations en Europe**: Programmes et Problèmes sous la Direction de Vincent Wright, Actes Sud, 1993.

REI, Fernando. Desenvolvimento Sustentável: uma longa ligação. **Revista de Direitos Difusos**. v. 6, 2001.

REZENDE, Sonaly Cristina *et al.* (org.). **Panorama do Saneamento Básico no Brasil**. Cadernos Temáticos para o Panorama do Saneamento Básico no Brasil, Volume VII, Brasília, Ministério das Cidades/Secretaria Nacional de Saneamento Ambiental, 2011.

REZENDE, Sonaly Cristina; HELLER, Léo. **O Saneamento no Brasil: políticas e interfaces**. 2. ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2008.

RICHARDSON, Jeremy J. Pratique des privatisations en Grande-Bretagne. In: **Les Privatisations en Europe**: Programmes et Problèmes sous la Direction de Vincent Wright, Actes Sud, 1993.

RICHER, Laurent. **Droit des Contrats Administratifs**. 2. ed. Paris: L.G.D.F.

RIOS, Nelly Edid. Los Derechos Ambientales. In: TOSI, Jorge Luis. **El Medio Ambiente en el Derecho Comunitario**. Mendoza: Juridicas Cuyo, 2006.

SAIANI, Carlos Cesar Santejo; AZEVEDO, Paulo. **Privatização do Saneamento Básico faz bem à Saúde?** ANPEC — Associação Nacional dos Centros de Pós-Graduação em Economia, 2014.

SAMPAIO, José Adércio Leite; WOLD, Chris; NARDY, Afrânio José Fonseca. **Princípios do Direito Ambiental**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SANCHEZ, Oscar Adolfo. A Privatização do Saneamento.
In: **São Paulo Perspec**, v. 15, n. 1, São Paulo jan./mar. 2001.

SANTANA, Felipe Baldin. **Privatização do Saneamento Básico no Brasil**: um estudo de caso da cidade de Limeira/SP. Campinas: Universidade Estadual de Campinas, 2015.

SANTOS, Carlos; VALDOMIR, Sebastián; IGLESIAS, Verónica; RENFREW, Daniel. **Agua en Movimiento**: la resistencia a la privatización del agua en Uruguay. Montevideo: Edição dos autores, 2006.

SCANLON, J.; CASSAR, A.; NEMES, N. Water as a Human Right?
In: BENJAMIN, Antonio Herman V. (coord.). **Dano Ambiental**: prevenção, reparação e repressão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

SCHAPIRO, Mario Gomes *et al.* Conflito de Interesses nas Empresas Estatais: Uma análise dos casos Eletrobrás e Sabesp. **Revista Direito e Práxis**, v. 9, n. 3, p. 1424-1461, 2018.

SCHEFFER, Mário. (coord.) **Demografia Médica no Brasil 2018**. Departamento de Medicina Preventiva, Faculdade de Medicina da USP. Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo. Conselho Federal de Medicina. Disponível em: <https://jornal.usp.br/wp-content/uploads/DemografiaMedica2018.pdf>. Acesso em: 1 mar. 2020.

SCRIPTORE, Juliana Souza; JÚNIOR, Rudinei Toneto. A estrutura de provisão dos serviços de saneamento básico no Brasil: uma análise comparativa do desempenho dos provedores públicos e privados. **Revista de Administração Pública**, v. 46, n. 6, 2012.

SEN, Amartya Kumar. **A Ideia de Justiça**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

_____. **Desenvolvimento como Liberdade**. Tradução: Laura Teixeira Motta. Revisão técnica: Ricardo Doniselli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.



SHAMMAS, Nazih K. **Abastecimento de água e remoção de resíduos**/Nazih K. Shammass, Lawrence K. Wang; tradução Luiz Claudio de Queiroz Faria, 3ª ed., Rio de Janeiro, LTC, 2013.

SHARKEY, William W. **The Theory of Natural Monopoly**. New York: Cambridge University Press, 1982.

SHLEIFER, Andrei. State versus Private Ownership. **Journal of Economic Perspectives**, v. 12, n. 4, p. 133-150, 1998.

SOARES, Guido Fernando Silva. **A proteção internacional do meio ambiente**. Barueri: Manole, 2003.

SMETS, Henri. **Por un Derecho Efectivo al Agua Potable**. Facultad de Jurisprudência. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2006.

_____. **Por un Derecho Efectivo al Agua Potable**. Facultad de Jurisprudência. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2006.

SOLA, Juan Vicente. **Constitución y Economía**. Buenos Aires: LexisNexis, 2004.

SOUSA, Mônica Teresa Costa. A Vinculação entre Comércio Internacional e Desenvolvimento: possibilidades reais ou quimera do mercado? In: BARRAL, Welber; PIMENTEL, Luiz Otávio. (org.). **Comércio Internacional e Desenvolvimento**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006.

SOUZA, Laura de Mello. (org.). **História da Vida Privada no Brasil**: cotidiano e vida privada na América Portuguesa. São Paulo: Companhia das Letras, 1997.

TARTARINI, Jorge D. **Historias del Agua en Buenos Aires**: de aljibes, aguateros y aguas corrientes. Buenos Aires: Edición Agua y Saneamientos Argentinos, 2010.

TEICHER *et al.* **Sharing Concerns**: Country Case Studies in Public-Private Studies. Newcastle: Cambridge Scholars Publishing, 2019.

THIRLWALL, Antony. **Keynes and international monetary relations**: the second Keynes Seminar held at the University of Kent at Canterbury, 1974, London: Macmillan, 1976.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Direitos Humanos e Meio Ambiente**: paralelo dos sistemas de proteção internacional. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.

TRINDADE, Karla Bertocco. A Construção de um Novo Modelo Institucional para o Saneamento no Estado de São Paulo. In: MOTA, Carolina. (coord.). **Saneamento Básico no Brasil**: aspectos jurídicos da Lei Federal n. 11.445/2007. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

TUROLLA, Frederico Araújo. Financiamento dos Serviços de Saneamento Básico. In: MOTA, Carolina. (coord.). **Saneamento Básico no Brasil**: Aspectos Jurídicos da Lei Federal 11.445/2007. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

VALDEZ, Oscar R. Aguilar. Contratación Administrativa y Financiamiento — la relación entre el financiamiento y los mecanismos de ejecución contractual. El caso de los contratos de construcción y explotación de infraestructuras públicas. In: **La Contratación Pública**. CASSAGNE, Juan Carlos; RIVERO YSERN, Enrique. (coord.). Buenos Aires: Hammurabi, 2006.

VARELLA, Marcelo D. **Direito Internacional Econômico Ambiental**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

VARGAS, Marcelo Coutinho; LIMA, Roberval Francisco de. Concessões privadas de saneamento no Brasil: bom negócio para quem? **Ambiente & Sociedade**, v. 7, n. 2, p. 67-94, 2004.

VARGAS, Marcelo Coutinho; GOUVELLO, Bernard de. **Trajetórias e Perspectivas da gestão privada do Saneamento na América Latina**: contrastes e aproximações entre Brasil e Argentina. Paraná: Editora UFPR, n. 24, 2011.



VIANA, Maurício Boratto. **Privatização dos Serviços de Saneamento** — Enfoque Socioambiental. Estudo Técnico, Consultoria Legislativa. Câmara dos Deputados: Setembro, 2017.

VIEGAS, Eduardo Coral. **Visão Jurídica da Água**. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2005.

VREELAND, James Raymond. **The International and Domestic Politics of IMF Programs**, Department of Political Science of Yale University, 2004.

WALD, Arnaldo; MORAES, Luiza Rangel de. Agências Reguladoras. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 36, n. 141, 1999.


WALDRON, Jeremy. Separation of Powers in Thought and Practice. In: **Boston College Law Review**, v. 54, 2, 2013.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. **A Preliminary Reflection On The Best Practice In PPP In Healthcare Sector**: A Review Of Different PPP Case Studies And Experiences (2012). Disponível em: https://www.unece.org/fileadmin/DAM/ceci/images/ICoE/PPPHealthcareSector_DiscPaper.pdf. Acesso em: 31 jul. 2020.

ZANCHIM, Kleber Luiz. **Contratos de parceria público-privada (PPP): risco e incerteza**. Editora Quartier Latin do Brasil, 2012.



Confira abaixo outras obras do Autor:

- **Compliance Anticorrupção e das Contratações Públicas** (Coleção Compliance). Volume II. Editora Revista dos Tribunais, 2021;
 - **Lei Anticorrupção** (Coleção Soluções de Direito Administrativo) – Leis comentadas – Volume 9, Editora Revista dos Tribunais, 2019;
 - **Corrupção e Improbidade Administrativa:** cenários de risco na responsabilização de agentes público municipais. Editora RT, 2018;
 - **Curso de Direito Administrativo**, Editora Método, 2007;
 - **Comentários à Constituição do Estado do Rio Grande do Sul**, Editora Forense, 2010;
 - **O Estado Brasileiro e seus Partidos Políticos:** Do Brasil colônia à redemocratização, Livraria do Advogado, 2014;
 - **Direito Administrativo – Teoria Resumida**, Editora Método, 2009;
 - **Servidor Público Federal**, Lei n. 8.112/90 – Comentada artigo por artigo, Editora Método, 2009.
- 

ORGANIZAÇÃO:

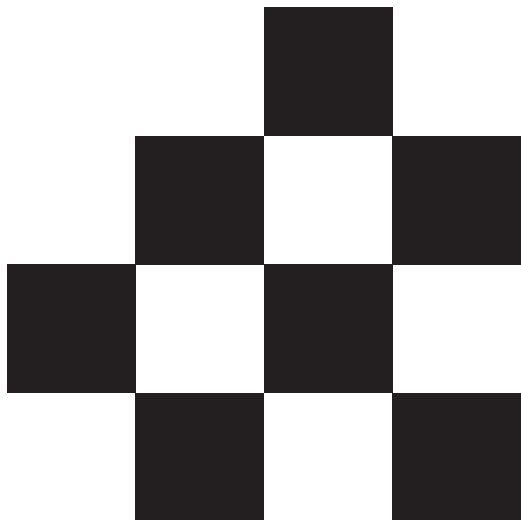
ALOÍSIO ZIMMER
advogados associados



ACESSE A VERSÃO DIGITAL
DISPONÍVEL GRATUITAMENTE
NO QR-CODE



PARA ENTRAR EM
CONTATO CONOSCO,
ESCANEE O QR-CODE



ISBN 978-65-00-32609-3



9 786500 326093