

Coordenação:
Leandro Frota
Manoel Peixinho

Apresentação:
Felipe Santa Cruz

MARCO REGULATÓRIO DO SANEAMENTO BÁSICO:

ESTUDOS EM HOMENAGEM AO MINISTRO LUIZ FUX



Alexandre Chini; Alexandre Oheb Sion; Aluisio Gonçalves de Castro Mendes; Amanda F. de Almeida; Amanda Schmidt Célico; Ana Tereza Marques; André Baiseredo; André R. C. Fontes; Antonio Carlos de Castro Neves Tavares; Antonio Ricardo Corrêa Junior; Antonio Ricardo Corrêa; Benedito Gonçalves; Bernardo Santoro; Bruna Athayde Taveira; Bruno Cavalcanti; Carlos Roberto de Oliveira; Daniel Derenusson Kowarski; Daniela Janaina Pereira Miranda; Daniela Malheiros Jerez; Douglas Estevam; Eduardo Abreu Biondi; Eugênio Rosa de Araujo; Fernando Quadros da Silva; Firly Nascimento Filho; Giovani Morelli; Guilherme Amorim Campos da Silva; Gustavo Manso de Oliveira; Helena Telino Neves; Horácio Figueiredo; Humberto Martins; Isabella Franco Guerra; Janaina Gomes Aguiar Cascão; Joel Ilan Paciornik; Joelma Gonçalves Ribeiro; José Augusto Dias Castro; José Carlos de Oliveira; Larissa Clare Pochmann da Silva; Leandro Mello Frota; Leonardo Zulato Barbosa; Luciana Merçon Vieira; Lucilaine Aparecida T. Medeiros; Luiz Gustavo A. S. Bichara; Luiz Stefanini; Manoel Messias Peixinho; Marcela de Lima Altale; Marcelo Moraes Caetano; Marcelo Ramos; Marcelo Rodrigues Mazzei; Maria Isabelle Souto Leite; Maria Luiza Machado Granziera; Maria Tereza Couto Magrani; Maria Tereza Fonseca Dias; Mariana Augusta Faleiro Borges; Mário Augusto Figueiredo de Lacerda Guerreiro; Maurício Dantas Bezerra; Messod Azulay Neto; Neilton Guedes; Paula Brígido da Motta Steele; Pedro Ludovico; Raphael Eyer Soares de Paiva; Renata Oliveira Almeida Menezes; Rita Rocha; Roberto Nucci Riccetto; Rodrigo Augusto Lazzari Lahoz; Rodrigo Numeriano Dubourcq; Rodrigo Santos Hosken; Rogel Martins Barbosa; Rogério Borba da Silva; Rubens Neves; Sandro Lúcio Barbosa Pitassi; Sara Bursztejn; Sebastião Sérgio da Silveira; Sóstenes Marchezine; Tadeu Fabrício Malheiros; Thais Vidal; Thelmo de C. T. Branco Filho; Theophilo Antonio Miguel Filho; Thiago Augusto Terada; Thiago Flores dos Santos; Thomas Law; Túlio de Medeiros Jales.

Marco Regulatório do Saneamento Básico

Estudos em homenagem ao Ministro Luiz Fux

Leandro Frota
Manoel Peixinho
(Coordenadores)

Marco Regulatório do Saneamento Básico

Estudos em homenagem ao Ministro Luiz Fux



Brasília – DF, 2021

© Ordem dos Advogados do Brasil
Conselho Federal, 2021
Setor de Autarquias Sul - Quadra 5, Lote 1, Bloco M
Brasília – DF CEP: 70070-939

Distribuição: Conselho Federal da OAB – GRE
E-mail: oabeditora@oab.org.br

O Conselho Federal da OAB – por meio da OAB Editora – ressalta que as opiniões emitidas nesta publicação, em seu inteiro teor, são de responsabilidade dos seus autores.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – Biblioteca Arx Tourinho)

M321mrs

Marco regulatório do Saneamento Básico : estudos em homenagem ao Ministro Luiz Fux / coordenador: Leandro Frota, Manoel Peixinho – Brasília: OAB Editora, 2021.

vii, 766 p.: il.

ISBN: 978-65-5819-042-4.

1. Concessão de serviços públicos, regulação, Brasil, coletânea. 2. Saneamento básico, regulação, aspectos jurídicos, Brasil, coletânea. 3. Agência reguladora, saneamento, Brasil. 4. Políticas públicas, saneamento, Brasil. I. Frota, Leandro, coord. II. Peixinho, Manoel, coord. III. Fux, Luiz, 1953-. IV. Brasil. Lei nº 14.026/2020. IV. Título.

CDDir: 341.353
CDU: 628:35.078.2(81)

Gestão 2019/2022

Diretoria

Felipe Santa Cruz

Luiz Viana Queiroz

José Alberto Simonetti

Ary Raghiant Neto

José Augusto Araújo de Noronha

Presidente

Vice-Presidente

Secretário-Geral

Secretário-Geral Adjunto

Diretor-Tesoureiro

Conselheiros Federais

AC: Cláudia Maria da Fontoura Messias Sabino; **AL:** Fernanda Marinela de Sousa Santos, Fernando Carlos Araújo de Paiva e Roberto Tavares Mendes Filho; **AP:** Alessandro de Jesus Uchôa de Brito, Felipe Sarmento Cordeiro e Helder José Freitas de Lima Ferreira; **AM:** Aniello Miranda Aufiero, Cláudia Alves Lopes Bernardino e José Alberto Ribeiro Simonetti Cabral; **BA:** Carlos Alberto Medauar Reis, Daniela Lima de Andrade Borges e Luiz Viana Queiroz; **CE:** André Luiz de Souza Costa; Hélio das Chagas Leitão Neto e Marcelo Mota Gurgel do Amaral; **DF:** Daniela Rodrigues Teixeira, Francisco Queiroz Caputo Neto e Ticiano Figueiredo de Oliveira; **ES:** Jedsom Marchesi Maioli, Luciana Mattar Vilela Nemer e Luiz Cláudio Silva Allemand; **GO:** Marcello Terto e Silva, Marisvaldo Cortez Amado e Valentina Jungmann Cintra; **MA:** Ana Karolina Sousa de Carvalho Nunes, Charles Henrique Miguez Dias e Daniel Blume Pereira de Almeida; **MT:** Felipe Matheus de França Guerra, Joaquim Felipe Spadoni e Ulisses Rabaneda dos Santos; **MS:** Ary Raghiant Neto, Luís Cláudio Alves Pereira e Wander Medeiros Arena da Costa; **MG:** Antônio Fabricio de Matos Gonçalves, Bruno Reis de Figueiredo e Luciana Diniz Nepomuceno; **PA:** Afonso Marcus Vaz Lobato, Bruno Menezes Coelho de Souza e Jader Kahwage David; **PB:** Harrison Alexandre Targino, Odon Bezerra Cavalcanti Sobrinho e Rogério Magnus Varela Gonçalves; **PR:** Airton Martins Molina, José Augusto Araújo de Noronha e Juliano José Breda; **PE:** Leonardo Accioly da Silva, Ronnie Preuss Duarte e Silvia Márcia Nogueira; **PI:** Andrey Lorena Santos Macêdo, Chico Couto de Noronha Pessoa e Geórgia Ferreira Martins Nunes; **RJ:** Carlos Roberto de Siqueira Castro, Luiz Gustavo Antônio Silva Bichara e Marcelo Fontes Cesar de Oliveira; **RN:** Ana Beatriz Ferreira Rebello Presgrave, Artêmio Jorge de Araújo Azevedo e Francisco Canindé Maia; **RS:** Cléa Anna Maria Carpi da Rocha, Rafael Braude Canterji e Renato da Costa Figueira; **RO:** Alex Souza de Moraes Sarkis, Andrey Cavalcante de Carvalho e Franciany D'Alessandra Dias de Paula; **RR:** Emerson Luis Delgado Gomes e Rodolpho César Maia de Moraes; **SC:** Fábio Jeremias de Souza, Paulo Marcondes Brincas e Sandra Krieger Gonçalves; **SP:** Alexandre Ogusuku, Guilherme Octávio Batochio e Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró; **SE:** Adélia Moreira Pessoa, Maurício Gentil Monteiro e Paulo Raimundo Lima Ralin; **TO:** Antônio Pimentel Neto, Denise Rosa Santana Fonseca e Kellen Crystian Soares Pedreira do Vale.

Conselheiros Federais Suplentes

AC: Luiz Saraiva Correia, João Tota Soares de Figueiredo Filho e Odilardo José Brito Marques; **AL:** Ana Kilza Santos Patriota, João Luís Lôbo Silva e Sergio Ludmer; **AP:** Emmanuel Dante Soares Pereira, Mauricio Silva Pereira e Paola Julien Oliveira dos Santos; **AM:** Márcia Maria Cota do Álamo e Sergio Rodrigo Russo Vieira; **BA:** Antonio Adonias Aguiar Bastos, Ilana Kátia Vieira Campos e Ubirajara Gondim de Brito Ávila; **CE:** Alcimor Aguiar Rocha Neto, André Rodrigues Parente e Leonardo Roberto Oliveira de Vasconcelos; **DF:** Raquel Bezerra Cândido, Rodrigo Badaró Almeida de Castro e Vilson Marcelo Malchow Vedana; **ES:** Carlos Magno Gonzaga Cardoso, Luiz Henrique Antunes Alochio e Ricardo Álvares da Silva Campos Júnior; **GO:** Dalmo Jacob do Amaral Júnior, Fernando de Paula Gomes Ferreira e Rafael Lara Martins; **MA:** Deborah Porto Cartágenes, João Batista Ericeira e Yuri Brito Corrêa; **MT:** Ana Carolina Naves Dias Barchet, Duílio Piato Junior e José Carlos de Oliveira Guimarães Junior; **MS:** Afeife Mohamad Hajj, Luiz Renê Gonçalves do Amaral e Vinícius Carneiro Monteiro Paiva; **MG:** Felipe Martins Pinto, Joel Gomes Moreira Filho e Róbison Divino Alves; **PA:** Luiz Sérgio Pinheiro

Filho e Olavo Câmara de Oliveira Junior; **PB:** Marina Motta Benevides Gadelha, Rodrigo Azevedo Toscano de Brito e Wilson Sales Belchior; **PR:** Artur Humberto Piancastelli, Flavio Pansieri e Graciela Iurk Marins; **PE:** Ademar Rigueira Neto, Carlos Antônio Harten Filho e Graciele Pinheiro Lins Lima; **PI:** Raimundo de Araújo Silva Júnior, Shaymmon Emanuel Rodrigues de Moura Sousa e Thiago Anastácio Carcará; **RJ:** Eurico de Jesus Teles Neto; Flavio Diz Zveiter e Gabriel Francisco Leonardos; **RN:** Fernando Pinto de Araújo Neto e Olavo Hamilton Ayres Freire de Andrade; **RS:** Beatriz Maria Luchese Peruffo, Greice Fonseca Stocker e Maria Cristina Carrion Vidal de Oliveira; **RO:** Jeverson Leandro Costa, Juacy dos Santos Loura Júnior e Veralice Gonçalves de Souza Veris; **RR:** Bernardino Dias de Souza Cruz Neto, Dalva Maria Machado e Stélio Dener de Souza Cruz; **SC:** José Sérgio da Silva Cristóvam, Sabine Mara Müller Souto e Tullo Cavallazzi Filho; **SP:** Alice Bianchini e Daniela Campos Liborio; **SE:** Glícia Thaís Salmeron de Miranda, Tatiane Gonçalves Miranda Goldhar e Vitor Lisboa Oliveira; **TO:** Alessandro de Paula Canedo, Cabral Santos Gonçalves e Luiz Tadeu Guardiero Azevedo.

Ex-Presidentes

1. Levi Carneiro (1933/1938) **2.** Fernando de Melo Viana (1938/1944) **3.** Raul Fernandes (1944/1948) **4.** Augusto Pinto Lima (1948) **5.** Odilon de Andrade (1948/1950) **6.** Haroldo Valladão (1950/1952) **7.** Atílio Viváqua (1952/1954) **8.** Miguel Seabra Fagundes (1954/1956) **9.** Nehemias Gueiros (1956/1958) **10.** Alcino de Paula Salazar (1958/1960) **11.** José Eduardo do P. Kelly (1960/1962) **12.** Carlos Povina Cavalcanti (1962/1965) **13.** Themístocles M. Ferreira (1965) **14.** Alberto Barreto de Melo (1965/1967) **15.** Samuel Vital Duarte (1967/1969) **16.** Laudo de Almeida Camargo (1969/1971) **17.** José Cavalcanti Neves (1971/1973) **18.** José Ribeiro de Castro Filho (1973/1975) **19.** Caio Mário da Silva Pereira (1975/1977) **20.** Raymundo Faoro (1977/1979) **21.** Eduardo Seabra Fagundes (1979/1981) **22.** Membro Honorário Vitalício J. Bernardo Cabral (1981/1983) **23.** Mário Sérgio Duarte Garcia (1983/1985) **24.** Hermann Assis Baeta (1985/1987) **25.** Márcio Thomaz Bastos (1987/1989) **26.** Ophir Filgueiras Cavalcante (1989/1991) **27.** Membro Honorário Vitalício Marcello Lavenère Machado (1991/1993) **28.** Membro Honorário Vitalício José Roberto Batochio (1993/1995) **29.** Membro Honorário Vitalício Emanoel Uchoa Lima (1995/1998) **30.** Membro Honorário Vitalício Reginaldo Oscar de Castro (1998/2001) **31.** Rubens Approbato Machado (2001/2004) **32.** Membro Honorário Vitalício Roberto Antonio Busato (2004/2007) **33.** Membro Honorário Vitalício Raimundo Cezar Britto Aragão (2007/2010) **34.** Membro Honorário Vitalício Ophir Cavalcante Junior (2010/2013) **35.** Membro Honorário Vitalício Marcus Vinicius Furtado Coêlho (2013/2016) **36.** Membro Honorário Vitalício Claudio Pacheco Prates Lamachia (2016/2019).

Presidentes Seccionais

AC: Erick Venancio Lima do Nascimento; **AL:** Nivaldo Barbosa da Silva Junior; **AP:** Auriney Uchôa de Brito; **AM:** Marco Aurélio de Lima Choy; **BA:** Fabricio de Castro Oliveira; **CE:** José Erinaldo Dantas Filho; **DF:** Delio Fortes Lins e Silva Junior; **ES:** Jose Carlos Rizk Filho; **GO:** Lúcio Flávio Siqueira de Paiva; **MA:** Thiago Roberto Moraes Diaz; **MT:** Leonardo Pio da Silva Campos; **MS:** Mansour Elias Karmouche; **MG:** Raimundo Candido Junior; **PA:** Alberto Antonio de Albuquerque Campos; **PB:** Paulo Antonio Maia e Silva; **PR:** Cassio Lisandro Telles; **PE:** Bruno de Albuquerque Baptista; **PI:** Celso Barros Coelho Neto; **RJ:** Luciano Bandeira Arantes; **RN:** Aldo de Medeiros Lima Filho; **RS:** Ricardo Ferreira Breier; **RO:** Elton Jose Assis; **RR:** Ednaldo Gomes Vidal; **SC:** Rafael de Assis Horn; **SP:** Caio Augusto Silva dos Santos; **SE:** Inácio José Krauss de Menezes; **TO:** Gedeon Batista Pitaluga Júnior.

Coordenação Nacional das Caixas de Assistência dos Advogados – CONCAD

Pedro Zanette Alfonsin	Coordenador Nacional
Aldenize Magalhães Aufiero	Coordenadora CONCAD Norte
Andréia de Araújo Silva	Coordenadora CONCAD Nordeste
Itallo Gustavo de Almeida Leite	Coordenador CONCAD Centro-Oeste
Luís Ricardo Vasques Davanzo	Coordenador CONCAD Sudeste

Presidentes das Caixas de Assistência dos Advogados

AC: Thiago Vinícius Gwozdz Poerch; **AL:** Ednaldo Maiorano de Lima; **AP:** Jorge José Anaice da Silva; **AM:** Aldenize Magalhães Aufiero; **BA:** Luiz Augusto R. de Azevedo Coutinho; **CE:** Luiz Sávio Aguiar Lima; **DF:** Eduardo Uchôa Athayde; **ES:** Aloisio Lira; **GO:** Rodolfo Otávio da Mota Oliveira; **MA:** Diego Carlos Sá dos Santos; **MT:** Itallo Gustavo de Almeida Leite; **MS:** José Armando Cerqueira Amado; **MG:** Luis Cláudio da Silva Chaves; **PA:** Francisco Rodrigues de Freitas; **PB:** Francisco de Assis Almeida e Silva; **PR:** Fabiano Augusto Piazza Baracat; **PE:** Fernando Jardim Ribeiro Lins; **PI:** Andréia de Araújo Silva; **RJ:** Ricardo Oliveira de Menezes; **RN:** Ricardo Victor Pinheiro de Lucena; **RS:** Pedro Zanette Alfonsin; **RO:** Elton Sadi Fulber; **RR:** Ronald Rossi Ferreira; **SC:** Claudia Prudencio; **SP:** Luis Ricardo Vasques Davanzo; **SE:** Hermosa Maria Soares França; **TO:** Sergio Rodrigo do Vale.

Fundo de Integração e Desenvolvimento Assistencial dos Advogados – FIDA

Felipe Sarmiento Cordeiro	Presidente
Gedeon Batista Pitaluga Júnior	Vice-Presidente
Andréia de Araújo Silva	Secretária-Geral
José Augusto Araújo de Noronha	Representante da Diretoria

Membros

Alberto Antonio Albuquerque Campos; Aldenize Magalhães Aufiero; Itallo Gustavo de Almeida Leite; Luciana Mattar Vilela Nemer; Luis Ricardo Vasques Davanzo; Paulo Marcondes Brincas; Pedro Zanette Alfonsin; Silvia Marcia Nogueira; Thiago Roberto Moraes Diaz; Afeife Mohamad Hajj; Lucio Flávio Siqueira de Paiva; Nivaldo Barbosa da Silva Junior; Raquel Bezerra Cândido; Thiago Vinicius Gwozdz Poersch.

ESA Nacional

Ronnie Preuss Duarte	Diretor-Geral
Rafael Pontes de Miranda Alves	Diretor de Inovação e Tecnologia
Luis Cláudio Alves Pereira	Vice-Diretor

Conselho Consultivo:

Alcimir Aguiar Rocha Neto; Auriney Uchôa de Brito; Carlos Enrique Arrais Caputo Bastos; Cristina Silvia Alves Lourenço; Delmiro Dantas Campos Neto; Graciela Iurk Marins; Henrique de Almeida Ávila; Luciana Christina Guimarães Lóssio; Igor Clem Souza Soares; Paulo Raimundo Lima Ralin; Thais Bandeira Oliveira Passos.

Diretores (as) das Escolas Superiores de Advocacia da OAB

AC: Renato Augusto Fernandes Cabral Ferreira; **AL:** Henrique Correia Vasconcellos; **AM:** Ida Marcia Benayon de Carvalho; **AP:** Verena Lúcia Corecha da Costa; **BA:** Thais Bandeira Oliveira Passos; **CE:** Eduardo Pragmácio de Lavor Telles Filho; **DF:** Rafael Freitas de Oliveira; **ES:** Alexandre Zamprognio; **GO:** Rafael Lara Martins; **MA:** Antonio de Moraes Rêgo Gaspar; **MT:** Bruno Devesa Cintra; **MS:** Ricardo Souza Pereira; **MG:** Silvana Lourenco Lobo; **PA:** Luciana Neves Gluck Paul; **PB:** Diego Cabral Miranda; **PR:** Adriana D'Avila Oliveira; **PE:** Mario Bandeira Guimarães Neto; **PI:** Aurelio Lobão Lopes; **RJ:** Sérgio Coelho e Silva Pereira; **RN:** Daniel Ramos Dantas; **RS:** Rosângela Maria Herzer dos Santos; **RO:** Solange Aparecida da Silva; **RR:** Caroline Coelho Cattaneo; **SC:** Marcus Vinícius Motter Borges; **SP:** Jorge Cavalcanti Boucinhas Filho; **SE:** Kleidson Nascimento dos Santos.

Presidente Executivo da OAB Editora

José Roberto de Castro Neves

Comissão Especial de Saneamento, Recursos Hídricos e Sustentabilidade

Leandro Mello Frota	Presidente
Pasquale Perrini	Vice-Presidente
Vânia Siciliano Aieta	Secretária
Fábio Basílio Lima de Carvalho	Secretário-Adjunto

Membros

Ariana Garcia do Nascimento Teles, Francisco dos Santos Lopes, Gabriel Jamur Gomes, João Paulo Pessoa, Luciana Costa da Fonseca, Marcelo Queiroz, Paulo de Bessa Antunes, Tiago P Jacques Teixeira.

Membros Consultores

Gustavo Afonso Saboia Vieira, Jéssica Ferreira de Melo, Luciana Vilardo de Freitas Figueras, Maria Eduarda Senna Mury, Maria Tereza Couto Magrani, Pedro Gabriel Pereira Vianna, Rodrigo Santos Hosken, Rogerio Borba da Silva, Victor Diego Soares de Almeida.

Conselho Acadêmico do Livro:

Prof. Dr. Firly Nascimento Filho (PUC-RIO);
Prof.^ª Dr.^ª Célia Barbosa Abreu (UFF);
Prof.^ª Dr.^ª Viviane Coelho de Sello-Knoerr (UNICURITIBA);
Prof. Dr. Lenio Luiz Streck (UNISINOS /UNESA-RJ);
Prof. Dr. Leonardo Soares Madeira Iorio Ribeiro (UCAM);
Prof. Dr. Fabio Carvalho Leite (PUC-RIO);
Prof. Dr. Emerson Affonso da Costa Moura (UNIRIO/UFRRJ);
Prof. Dr. Maurício Jorge Pereira da Mota (UERJ);
Prof.^ª Dr.^ª Marianna Montebello Willemann (PUC-RIO);
Prof. Dr. José Carlos Buzanello (UNIRIO);
Prof.^ª Dr.^ª Edith Maria Barbosa Ramos (UFMA);
Prof. Dr. André Saddy (UFF/PUC-RIO);
Prof. Dr. Maurício Zockun (PUC-SP);
Prof. Dr. André Ricardo Cruz Fontes (UNIRIO);
Prof.^ª Dr.^ª Vânia Siciliano Aieta (UERJ);
Prof. Dr. Theophilo Antonio Miguel Filho (PUC-RIO);
Prof. Dr. Ricardo Mauricio Freire Soares (UFBA);
Prof.^ª Dr.^ª Carla Noura Teixeira (UNAMA);
Prof.^ª Dr.^ª Jamile Bergamaschine Mata Diz (UFMG);
Prof.^ª Dr.^ª Paola de Andrade Porto (UFF);
Prof. Dr. Sidney Guerra (UFRJ/UCAM);
Prof.^ª Dr.^ª Renata Oliveira (UFRN);
Prof. Dr. Marco Aurélio Gonçalves Ferreira (UFF/UCP);
Prof. Dr. Gustavo Brigagão (CESA/OAB);
Prof. Dr. Egon Bockmann Moreira (UFPR);
Prof.^ª Dr.^ª Milena Barbosa (UEPB);
Prof. Dr. Rodrigo Mudrovitsch (IDP-DF).

APRESENTAÇÃO

Felipe de Santa Cruz Oliveira Scaletsky*

É com muita alegria que apresento a obra *“Marco Regulatório do Saneamento Básico: estudos em homenagem ao ministro Luiz Fux”*, organizado pelos caros advogados Dr. Leandro Frota, nosso honrado presidente da Comissão Especial de Saneamento, Recursos Hídricos e Sustentabilidade do CFOAB, e Dr. Manoel Messias Peixinho, presidente do Instituto de Direito Administrativo do Rio de Janeiro.

Sabemos a relevância da pesquisa jurídica qualificada para que nosso País seja capaz de pensar o Direito e, assim, formular políticas públicas eficazes, permitindo que reencontremos o caminho do desenvolvimento e da superação das nossas enormes desigualdades estruturais. Por isso, pensar a efetivação da Lei 14.026/2020, sobre o novo Marco Regulatório do Saneamento Básico, é indispensável para o fiel cumprimento dos princípios fundamentais, como a dignidade da pessoa humana e a erradicação da pobreza e da marginalização, bem como da redução das desigualdades sociais e regionais, nos termos dispostos em nossa Constituição Federal de 1988.

Ademais, vale lembrarmos que, além do estabelecido no art. 186, no inciso IV do artigo 199, o constituinte atribuiu ao Sistema Único de Saúde (SUS) a função de participar da formulação da execução de políticas de saneamento básico, compreendendo-as como medidas de saúde pública integrante da agenda de política social. Assim, por meio da nova legislação, o Estado brasileiro firmou o pacto de universalizar os serviços de água e esgoto até 2023 e abriu caminhos para investimentos privados no setor.

Dito isto, a presente obra visa reunir trabalhos científicos que problematizem essa temática sob a perspectiva interdisciplinar. Aqui, os leitores encontrarão artigos que dialogam com o direito administrativo, civil e empresarial, econômico e concorrencial, financeiro e tributário, ambiental, dentre outros ramos do campo jurídico. Portanto, a densidade teórica desta coletânea certamente a conduz para o acervo da literatura jurídica mais qualificada da atualidade.

Por isso, honra-me apresentar esta obra, cuja relevância e referência jurídica estão evidenciadas ao longo dos capítulos que a integram. O fio condutor que une o presente conjunto de autores e autoras é, certamente, a competência, a experiência e o entusiasmo em garantir que a advocacia brasileira trilhe seu caminho constitucional em direção à Justiça e à ética em nosso País.

Boa leitura!

* Advogado e Presidente do Conselho Federal da OAB.

SUMÁRIO

SER HUMANO E NATUREZA: repressão ou liberdade?	1
Alexandre Chini, Marcelo Moraes Caetano	
NOVAS PERSPECTIVAS NA GESTÃO DOS RESÍDUOS SÓLIDOS URBANOS NO CONTEXTO DO NOVO MARCO LEGAL DO SANEAMENTO BÁSICO.....	15
Alexandre Oheb Sion	
A CONTRIBUIÇÃO DO JURISTA, PROFESSOR E MINISTRO LUIZ FUX PARA O SANEAMENTO BÁSICO E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO BRASIL.....	33
Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, Larissa Clare Pochmann da Silva	
EFETIVIDADE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SANEAMENTO BÁSICO PARA POPULAÇÕES VULNERÁVEIS.....	49
Amanda Schimidt Célico, José Carlos de Oliveira	
COP26 E O SANEAMENTO: a questão dos resíduos sólidos no Brasil.....	61
Ana Tereza Marques Parente, Pedro Ludovico Teixeira, Thais Vidal	
DESAFIOS DO SANEAMENTO: a experiência da Companhia SANEMAR no município de Maricá-RJ	77
André Baiserredo, Horácio Figueiredo, Rita Rocha	
INTERVENÇÃO REGULATÓRIA E FEDERAÇÃO.....	99
André R. C. Fontes	
O DIREITO AOS SERVIÇOS DE SANEAMENTO BÁSICO E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	109
Benedito Gonçalves, Janaína Gomes Aguiar Cascão	
A ALIENAÇÃO DO CONTROLE ACIONÁRIO DE EMPRESAS ESTATAIS DE SANEAMENTO BÁSICO	127
Bernardo Santoro, Douglas Estevam	

DESCENTRALIZAÇÃO DOS SERVIÇOS DE SANEAMENTO BÁSICO NO BRASIL: entre universalização e eficiência	147
Bruno Cavalcanti de Araújo, Rodrigo Numeriano Dubourcq Dantas	
AS PERSPECTIVAS REGULATÓRIAS E OS DESAFIOS SUSTENTÁVEIS PARA A REGIONALIZAÇÃO E A UNIVERSALIZAÇÃO DO NOVO MARCO LEGAL DO SANEAMENTO BÁSICO: reflexões debatidas na COP26	167
Daniela Janaina Pereira Miranda, Leandro Mello Frota	
NOVO MARCO LEGAL DO SANEAMENTO BÁSICO E ARBITRAGEM.....	183
Eduardo Abreu Biondi, Antonio Ricardo Corrêa, Antonio Ricardo Corrêa Junior	
POÇOS ARTESIANOS E O MARCO LEGAL DO SANEAMENTO BÁSICO	201
Eugênio Rosa de Araujo	
O PAPEL DA AGÊNCIA NACIONAL DE ÁGUAS E SANEAMENTO BÁSICO À LUZ DA LEI Nº 14.026/2020.....	215
Firly Nascimento Filho, Paula Brígido da Motta Steele	
PARTICIPAÇÃO E CONTROLE SOCIAL NO PLANEJAMENTO DA POLÍTICA PÚBLICA MUNICIPAL DE SANEAMENTO	237
Gustavo Manso de Oliveira, Leandro Mello Frota, Rogerio Borba da Silva	
POR UM DIREITO AO SANEAMENTO: emancipação em face do Direito à Água e consonância com a Bioética global.....	253
Helena Telino Neves, Renata Oliveira Almeida Menezes	
DIREITO AMBIENTAL, SUSTENTABILIDADE, DESENVOLVIMENTO HUMANO E O NOVO MARCO LEGAL DO SANEAMENTO BÁSICO.....	267
Humberto Martins	
ODS 6 E OS DESAFIOS DO ESTADO DE DIREITO AMBIENTAL: o acesso universal ao serviço de saneamento básico	279
Isabella Franco Guerra, Leonardo Zulato Barbosa	
REGULAÇÃO POR AGÊNCIA NO CONTEXTO DO NOVO MARCO LEGAL DO SANEAMENTO BÁSICO.....	295
Joel Ilan Paciornik, Fernando Quadros da Silva	

POLUIÇÃO NO MAR: o monitoramento, em tempo real, dos impactos gerados pela falta de saneamento básico e sua reparação ambiental..... 309

Joelma Gonçalves Ribeiro, Maria Tereza Couto Magrani

CONTRATOS POR RESULTADO: legalidade e aplicabilidade no setor de saneamento..... 321

José Augusto Dias Castro, Túlio de Medeiros Jales

REGIONALIZAÇÃO DO SANEAMENTO BÁSICO NO NOVO MARCO LEGAL: compreensão dos precedentes do STF e o modelo adotado pelo Estado do Espírito Santo..... 343

Luciana Merçon Vieira

SEGURANÇA JURÍDICA E UNIVERSALIZAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS DE SANEAMENTO BÁSICO: do princípio à materialização 371

Lucilaine Aparecida Tenório Medeiros, Marcela de Lima Altale, Maurício Dantas Bezerra

OS IMPACTOS DO NOVO MARCO REGULATÓRIO DO SANEAMENTO NA PRECIFICAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS 389

Luiz Gustavo A. S. Bichara, Bruna Athayde Taveira, Mariana Augusta Faleiro Borges

BREVES INTRODUÇÕES SOBRE UMA PRINCIPIOLOGIA JURÍDICA DOS VALORES ECOLÓGICOS..... 395

Luiz Stefanini

TITULARIDADE E REGIONALIZAÇÃO DO SANEAMENTO BÁSICO: estado de coisas inconstitucional?..... 403

Mário Augusto Figueiredo de Lacerda Guerreiro, Antonio Carlos de Castro Neves Tavares

A PRIVATIZAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS DE ABASTECIMENTO DE ÁGUA POTÁVEL E ESGOTAMENTO SANITÁRIO..... 415

Manoel Messias Peixinho

O MARCO REGULATÓRIO DO SANEAMENTO RURAL 445

Maria Isabelle Souto Leite

SANEAMENTO BÁSICO E RECURSOS HÍDRICOS NA LEI FEDERAL Nº 14.026/2020.....	461
Maria Luiza Machado Granziera, Carlos Roberto de Oliveira, Daniela Malheiros Jerez	
CONTRATAÇÃO DE COMPANHIA ESTADUAL (CESB) PARA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS DE SANEAMENTO BÁSICO: análise da jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais envolvendo a COPASA e Municípios mineiros.....	473
Maria Tereza Fonseca Dias	
SANEAMENTO BÁSICO E SETOR PRIVADO	511
Messod Azulay Neto	
O SANEAMENTO BÁSICO COMO DIREITO FUNDAMENTAL: um estudo analítico.....	529
Néviton Guedes	
A COBRANÇA NOS SERVIÇOS DE ABASTECIMENTO DE ÁGUA E ESGOTAMENTO SANITÁRIO: críticas acerca da insegurança jurídica advinda do tema 414/STJ e os riscos à universalização imposta pela Lei 14.026/2020	545
Raphael Eyer Soares de Paiva, Giovani Morelli	
CONSIDERAÇÕES SOBRE O MARCO REGULATÓRIO DE SANEAMENTO NO CONTEXTO DA GESTÃO DOS RESÍDUOS SÓLIDOS	565
Rita Maria Borges Franco	
A AÇÃO MEDIADORA E ARBITRAL DA AGÊNCIA NACIONAL DE ÁGUAS E SANEAMENTO (ANA).....	581
Rodrigo Augusto Lazzari Lahoz	
REFLEXÕES SOBRE A METODOLOGIA DE COBRANÇA DA TARIFA DE ESGOTAMENTO SANITÁRIO	603
Rodrigo Santos Hosken, Daniel Derenusson Kowarski	
O VERSO DO NOVO MARCO DO SANEAMENTO NA POLÍTICA NACIONAL DE RESÍDUOS SÓLIDOS.....	625
Rogel Martins Barbosa	

O SANEAMENTO BÁSICO COMO DIREITO PÚBLICO SUBJETIVO	639
Rubens Naves, Guilherme Amorim Campos da Silva, Roberto Nucci Riccetto	
O PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA CONSTRUÇÃO DO DESENHO FEDERATIVO BRASILEIRO A PARTIR DE DECISÕES CENTRAIS EM MATÉRIA DE SANEAMENTO BÁSICO	655
Sandro Lúcio Barbosa Pitassi	
O MARCO REGULATÓRIO DO SANEAMENTO BÁSICO E SUAS LEIS COMPLEMENTARES NA BUSCA DA UNIVERSALIZAÇÃO	673
Sara Bursztejn	
A GESTÃO DOS RESÍDUOS SÓLIDOS E A SUA SUSTENTABILIDADE ECONOMICO-FINANCEIRA NO MARCO REGULATÓRIO DE SANEAMENTO BÁSICO	693
Sebastião Sérgio da Silveira, Marcelo Rodrigues Mazzei	
ACESSO À ÁGUA POTÁVEL: uma sinuca de bico, em tempos sombrios de COVID-19	713
Thelmo de Carvalho Teixeira Branco Filho, Amanda Francieli de Almeida, Tadeu Fabrício Malheiros	
ANOTAÇÕES SOBRE O MARCO REGULATÓRIO DO SANEAMENTO BÁSICO NO BRASIL (LEI Nº 14.026 DE 15 DE JULHO DE 2020)	725
Theophilo Antonio Miguel Filho	
A LEI N.º 14.026/2020 E OS DESAFIOS PARA A UNIVERSALIZAÇÃO DO SANEAMENTO BÁSICO NA REGIÃO NORTE DO PAÍS	735
Thiago Flores dos Santos, Thiago Augusto Hiromitsu Terada	
SANEAMENTO, O MAIS BÁSICO DOS DIREITOS HUMANOS: a Era das <i>Smart Cities</i> e os desafios do desenvolvimento sustentável	747
Thomas Law, Marcelo Ramos, Sóstenes Marchezine	

SER HUMANO E NATUREZA: repressão ou liberdade?

Alexandre Chini*

Marcelo Moraes Caetano*

RESUMO: A história humana parece constatar a constante de uma relação conflitiva entre o ser humano e a natureza, estabelecida pela noção de que é preciso domesticar o meio ambiente num nível máximo para que a civilização possa se estabelecer. Esse ethos prejudica imensamente o planeta, que sofre as consequências de uma visão predatória que precisa urgentemente ser modificada. Diante da exaustão da natureza provocada pelo gênero humano, é necessário que se repensem as ecologias (cf. Guattari, Naess e Weil) baseadas não mais num antropocentrismo tóxico (cf. Caetano), mas consideradas como “conceito mais abrangente de ecologia, que engloba o indivíduo, sua vida em sociedade e sua participação na sustentação do meio ambiente” (cf. Chini e Caetano). Nesse sentido, a concepção de desenvolvimento e progresso cultural e civilizatório devem passar a sustentar-se no protagonismo da natureza e do meio ambiente, pois o mal-estar na civilização (cf. Freud) é, hoje, não apenas de cunho subjetivo, mas primeiramente ambiental.

Palavras-chave: Exaustão da natureza. Antropocentrismo tóxico. Civilização. Ecologias.

1 INTRODUÇÃO

Em nenhum outro momento histórico da humanidade vimo-nos tão diante da premência da Natureza e do meio ambiente, elementos centrais e inegociáveis que possibilitarão a permanência da vida humana sobre a Terra. O esgotamento de recursos naturais não renováveis, a necessidade de administração sábia dos recursos renováveis (sendo a água o centro das atenções) e a busca por alternativas não poluentes ou agressivas ao meio ambiente, entre outras medidas socioambientais, são, hoje, o fiel da balança que estabelece o necessário equilíbrio entre as liberdades individuais e as liberdades coletivas. O zênite à questão, afinal, é nada menos do que

* Juiz de direito auxiliar da Presidência do Superior Tribunal de Justiça (STJ), professor da Graduação e da Pós-Graduação da Universidade Salgado de Oliveira – UNIVERSO, membro da Comissão de Mecanismos Alternativos e Restauradores de Resolução de Conflitos e Tribunais de Tratamento de Drogas e Álcool da Cúpula Judicial Ibero-Americana.

* PhD em Letras pela UERJ, Mestre em Letras pela PUC-Rio, professor adjunto da UERJ, membro da Academia Brasileira de Filologia e do PEN Club Rio-Londres, escritor com mais de 50 livros publicados no Brasil e exterior.

o direito à vida num planeta que, em última instância, e de forma tautológica, permita que esta vida encontre possibilidade de existência e permanência.

De certo modo, toda discussão sobre a construção civilizatória e cultural contemporânea – entendida como a hegemonia da lei sobre a força bruta ou a barbárie, como ensina Freud – precisa, agora, iniciar-se na constatação de que a natureza não pode mais ser considerada um impasse a um tipo de progresso ou desenvolvimentismo cujo cerne vem sendo sublinhado com mais pungência desde os anos 1500 e, como veremos, na verdade milhares de anos antes desse marco. Pensar o ser humano como ser DA natureza ou ser NA natureza, e não mais ser CONTRA a natureza, estabelece de forma já irrevogável todos os parâmetros que se teçam sobre humanismo, civilização, cultura, progresso, tecnociência, moral, ética.

Ética perlustra e anima o ser humano sempre que a “Ecologia Profunda” (cf. o filósofo norueguês Arne Naess) se estabelece. O psicólogo e pedagogo francês Pierre Weil a descreveu como “Roda da Paz”. Em ambos os casos, trata-se de uma visão de ecologia que se contrapõe à antropocêntrica “ecologia rasa” (segundo o mesmo Arne Naess). A Ecologia Profunda possui três pontos equidistantes, e pode ser sucintamente descrita como: i) viver em paz consigo mesmo; ii) (com)viver em paz com a (e em) sociedade e; iii) (com)viver em paz com o meio ambiente, o planeta Terra e seus recursos e fontes. Todos os atuais conceitos de “sustentabilidade”, incensados pelo direito, pela administração, pela economia, pela estatística, pela pedagogia, pela epistemologia etc., fincam-se nesse conceito e naqueles que o ecoam e complementam em seu aporte centrado na *ecologia* (profunda) e suas implicações mediatas e imediatas. Como se vê, trata-se de um conceito mais abrangente de ecologia, que engloba o indivíduo, sua vida em sociedade e sua participação na sustentação do meio ambiente. (CHINI; CAETANO, 2020, p. 147-148).

Em outras palavras, a ecologia assenta hoje o imo das perspectivas não apenas ambientalistas, mas da própria condição de existência da civilização humana. Por isso mesmo, cremos ser mais atual falar-se em ecologias, no plural, indo ao encontro do que Arne Naess e Pierre Weil demonstraram há pouco. Além disso, cremos, com Felix Guattari, num desdobramento dos dois filósofos ora citados, que a ecologia ambiental está intrinsecamente ligada à ecologia das convivências sociais e à ecologia das subjetividades, incluindo toda uma ecologia do desejo e das pulsões de vida e morte, Eros e Tânatos, como funções estruturantes da subjetividade humana e, como consequência, do reflexo dessa subjetividade numa pretensa objetividade do “mundo dos objetos”, como diria Cassirer.

Por isso, na complexidade das sociedades contemporâneas, onde a indústria, o consumo e a tecnocracia nos expõem suas ambiguidades – ora apontando para uma face construtiva, ora exacerbando uma face destrutiva –, é mister que nos empenhemos no aprofundamento das questões subjetivas, nas questões da convivência social e, como norte a todas essas, na questão da convivência humana com a ecologia ambiental. Afinal, como temos salientado em diversos textos que vimos publicando, não se trata apenas de avançar indefinidamente num desenvolvimentismo tecnocrático, mas, também, de estabelecer e incentivar uma ética de responsabilização e conscientização desse modelo (atualmente questionável) de desenvolvimento, ora inserido num contexto maior de emergência ambiental do planeta.

O planeta Terra vive um período de intensas transformações técnico-científicas, em contrapartida das quais engendram-se fenômenos de desequilíbrios ecológicos que, se não forem remediados, no limite, ameaçam a vida em sua superfície. (GUATTARI, 1990, p. 7).

Não haverá verdadeira resposta à crise ecológica a não ser em escala planetária e com a condição de que se opere uma autêntica revolução política, social e cultural reorientando os objetivos da produção de bens materiais e imateriais. Essa revolução deverá concernir, portanto, não só às relações de forças visíveis em grande escala mas também aos domínios moleculares de sensibilidade, de inteligência e de desejo. (GUATTARI, 1990, p. 9).

Assim, para onde quer que nos voltemos, reencontramos esse mesmo paradoxo lancinante: de um lado, o desenvolvimento contínuo de novos meios técnico-científicos potencialmente capazes de resolver as problemáticas ecológicas dominantes e determinar o reequilíbrio das atividades socialmente úteis sobre a superfície do planeta e, de outro lado, a incapacidade das forças sociais organizadas e das formações subjetivas constituídas de se apropriar desses meios para torná-los operativos. (GUATTARI, 1990, p. 12).

Nesse sentido, é fundamental estar-se em consonância com os parâmetros dos Objetivos do Desenvolvimento Sustentável (ODS) da Agenda 2030 da Organização das Nações Unidas (ONU). Assim, toda medida protetiva que emane do Estado deve ser não apenas considerada, mas efusivamente reconhecida e celebrada.

A sustentabilidade e o próprio desenvolvimento humano digno são indissociáveis de todas as questões ambientais. Essas, por sua vez, clamam por proteção e intervenção da sociedade e do Estado, até porque os recursos naturais são finitos e degradáveis e, assim,

não há como ignorar que a sustentabilidade é uma necessidade para a sobrevivência da própria espécie humana.

(....)

Nesse cenário, o novo Marco Regulatório do Saneamento Básico, introduzido pela Lei n. 14.026, de 17 de julho de 2020, como já tive a oportunidade de destacar em outro texto, promoveu significativas mudanças na Lei n. 9.984, de 17 de julho de 2000, para atribuir à Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico (ANA) competência para instituir normas de referência para a regulação dos serviços públicos de saneamento básico, assim como na Lei n. 10.768, de 19 de novembro de 2003, para alterar o nome e as atribuições do cargo de especialista em recursos hídricos.

A atualização legislativa não parou por aí, pois também alterou a Lei n. 11.107, de 6 de abril de 2005, para vedar a prestação por contrato de programa dos serviços públicos de que trata o art. 175 da Constituição Federal; a Lei n. 11.445, de 5 de janeiro de 2007, para aprimorar as condições estruturais do saneamento básico no País; a Lei n. 12.305, de 2 de agosto de 2010, para tratar de prazos para a disposição final ambientalmente adequada dos rejeitos; a Lei n. 13.089, de 12 de janeiro de 2015 (Estatuto da Metrópole), para estender seu âmbito de aplicação a unidades regionais; e a Lei n. 13.529, de 4 de dezembro de 2017, para autorizar a União a participar de fundo com a finalidade exclusiva de financiar serviços técnicos especializados.

Do mesmo modo, o novo marco regulatório também gerou impactos em outros textos normativos, como o Decreto n. 8.141 de 20 de novembro de 2013¹; a Portaria Interministerial n. 571 de 5 de dezembro de 2013²; e o Decreto n. 7.217 de 21 de junho de 2010.³ (MARTINS, 2021, p. 201).

2 INDO AQUÉM: quando tudo começa e como se desenrola

É preciso rememorar um ponto mais longínquo na nossa cronologia social a fim de investigarmos o ethos que está implicado na visão do ser humano em face da natureza. A chamada revolução agrícola, ocorrida há mais de 12 mil anos, foi o momento em que o ser humano precisou domesticar a natureza para suas práticas de plantio e colheita e também de pesca e caça. Fixar-se em um local e fundar uma cidade pressupõe que o trigo, o milho, a batata etc. sejam produzidos ao longo de todo o ano e capazes de prover a alimentação contínua de todo o conjunto coletivo-social que se forma. E, para isso, é preciso domar a natureza de forma que ela forneça

¹ Dispõe sobre o Plano Nacional do Saneamento Básico – PNSB, institui o Grupo de Trabalho Interinstitucional de Acompanhamento da Implementação do PNSB e dá outras providências.

² Aprova o Plano Nacional de Saneamento Básico (PNSB).

³ Regulamenta a Lei n. 11.445, de 5 de janeiro de 2007, que estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico, e dá outras providências.

ininterruptamente, e não apenas de modo sazonal, o indispensável à dieta das comunidades nascentes.

Foi assim que tal revolução estabeleceu, como uma espécie de efeito colateral, um tipo de sociedade que, desde então, no oriente e ocidente, de certa forma enxerga o meio ambiente como algo hostil que deve ser domesticado num nível máximo, sob risco de dificuldades e até impossibilidades à vida humana.

Em seguida, toda a Antiguidade Clássica, incluindo a chamada Antiguidade tardia (que vai do século VIII a.C. até o século V d.C.), a Idade Média, o Renascimento, a Idade Moderna, Contemporânea, as revoluções industriais – toda a nossa história parece baseada num tipo de perspectiva ou lógica que, por certo ângulo, contrapõe o ser humano à natureza, como se se tratasse de rivais numa arena em que um dos lados precisa ser eliminado para que o outro sobreviva.

Protágoras, no século V a.C., afirmava que “O homem é a medida de todas as coisas”. Temos a base do futuro antropocentrismo renascentista e iluminista, que criará o necessário humanismo, cujas raízes permitem que as sociedades se construam sobre pilares de convivência e cooperação, e não de conflito e competição. Se não tivéssemos essas bases, criaríamos aglomerados humanos em que a chamada lei do mais forte prevaleceria, e teríamos como único limite ao avanço de nossas vontades, veleidades e caprichos a força ou fraqueza física dos outros seres humanos com os quais nos puséssemos em desavença.

Sabemos que é justamente este o ponto em que a Justiça, como concepção e como instituição, é elemento basilar da construção das sociedades harmônicas, onde a força bruta seja constantemente substituída pela sujeição à lei do ordenamento jurídico, em perene movimento, e à propugnação pelos direitos humanos, herdeiros do antropocentrismo e do humanismo a cujas raízes remontamos.

Freud, conforme já foi dito, não está preocupado com distinções conceituais de ordem antropológica – por isso não se detém no exame de civilizações ou culturas específicas –, e sim em descrever o tipo de esforço psíquico que é exigido dos homens quando eles decidem viver em uma sociedade organizada pela lei, e não pela força bruta. (SAROLDI, 2017, p. 130).

Já que estamos a contemplar o projeto civilizatório também à luz do que concebeu o pai da psicanálise, é preciso notar a importância que Freud deu às modificações culturais (espaço em que a pedagogia e a educação se mostram fundamentais) para que os princípios da paz se perpetuem:

Não se deve esquecer da observação de Freud, em sua carta a Einstein, de que o único caminho alternativo à modificação da

sociedade pela violência é a modificação cultural de seus membros. (SAROLDI, 2017, p. 167).

Esse é, portanto, um atributo principiológico que não desabonamos, mas que precisa ser perquirido sob visão crítica nas suas especificidades fenomenológicas e ontológicas, com o fim ulterior de que consigamos compreender melhor as dimensões da relação entre ser humano e natureza situada naquilo que Bauman chama de “aventura moderna” em sua obra “O mal-estar na pós-modernidade”, em nítido diálogo com “O mal-estar na civilização”, de Freud.

Partindo agora à literatura de altíssimo jaez de Machado de Assis, a famosa frase “Ao vencedor, as batatas”, que nosso gênio fluminense imortalizou em seu “Quincas Borba”, traz consigo exatamente o ponto fulcral de uma sociedade que porventura tentasse basear-se exclusivamente numa oposição segundo forças naturais com espaço limitado e insuficiente para mais de uma “tribo”. Nessa mecânica, continua o estro machadiano – irônico e diligente –, a única possibilidade de sobrevivência seria a instalação da barbárie da guerra, para que a “tribo” mais forte eliminasse a mais fraca e, com isso, recebesse seu desesperado farnel: no caso, as batatas, metonímia da alimentação e da sobrevivência mais básica, reduzindo o ser humano à sua condição instintiva primária.

Não há morte. O encontro de duas expansões, ou a expansão de duas formas, pode determinar a supressão de uma delas; mas, rigorosamente, não há morte, há vida, porque a supressão de uma é princípio universal e comum. Daí o caráter conservador e benéfico da guerra. Supõe tu um campo de batatas e duas tribos famintas. As batatas apenas chegam para alimentar uma das tribos, que assim adquire forças para transpor a montanha e ir à outra vertente, onde há batatas em abundância; mas, se as duas tribos dividirem em paz as batatas do campo, não chegam a nutrir-se suficientemente e morrem de inanição. A paz nesse caso, é a destruição; a guerra é a conservação. Uma das tribos extermina a outra e recolhe os despojos. Daí a alegria da vitória, os hinos, aclamações, recompensas públicas e todos os demais efeitos das ações bélicas. Se a guerra não fosse isso, tais demonstrações não chegariam a dar-se, pelo motivo real de que o homem só comemora e ama o que lhe é aprazível ou vantajoso, e pelo motivo racional de que nenhuma pessoa canoniza uma ação que virtualmente a destrói. Ao vencido, ódio ou compaixão; ao vencedor, as batatas. (MACHADO DE ASSIS, 1994, p. 6-7).

Obviamente, trata-se de um modelo em que a natureza e suas contingências se tornariam vilipendiosas à civilização como organização que se opõe à barbárie. A

própria natureza – é preciso reiterar – surgiria, assim, como uma inimiga da marcha civilizatória e até cultural.

Nessa lógica, a criação de uma dicotomia demasiado rígida que contrapõe o ser humano à natureza, na mesma obra machadiana, cria, por outro lado, o que o narrador de “Quincas Borba” nomeia como “humanitismo”, abstrusa filosofia em que “Humanitas precisa comer”, ou seja, em que um fator humano estritamente submetido à força de uma natureza rude e implacável precisa criar, como antídoto, um tipo de pseudo-humanismo que seja radical ao opor a espécie humana à natureza, vendo esta última não como provedora e criadora, mas como elemento destrutivo que se deva aliciar e combater.

Assim, uma vez que haja, desde a revolução agrícola, reiteramos, uma espécie de ideia subjacente à índole humana de que somos antípodas da natureza (e não pertencentes a ela), de que a natureza indomável representaria porventura uma ameaça à perpetuação da vida humana, levanta-se uma visão de mundo que coloca seres humanos e natureza em lados conflitantes, e não cooperativos.

Com essa percepção fragmentária, o que ocorre é que o antropocentrismo de Protágoras e o humanismo da idade das luzes, que tem como meta sobrepor a lei à força bruta, veio a tornar-se, gradativamente, o que pode ser chamado de “antropocentrismo tóxico”, que é um tipo de normose, isto é, uma “normalidade” que já não corresponde à realidade do espaço e tempo em que é mantida, criando patologias subjetivas e sociais, e a qual participou, exatamente por esse caráter patogênico, da deflagração da pandemia de coronavírus que vimos atravessando:

Há lógicas mecânicas de causa e consequência na deflagração da pandemia. Muitas delas têm relação direta exatamente com a normose do que nomeio como ANTROPOCENTRISMO TÓXICO, em que o ser humano, crendo-se “a medida de todas as coisas”, como diz Protágoras, dilapida as florestas e as águas e todo o bioma, evidenciando que a nossa relação com o planeta permanece sobre as práticas, pensamentos e atitudes de extração, exploração, depredação e tortura em relação ao planeta Terra. Temos transformado nossas florestas em pastos, currais, monoculturas. (...) Weil, Crema e Leloup acusam essa normose, nomeando-a como FANTASIA DA SEPARATIVIDADE, uma Arquinormose, espectro e complexo de muitas normoses, segundo a qual os seres humanos se creem *separados* da (e superiores à) grande teia da vida que enlaça tudo e todos no planeta Terra. (...)

E o preço é a extinção de espécies animais e vegetais indispensáveis ao equilíbrio da vida na Terra, inclusive a humana, que muitas vezes se vê como ACIMA da vida na Terra, no que exatamente eu chamo de antropocentrismo tóxico. E também a ocorrência de epidemias globais, inclusive a do coronavírus, que

tem, em grande parte, raiz nas normoses de dietas alimentares e outras práticas que sabidamente atentam contra a harmonia desejável entre as espécies que habitam o mesmo Lar, o mesmo planeta Terra. (CAETANO, 2020, p. 40-41).

É fato que a civilização contemporânea conserva algumas particularidades que dialogam com a civilização que Freud descreveu em "O mal-estar na civilização", em 1930. É preciso um parêntese: na verdade, o título original, em alemão, não fala em "civilização", mas em "Kultur", ou seja, "cultura". É sempre importante distinguir cuidadosamente civilização de cultura, seguindo os passos de Marcuse, Guattari, Deleuze e Foucault, pois, embora sejam ideias que trazem consigo a noção de coletividade, apresentam distinções importantíssimas, como a autonomia (cultural) versus a heteronomia (civilizatória), para só citar uma delas.

A civilização e a cultura inevitavelmente cobrarão um preço para se estabelecerem. Esse é o centro da ideia em Freud e em seu diálogo futuro com Bauman. Afinal, a barbárie sempre nos ronda e ameaça, como têm nos demonstrado as tentativas de recidiva de éticas que, anacronicamente, tentam impor nos dias de hoje seus tentáculos de sombra onde certa luz, já há muito tempo, se mostrou. São regimes que parecem tentar manter a normose da devastação ambiental e da "tortura da Natureza", como diria Francis Bacon. Com isso, estão em vias de criar a maior das barbáries que a humanidade já vivenciou: a possibilidade de exaustão completa dos recursos naturais e a consequente impossibilidade total de vida humana sobre o planeta Terra.

O Estado guarda responsabilidade de custódia sobre o meio ambiente, e toda a sua conformação moderna – jurídica, econômica, política, pedagógica, subjetiva, simbólica, cultural, ética, moral – precisa atravessar essa questão incontornável:

No futuro a questão não será apenas a da defesa da natureza, mas a de uma ofensiva para reparar o pulmão amazônico, para fazer reflorescer o Saara. A criação de novas espécies vivas, vegetais e animais, está inelutavelmente em nosso horizonte e torna urgente não apenas a adoção de uma ética ecosófica adaptada a essa situação, ao mesmo tempo terrificante e fascinante, mas também de uma política focalizada no destino da humanidade. (GUATTARI, 1990, p. 52-53).

A base do pensamento de Freud, no seu icônico trabalho de 1930, já citado por nós, "O mal-estar na civilização", é o fato de que precisaríamos abrir mão de grande parte do princípio do prazer para construirmos civilização ou cultura. Essa pulsão da libido precisaria ser, portanto, recalcada, censurada e reprimida, mas não denegada, nem rejeitada, prevê o mestre de Viena. Com isso, cria-se uma civilização da ansiedade e da angústia, que são os sintomas básicos do recalçamento,

estabelecidos na etiologia da patologia das muitas formas de neurose. A culpa, nesse cenário, é a arma mais eficiente de Superegos ultracastradores, como mostra Freud.

Bauman, seguindo os passos de muitos de seus predecessores pós-freudianos, inclusive Lacan, mostra que a sociedade contemporânea não é mais calcada em abrir-se mão daquele tipo de prazer estabelecido por Freud, mas justamente em seu gozo (na acepção lacaniana de "jouissance") sem mais aqueles limites necessários. A consequência para Bauman, como conhecemos, é a criação do que ele chama de "modernidade líquida". As relações coalescem nesse novo território. E, nesse estiolamento das relações, há também o recrudescimento da oposição do ser humano à própria natureza. Como se percebe, ao longo dos milênios e das civilizações, a questão vem tomando formatos novos, sem nunca deixar de existir.

Basicamente, na sociedade descrita por Freud (que ainda é prioritariamente a sociedade de produção), abraça-se a segurança em detrimento da liberdade. Na sociedade contemporânea (que é a sociedade do consumo), ao contrário, o que se abraça é a liberdade em detrimento da segurança. Até porque a segurança tem-se mostrado cada vez mais fugidia e fluida. A "liquidez" de que nos fala Bauman é inevitável no mundo contemporâneo, e estamos precisando criar nossas raízes e asas sobre terrenos cada vez menos sólidos.

As perspectivas que permitem minimamente compreender (verstehen) o mundo de hoje, mesmo que nem sempre seja possível explicá-lo (erklären), são a transdisciplinaridade e o multiculturalismo, cujas bases são o seguinte tripé epistemológico: complexidade, níveis variados de percepção e terceiro incluído.

Portanto, trata-se, isso sim, de uma visão crítica dos prós e contras, por assim dizer, da passagem das sociedades de produção para as sociedades de consumo, articuladas, agora, à questão irretorquível da situação do meio ambiente e da natureza do planeta. Com efeito, não há como voltar atrás quando paradigmas definitivamente se rompem (normoses que se revelam como tais), mas há que estabelecer visão crítica a fim de que não se implantem paradigmas alicerçados na barbárie e na destruição irrestrita dos seres humanos e do meio ambiente.

Em certo aspecto, estamos mais próximos de um ideal de civilização, que é o momento em que esta se aproxima da acepção de cultura, com sua autonomia, liberdade e espontaneidade. "Eros e civilização", na famosa dicotomia de Marcuse (que ora ascende à condição de binômio), não precisam mais ser antagonistas num palco hamletiano, mas podem começar a olhar-se face a face sem medo nem culpa, num mise-em-scène mais próximo do ideal hugoliano.

Do mesmo modo, natureza e ser humano já não precisam digladiar. A espécie humana parece ter-se dado conta da sua codependência física e até simbólica

em relação à natureza, e sua manutenção, portanto, tornou-se elemento central nas discussões sociológicas, antropológicas, psíquicas, ideológicas, éticas.

O avanço dos direitos humanos vem a reboque dessa paulatina conscientização ecoética e ecosófica. Não é à toa que as vozes de grupos que precisavam ser banidos da civilização para que esta outrora parecesse administrável (as mulheres, os negros, os homossexuais, os imigrantes, as mães solteiras, as famílias refeitas após divórcios, os dissidentes de religiões hegemônicas etc.) tenham ganhado tanta reverberação. Afinal, agora não se precisa abrir mão da pulsão de Eros e Tânatos, amor e morte, gozo lacaniano, mais uma vez, para se estabelecer uma civilização cultural, ou uma cultura civilizatória.

E, no entanto, Einstein disse, num lamento, sua famosa frase: “Triste época! Em que é mais fácil desintegrar um átomo do que um preconceito”. Tomando-se como parâmetro atual a natureza e a necessidade humana de estar em convivência harmônica com esta, as relativizações excessivas de parâmetros culturais que grifam preconceitos parecem estar em notória curva de declínio.

Apenas fica um último ponto de ressalva nesse diálogo, ou nesse dialogismo (cf. Bakhtin), ou nessa dialética (cf. Hegel e Marx): é claro que, por outro viés, nossa sociedade contemporânea nos impinge que abramos mão, sim, de um outro tipo de princípio de prazer, que ganhou um imenso alto-falante com o episódio da pandemia de coronavírus.

Agora, desde há muito, a boa saúde se tornou o alvo mirado pelas pessoas. E aqui se assenta mais uma vez, de forma isotópica, o retorno à questão central deste texto: o caráter inegociável da preservação e cuidados em relação à natureza, seus recursos e seus meios de sustentabilidade. Afinal, sem a harmonia necessária e realista do meio ambiente, a renovação dos recursos e a busca por modos de produção não destrutivos, não há como haver a boa saúde humana, que passou a constituir métrica para o próprio desenvolvimento humano, numa nova perspectiva de progresso que, de forma bastante nítida, se afasta do tipo de desenvolvimentismo socioeconômico por que se lutava com muita ênfase desde pelo menos os já citados anos 1500.

Para gozar a liberdade, é preciso estabelecer o parâmetro inegociável da boa saúde. Esta é uma segurança de que não se pode abrir mão. Isso pressupõe, assim como na sociedade descrita por Freud, renúncias. Metonímias dessa nova castração superegoica, por assim dizer, porque estabelece uma nova forma de Superego, são os produtos à disposição da sociedade eminentemente de consumo (não mais de produção) de hoje: café sem cafeína, álcool sem álcool, açúcar sem açúcar, relacionamento sem relacionamento, proximidade sem proximidade, conversa sem conversa (observemos os celulares que se interpõem aos encontros de hoje), verdade sem verdade (haja vista as fake news, que são um produto exótico dessa realidade)... Em uma palavra: a era dos paraísos artificiais, como diria Baudelaire.

Nesse caminho, nas idas e vindas indispensáveis à reflexão, vemos que o ser humano parece querer perpetuar seu controle e sua “tortura” sobre a natureza, mas agora em outros parâmetros. A artificialidade que a tecnociência nos tem projetado desde seu nadir, com Newton, Copérnico, Galileu e outros, exala certa onipotência hipotética segundo a qual a ciência seria capaz de administrar tudo o que diz respeito à vida humana, inclusive uma eventual destruição da natureza, que, assim, seria como que compensada pelos avanços nítidos do universo científico, o que configura um ledão engano, como temos visto in loco e de forma cada vez mais acirrada desde o início do breve século XX, como diria Hobsbawm.

Tudo o que fere a liberdade, neste entrelugar (e a liberdade tem como parâmetro central a boa saúde), é agora relativizado e posto em um novo tipo de segurança, que não é mais territorial, mas física, corporal, biológica, e, pois, consciente da imprescindibilidade da natureza saudável. As consequências dessa mudança de paradigma, como esboçamos há pouco, são, por um lado, a obviedade da importância da natureza e de seus meios sustentáveis e, por outro, um falso sentido de onipotência em que a tecnocracia parece crer-se capaz de suprir, com produtos e produções artificiais, as devastações humanas inconsequentes.

Precisamos, aqui, estabelecer um novo contraponto. O filósofo sul-coreano Byung-Chul Han, em seu livro “Sociedade do cansaço”, descreveu atiladamente o que ele chamou de “sociedade do desempenho” em contraste com a “sociedade disciplinar”. Num diálogo sutil com as obras de Freud e Bauman há pouco aludidas, Han nos fala do preço da imersão numa espécie de positividade tóxica que clama a todos nós que produzamos e desempenhemos tarefas sem parar, numa ilusão de que, amparados por uma tecnociência muito desenvolvida, não haveria mais limites para a performance humana. Isso afeta diretamente a saúde física, psíquica e mental de parte considerável da população global. Afundados na exaustão, crianças, jovens e idosos se deparam com uma moto-perpétuo incessante de trabalhos, obrigações, exigências – desempenho, em resumo – em detrimento da boa saúde física que, como mostramos, é a condição fundamental para o estabelecimento da nova sociedade.

Na questão ambiental, a pergunta que emerge da contraposição da obra de Han, atualíssima, com tudo o que vimos discutindo poderia ser assim formulada, de certa forma convergindo com muito do quanto temos levantado: como havemos de nos relacionar com a Natureza neste Leitmotiv em que somos instados a um desempenho sobre-humano, que evidentemente exige do próprio meio ambiente uma realidade que lhe causa, também, exaustão de recursos e fontes?

Esta é a face da nova sociedade, com suas múltiplas características, adjacentes à complexidade que descreve os tempos contemporâneos. Parece que cabe a nós a tentativa contínua de colheita das características boas que esse espaço de vozes

plurais pode proporcionar, ainda que, para isso, seja preciso abrir mão de algum tipo de prazer. Sempre haverá uma consequência, como ensinou Freud na base da sua atilada percepção do ser humano pós-Descartes, em que não é exclusivamente o pensamento que estabelece nossa existência, mas, sim, nossa condição clivada, perpassada por camadas internas (psíquicas) e externas (sociais, culturais, civilizatórias) que nem sempre (ou muito raramente) são harmônicas entre si. Parece evidente, também, que a nova variável da natureza entrou de forma pungente e irrevogável nos níveis de consciência das civilizações e culturas atuais, complexas e multiculturais em suas bases.

É preciso, mais uma vez, invocar a História! No mínimo pelo fato de que corremos o risco de não mais haver história humana se a humanidade não reassumir a si mesma radicalmente. Por todos os meios possíveis, trata-se de conjurar o crescimento entrópico da subjetividade dominante. Em vez de ficar perpetuamente ao sabor da eficácia falaciosa de challenges econômicos, trata-se de se reapropriar de Universos de valor no seio dos quais processos de singularização poderão reencontrar consistência. Novas práticas sociais, novas práticas estéticas, novas práticas de si na relação com o outro, com o estrangeiro, como o estranho: todo um programa que parecerá bem distante das urgências do momento! E, no entanto, é exatamente na articulação: da subjetividade em estado nascente, do socius em estado mutante, do meio ambiente no ponto em que pode ser reinventado, que estará em jogo a saída das crises maiores de nossa época. (GUATTARI, 1990, p. 54-55).

3 PALAVRAS FINAIS

É preciso adaptar-se. A nossa adaptação como espécie, afinal, sempre foi a marca mais forte da nossa sobrevivência, como até Darwin esclareceu.

Nossa sociedade, assim, está neste momento ao mesmo tempo em construção e em desconstrução. Esse duplo rosto simultaneamente construtivo e disruptivo, nos níveis da ecologia profunda de Arne Naess e Pierre Weil, ou das ecologias ambiental, social e simbólico-subjetiva de Felix Guattari, parece ser o grande desafio que estamos atravessando, e que foi potencializado pela pandemia, que também tratou de acender com ainda mais contundência a luz sobre a natureza e as ecologias do nosso planeta.

O meio ambiente não permite mais que o coloquemos em segundo plano em nossas concepções políticas, jurídicas, econômicas, éticas, morais, culturais. Seu necessário protagonismo expõe a medida humana de suas liberdades e avanços, estabelecendo novos padrões de segurança, progresso e desenvolvimento, observados

sob uma ótica em que a repressão à natureza, como normose evidente a ser combatida, precisa ser nitidamente evitada nos ordenamentos jurídicos de todo o globo terrestre.

REFERÊNCIAS

CAETANO, Marcelo Moraes. **Em busca do novo normal**. Reflexões sobre a normose em um mundo diferente. Rio de Janeiro: Jaguatirica, 2020.

CHINI, Alexandre; CAETANO, Marcelo Moraes. **Argumentação jurídica**. Indo além das palavras. Brasília: OAB Editora, 2020.

GUATTARI, Félix. **As três ecologias**. Trad. Maria Cristina F. Bittencourt. Campinas, SP: Papirus, 1990.

MACHADO DE ASSIS, Joaquim Maria. **Quincas Borba**. Rio de Janeiro: Nova Aguilar, 1994.

MARTINS, Humberto. Anotações sobre o marco regulatório do saneamento básico. *In*: FROTA, Leandro; AIETA, Vânia. (coord.). **Marco regulatório do saneamento básico**: Lei 14.026/2020. Brasília: OAB Editora, 2021.

SAROLDI, Nina. **O mal-estar na civilização**: as obrigações do desejo na contemporaneidade. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.

NOVAS PERSPECTIVAS NA GESTÃO DOS RESÍDUOS SÓLIDOS URBANOS NO CONTEXTO DO NOVO MARCO LEGAL DO SANEAMENTO BÁSICO

Alexandre Oheb Sion*

1 INTRODUÇÃO

Como é de conhecimento comum, o ordenamento jurídico dos serviços de saneamento básico é abrangente. Ele possui uma interface contendo várias questões complexas e que ainda estão em construção. No plano administrativo brasileiro, a prestação de serviços de saneamento não é novidade, ao contrário, pode-se dizer que o Brasil tem trabalhado para popularizar esses serviços desde o século XX.

Nessa perspectiva, a novidade do tema reside não no surgimento de novas atividades no rol constitucional do serviço público, mas nos arranjos organizacionais atualizados que ele proporciona, decorrentes do relativamente novo marco regulatório.

O presente trabalho visa analisar as questões relacionadas à gestão dos resíduos sólidos urbanos com apontamento das novidades trazidas pela Lei Federal nº 14.026/2020, que instituiu o Novo Marco Legal do Saneamento Básico no Brasil.

A pesquisa se justifica tendo em vista que, em que pese os avanços empreendidos pela Lei Federal nº 11.445/2007, o Brasil apresenta dados alarmantes sobre o acesso aos serviços de saneamento básico, com desafios para a garantia do serviço a todos e de forma ininterrupta. Essas dificuldades não deixam de se fazer presentes no caso dos resíduos sólidos, sendo um dos pilares do saneamento básico

* Pós-doutorando em Direito pela Universidad de Salamanca na Espanha (certificado de conclusão pendente da defesa prévia do doutorado). Doutorando em Ciências Jurídicas pela Universidade Autónoma de Lisboa, Portugal (créditos concluídos). Mestre em Direito Internacional Comercial (LL.M) pela Universidade da Califórnia, Estados Unidos. Especialista em Direito Constitucional. Pós-graduado em Direito Civil e Processual Civil (FGV). Advogado com formação em Direito e Administração de Empresas. Presidente da Associação Brasileira de Direito da Energia e do Meio Ambiente (ABDEM). Membro do Conselho Diretor do ICLEI – Governos Locais pela Sustentabilidade. Foi o primeiro Vice-Presidente da União Brasileira da Advocacia Ambiental (UBAA). Membro Consultor da Comissão Especial de Direito de Infraestrutura da OAB Nacional. Membro da Comissão de Direito Ambiental do Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB). Foi Consultor da Comissão Nacional de Direito Ambiental da OAB – Conselho Federal. Presidente da Comissão de Direito de Infraestrutura da OAB/MG. É ou foi membro de diversas Comissões da OAB, nas Seccionais de SP, RJ e MG. Professor da PUC/MG e convidado de inúmeras instituições de ensino. Palestrante atuante no Brasil e na Europa. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1776901364728469>.

que mais preocupa a comunidade científica em termos sanitários, devido ao aumento cada vez mais constante da produção de lixo e, de forma inversamente proporcional, dos baixos índices de disposição final ambientalmente adequada em aterros sanitários.

O método utilizado na pesquisa foi o teórico documental do tipo dedutivo, com base na nossa experiência e na análise doutrinária, jurisprudencial e legal.

2 SANEAMENTO BÁSICO

O saneamento básico configura espinha dorsal da infraestrutura no país, sendo um dos setores mais negligenciados, embora tão caro à saúde e ao bem-estar humano. O acesso a tal serviço deve ser garantido a toda população, pelo que se faz pertinente a adoção do princípio da universalidade do saneamento básico, a fim de assegurar a prestação do serviço a todos os administrados.

Impera destacar que a universalização já se encontrava presente no ordenamento jurídico brasileiro, notadamente no art. 2º, I, da Lei Federal nº 11.445/2007, contudo, a despeito de tal previsão, pesquisas indicam que 35 milhões de pessoas não têm acesso à água potável e 100 milhões não têm acesso a tratamento de esgoto.¹

O saneamento básico no Brasil foi marcado por investimentos que se iniciaram na primeira metade do século XX, com uma discussão sanitária fomentada na década de 30, culminando no Código de Águas até hoje vigente, visando à regulamentação adequada e ao controle hídrico.² A partir de 1970, nota-se um:

[...] predomínio da visão de que avanços nas áreas de abastecimento de água e de esgotamento sanitário nos países em desenvolvimento resultariam na redução das taxas de mortalidade, embora ausentes dos programas de atenção primária à saúde; consolidação do Plano Nacional de Saneamento (PLANASA), com ênfase no incremento dos índices de atendimento por sistemas de abastecimento de água e a inserção da preocupação ambiental na agenda política brasileira, com a consolidação dos conceitos de ecologia e meio ambiente e a criação da Secretaria Especial de Meio Ambiente (SEMA) em 1973.³

¹ SNIS. Componentes do SNIS: água e esgoto. **Ministério do Desenvolvimento Regional**, Brasília, 16 mar. 2020. p. 57.

² BRASIL. [Código de Águas (1934)]. Decreto nº. 24.643, de 10 de julho de 1934. Decreta o Código de Águas. **Diário Oficial da União**, Brasília, 27 jul. 1934.

³ SOARES, Sérgio R. A.; BERNARDES, Ricardo S.; CORDEIRO NETTO, Oscar de M. Relações entre saneamento, saúde pública e meio ambiente: elementos para formulação de um modelo de planejamento em saneamento. **Caderno de Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 18, nº. 6, p. 1713-1724, nov./dez., 2002. p. 1715.

A Conferência de Estocolmo em 1972 e os movimentos ambientalistas dela decorrentes influenciaram uma atuação mais entusiasta do saneamento básico nas décadas de 70 e 80, lançando luz a discussões ambientais globais. Ademais, a década de 80 trouxe uma “formulação mais rigorosa dos mecanismos responsáveis pelo comprometimento das condições de saúde da população, na ausência de condições adequadas de saneamento”, bem como foi publicada a Lei Federal nº 6.938/1981 que instituiu a Política Nacional do Meio Ambiente (PNMA).⁴

Posteriormente, entre as décadas de 80 e 90 houve uma “revisão técnica das legislações pertinentes aos padrões de qualidade das águas [e] ênfase no conceito de desenvolvimento sustentável e de preservação e conservação do meio ambiente e particularmente dos recursos hídricos”.⁵ O saneamento básico, a despeito de ter sido objeto de preocupações, ainda que tímidas, desde o final do século XIX, passou a ser considerado matéria de ordem ambiental tão somente a partir da segunda metade do século XX, muito em razão de sua alocação nas pastas de Saúde Pública e Desenvolvimento Urbano.⁶

Feito esse breve histórico, insta ressaltar que o saneamento básico constitui direito humano fundamental, apto a garantir à população uma vida digna e um desenvolvimento saudável, assegurando, assim, a participação de todos nas atividades econômicas e socioambientais.⁷

O saneamento básico não é um processo único, ele encampa quatro pilares que orientam as políticas sanitárias no país, quais sejam: (i) abastecimento hídrico, (ii) esgotamento sanitário, (iii) limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos urbanos e (iv) drenagem e manejo das águas pluviais (DMAP). Todos estes serviços impactam a saúde pública e o bem-estar da população; suas diretrizes influenciam também os setores econômicos da nação, intimamente ligados ao Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) do país.

Do outro lado da moeda, [...] as obras para manutenção e expansão do saneamento básico geram renda e sustentam empregos. No período do estudo [realizado pelo Instituto Trata Brasil em 2018], esse tipo de investimento sustentou quase 142 mil empregos anuais. Esses investimentos impactam

⁴ *Idem*, p. 1715.

⁵ *Ibidem*, p. 1715.

⁶ BASTOS, Maria Silvia; RAMOS, Marilene; FREITAS, André de. Webinar: **Saneamento: desafios e oportunidades**. (1h e 07 min.) Arko Advice, São Paulo, 12 ago. 2020.

⁷ SION, Alexandre Oheb. Necessidade de investimentos em infraestrutura para universalização do saneamento básico no combate a pandemias: uma análise do enfrentamento à Covid-19 à luz do Novo Marco Legal do Saneamento Básico. **Revista Ciências Jurídicas e Sociais – IURJ**, Rio de Janeiro, v. 1, nº 1, p. 111-141, 2020. p. 117.

expressivamente na renda gerada pelo setor e no valor dos ativos. E tudo isso contribui para o desenvolvimento econômico do país. Também, por estar ligado ao Índice de Desenvolvimento Humano, o acesso ao saneamento e contribui para o desenvolvimento social.⁸

De forma mais detida ao pilar de limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos urbanos, entende-se por lixo “o conjunto de resíduos sólidos resultantes da atividade humana. Ele é constituído de substâncias putrescíveis, combustíveis e incombustíveis. O problema do lixo tem objetivo comum a outras medidas, mais uma de ordem psicológica: o efeito da limpeza da comunidade sobre o povo”.⁹

Além disso, há que se preocupar com o devido acondicionamento do lixo e sua forma adequada de remoção, dado que sua exposição inadequada tem o potencial de provocar dano ambiental. O art. 3º, inciso I, alínea C da Lei Federal nº 11.445/2007 traz a conceituação de limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos a partir da alteração empreendida pela Lei Federal nº 14.026/2020, incluindo, como principal inovação, a destinação final ambientalmente adequada:

Art. 3º Para fins do disposto nesta Lei, considera-se: I - saneamento básico: conjunto de serviços públicos, infraestruturas e instalações operacionais de: 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.¹⁰

Como a norma não categorizou os resíduos sólidos em domésticos ou industriais, evidencia-se um destaque para o tratamento e coleta do lixo doméstico, deixando sem respaldo medidas que consistem na coleta e tratamento de resíduos de origem comercial, industrial, da construção civil, da área da saúde dentre outros. Quanto à disposição específica do tratamento de resíduos urbanos, a Lei Federal nº 11.445/2007 definiu:

⁸ EOS. A EOS consultores apoia a campanha #somosmaissaneamento. **EOS Organização e Sistemas**, Campo Grande, 19 out. 2018. s. p.

⁹ BRASIL. Agenda ambiental na Administração Pública. **Câmara dos Deputados**, Brasília, 2021.

¹⁰ BRASIL. Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007. Estabelece as diretrizes nacionais para o saneamento básico; cria o Comitê Interministerial de Saneamento Básico; altera as Leis nos 6.766, de 19 de dezembro de 1979, 8.666, de 21 de junho de 1993, e 8.987, de 13 de fevereiro de 1995; e revoga a Lei nº 6.528, de 11 de maio de 1978. (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020). **Diário Oficial da União**, Brasília, 11 jan. 2007.

Art. 7º Para os efeitos desta Lei, o serviço público de limpeza urbana e de manejo de resíduos sólidos urbanos é composto pelas seguintes atividades: I - de coleta, de transbordo e de transporte dos resíduos relacionados na alínea 'c' do inciso I do caput do art. 3º desta Lei; II - de triagem, para fins de reutilização ou reciclagem, de tratamento, inclusive por compostagem, e de destinação final dos resíduos relacionados na alínea 'c' do inciso I do caput do art. 3º desta Lei; e III - de varrição de logradouros públicos, de limpeza de dispositivos de drenagem de águas pluviais, de limpeza de córregos e outros serviços, tais como poda, capina, raspagem e roçada, e de outros eventuais serviços de limpeza urbana, bem como de coleta, de acondicionamento e de destinação final ambientalmente adequada dos resíduos sólidos provenientes dessas atividades.¹¹

Outro ponto a ser considerado é que a rede de tratamento de resíduos difere da rede de abastecimento e tratamento de água e esgoto, não exigindo infraestrutura tão complexa e específica, o que facilita o processo e reduz consideravelmente os custos, havendo, ainda, a possibilidade de fracionamento por localidade.¹²

3 RESÍDUOS SÓLIDOS NO BRASIL

A produção anual de resíduos sólidos no Brasil por habitante é semelhante à de países desenvolvidos, no entanto apresenta um descarte correspondente ao de países pobres, com um sistema de lixões a céu aberto para envio dos resíduos e pouca reciclagem, de acordo com pesquisa realizada pela Associação Brasileira das Empresas de Limpeza Pública e Resíduos Especiais (ABRELPE). A ABRELPE, por ocasião dos seis anos da promulgação da Política Nacional de Resíduos Sólidos (PNSB), organizou, em 2016, estudo que trouxe à tona uma média de produção anual de 387 kg de resíduos sólidos por habitante. Tais números são semelhantes a países como Croácia, Japão, Coreia do Sul e Hungria, mas o Brasil destina adequadamente tão somente 58%, ao passo que esses países trabalham com taxas mínimas de 96%.¹³

O estudo apresentou, ainda, índices globais, constatando que são produzidos no mundo todo 2 bilhões de toneladas de resíduos sólidos por ano e 3 bilhões de pessoas não possuem um sistema de destinação final adequada dos resíduos. A PNRS trazia como meta a extinção dos lixões até agosto de 2014, logo deveria haver a

¹¹ *Idem.*

¹² BORELLI, Raul Felipe. **Aspectos jurídicos da gestão compartilhada dos serviços públicos de saneamento básico**. 2010. 266 f. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. f. 86.

¹³ ABRELPE. Panorama dos Resíduos Sólidos no Brasil. **Associação Brasileira de Empresas de Limpeza Urbana**, São Paulo, 2016. p. 54.

destinação adequada dos resíduos não passíveis de reciclagem ou reaproveitamento para aterros sanitários. Não é o que mostra, entretanto, o Panorama dos Resíduos Sólidos no Brasil, a partir de uma consulta à grande parte dos municípios brasileiros, elaborado pela ABRELPE, que destaca que cerca de 30 milhões de toneladas de resíduos por ano equivalente a 42% do total coletado, ainda são encaminhadas para lixões e aterros controlados.¹⁴

Tendo em vista a urgência das questões referentes à geração e destinação de resíduos sólidos, a PNRS priorizou uma série de ações destinadas ao gerenciamento dos resíduos, como a não geração de resíduos sólidos e a minimização dos impactos ambientais.

O conceito de não geração está relacionado ao aumento da eficiência da cadeia produtiva e de serviços com base na utilização de tecnologias adequadas, viabilizando a minimização dos impactos ambientais ao mesmo tempo em que viabiliza o lucro. No Brasil, há uma média de descarte de resíduos sólidos urbanos de 80 mil toneladas por dia, o que equivale a aproximadamente 40% dos resíduos coletados.¹⁵ “No Brasil existem 1.775 lixões, e muitos deles ainda com pessoas catando materiais em condições insalubres e degradantes à dignidade humana”.¹⁶

A PNRS mostra-se bastante atual, com instrumentos importantes aptos ao avanço necessário do Brasil no enfrentamento dos dilemas relativos aos problemas de manejo inadequado de resíduos sólidos. A Lei Federal nº 12.305/2010 dispõe sobre a redução da geração de resíduos, tendo como um dos objetivos o consumo sustentável (art. 7º, XV); ferramentas de garantia da reciclagem e reutilização dos resíduos sólidos (art. 8º, VI).

Como um dos princípios da PNRS, a Lei Federal nº 12.305/2010 introduz a responsabilidade compartilhada “pelo ciclo de vida dos produtos, a ser implementada de forma individualizada e encadeada, abrangendo os fabricantes, importadores, distribuidores e comerciantes, os consumidores e os titulares dos serviços públicos de limpeza urbana e de manejo de resíduos sólidos”.¹⁷

4 GESTÃO DE RESÍDUOS SÓLIDOS NO BRASIL

A Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (CNUMAD), conhecida como Rio-92, instituiu a Agenda 21, criada como um

¹⁴ *Idem*, p. 18.

¹⁵ ONU. No Brasil, 80 mil toneladas de resíduos sólidos são descartadas de forma inadequada por dia. **Organização das Nações Unidas**, Brasília, 2016.

¹⁶ ABRELPE. Panorama dos Resíduos Sólidos no Brasil. **Associação Brasileira de Empresas de Limpeza Urbana**, São Paulo, 2016. p. 59.

¹⁷ BRASIL. Lei nº 12.305, de 2 de agosto de 2010. Institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos; altera a Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 3 ago. 2010.

programa de ação pelo qual os países assumiram o compromisso de elaborar projetos aptos a englobar a sustentabilidade nas políticas internas e estabelecer projetos que orientem para o desenvolvimento sustentável. Em seu texto, a Agenda 21 previu a necessidade de redução da geração dos resíduos, abordando o tema em seus capítulos 4, 6, 7 e 18, dentre os quais destaca-se o “Manejo ambientalmente saudável dos resíduos sólidos e questões relacionadas com os esgotos”.¹⁸

A criação de uma Política Nacional de Gestão de Resíduos Sólidos no Brasil teve início na década de 80, com uma proposta de lei apresentada ao Senado Federal que tratava especificamente de resíduos de serviços de saúde, cujo processo legislativo incorporou outras questões referentes aos resíduos sólidos, de acordo com os princípios trazidos pela Agenda 21.¹⁹

Em 1989, o Brasil aderiu à Convenção de Basileia sobre o Controle de Movimentos Transfronteiriços de Resíduos Perigosos e seu Depósito,²⁰ internalizada pelo Decreto Federal nº 875/1993 e regulamentada pela Resolução do Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA) nº 452/2012. Uma década depois, o Brasil assinou a Convenção de Roterdã que regula o comércio internacional de produtos químicos perigosos e foi internalizada pelo Decreto Federal nº 5.360/2005. Posteriormente, o Brasil internalizou, por meio do Decreto Federal nº 5.472/2005, a Convenção de Estocolmo sobre Poluentes Orgânicos Persistentes, elaborada para eliminar mundialmente o uso e a produção de algumas substâncias tóxicas pelo ser humano.

Na esfera internacional, a Agenda 21 foi substituída pela Agenda 2030 em 2015, que abordou os resíduos de forma geral e não tratou especificamente de resíduos sólidos. O Objetivo 12 da Agenda 2030 trouxe a meta 12.5 que visa à prevenção, à redução, à reciclagem e ao reuso.²¹

A sociedade moderna depara-se com sérios problemas na geração de grandes quantidades de resíduos sólidos e na forma como esses resíduos são

¹⁸ ONU. Agenda 21 Global. **Organização das Nações Unidas**, Nova York, 1995. p. 341.

¹⁹ FARIA, Carmen Rachel Scavazzini Marcondes. A política nacional de resíduos sólidos. Senado Federal, Brasília, 2021.

²⁰ “A Convenção de Basileia sobre o Controle de Movimentos Transfronteiriços de Resíduos Perigosos e seu Depósito tem como principal objetivo proteger a saúde das pessoas e o meio ambiente frente aos efeitos prejudiciais dos resíduos perigosos. Por meio de mecanismos internacionais de controle desses movimentos, baseados no princípio do consentimento prévio e explícito para a importação, exportação e o trânsito de resíduos perigosos, a Convenção procura coibir seu tráfico e prevê a intensificação da cooperação internacional para o gerenciamento ambientalmente adequado desses resíduos” (BRASIL. Convenção de Basileia. **Instituto Brasileiro do meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis**, Brasília, 1º out. 2021).

²¹ ONU. Agenda 21. Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento. **Organização das Nações Unidas**, Rio de Janeiro, 1992.

lançados no meio ambiente, o que pode gerar impactos socioambientais, como danos ao solo e aos cursos d'água.

O aumento do nível populacional, a expansão econômica, a rápida urbanização e a melhoria dos padrões de vida das pessoas aceleraram a taxa de geração de resíduos sólidos urbanos nos países em desenvolvimento.²² Os municípios geralmente enfrentam o desafio de fornecer aos habitantes sistemas eficazes e eficientes de coleta, manejo e tratamento de resíduos e, frequentemente, vislumbram óbices à efetivação desses serviços que fogem ao controle interno dos municípios, como a complexidade do sistema, a ausência de organização, o repasse de recursos financeiros e a multidimensionalidade do sistema, mormente em municípios de pequeno porte.²³

Para a gestão de resíduos, destacamos os dois principais objetivos: (i) proteger os seres humanos e o meio ambiente e (ii) economizar recursos. Tendo em vista que tais objetivos devem pautar-se pela capacidade de proteger os recursos para as futuras gerações sem olvidar as necessidades das presentes, a prática de gestão de resíduos não pode trazer um problema a mais para a questão dos resíduos sólidos no tempo e no espaço, logo deve-se pensar, por exemplo, em instalar um aterro sanitário que não necessite, posteriormente, de grandes e constantes manutenções.²⁴

Para tratar as questões relacionadas aos resíduos sólidos de forma organizada e integrada, é importante adotar um modelo de gestão, preferencialmente cuja utilização já tiver sido testada e verificada por outras nações. Um desses modelos é o Gerenciamento Integrado e Sustentável de Resíduos, que permite o estudo de sistemas multidimensionais e complexos de forma holística.

O modelo foi desenvolvido em meados da década de 80 por consultores de meio ambiente e desenvolvimento urbano e parceiros ou organizações que trabalham em países em desenvolvimento, e posteriormente aprimorado em meados da década de 90.

As principais partes interessadas consideradas importantes para o desempenho do sistema de gestão de resíduos incluem as autoridades locais, alguns ministérios do governo central e empreiteiros privados que prestam serviços. Os diferentes níveis de governo (nacional e local) são considerados muito relevantes porque são eles que estabelecem e implementam a política de gestão de resíduos sólidos. Além disso, destacam-se os utilizadores dos serviços (cidadãos, empresas de diferentes departamentos), empresas de reciclagem, catadores etc. A existência de um

²² MINGHUA, Z. *et al.* Municipal solid waste management in Pudong New Area, China. **Journal of Waste Management**, Washington, v. 29, p. 1227–1233, 2009.

²³ BURNLEY, Stephen J. A review of municipal solid waste composition in the United Kingdom. **Journal of Waste Management**, Washington, v. 27, nº 10, p. 1274–1285, 2007.

²⁴ BRUNNER, Paul H.; FELLNER, Johann. Setting priorities for waste management strategies in developing countries. **Waste Management & Research**, Washington, v. 1, nº 25, p. 234–240, 2007.

arcabouço legal para a aplicação efetiva das normas facilita o planejamento e a execução efetiva de todas as atividades inerentes ao sistema de gestão de resíduos.

5 NOVO MARCO LEGAL DO SANEAMENTO BÁSICO

O trabalho debruçará agora sobre as inovações do Novo Marco Legal do Saneamento Básico, com especial atenção para as novidades empreendidas no contexto dos resíduos sólidos e sua gestão.

Em 2018, pretendeu-se uma reforma estrutural da Lei do Saneamento Básico (Lei Federal nº 11.445/07), através das Medidas Provisórias nº 844/18 e 868/18, contra as quais foram propostas as Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) (ADI 5.993/18 e 6.006/18),²⁵ sob o argumento da ausência de urgência da medida, de usurpação de competência da União, de esvaziamento da competência municipal e de criação de óbices à erradicação da pobreza.

Diretamente influenciado pela pandemia de Covid-19 e pelas condições sanitárias por ela evidenciadas, o Congresso Nacional aprovou a Lei Federal nº 14.026/20, denominada Novo Marco Legal do Saneamento Básico, com o objetivo de “universalizar o serviço de saneamento no Brasil; fortalecer o sistema regulatório do setor, antes fragilizado devido à ramificação da regulação feita pelos municípios, e promover a maior regionalização do serviço prestado”.²⁶

Cumprir destacar alguns pilares do novo marco do saneamento, dentre os quais a universalização do serviço de saneamento básico até 2033, a integração dos municípios à Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico (ANA); a ampliação da competência da ANA com o objetivo de firmar normas de referência do setor de saneamento; a regionalização dos serviços prestados e a obrigatoriedade de celebração de contrato de concessão para as entidades que não integram a administração do titular.

O novo marco do saneamento básico constitui importante instrumento de garantia dos direitos à dignidade humana e à saúde, sendo, porém, alvo de ADIs, com especial destaque para a ADI 6.536/20, ajuizada pelo Partido dos Trabalhadores (PT), pelo Partido Comunista do Brasil (PC do B), pelo Partido Socialismo e Liberdade (P-

²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.006/DF. Plenário. EMENTA. Relator: Min. Marco Aurélio, 14 maio 2019. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 14 maio 2019; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 6492. EMENTA. Relator: Min. Luiz Fux, 03 ago. 2020. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 05 ago. 2020.

²⁶ SION, Alexandre Sion. Necessidade de investimentos em infraestrutura para universalização do saneamento básico no combate a pandemias: uma análise do enfrentamento à Covid-19 à luz do novo marco legal do saneamento básico. **Revista Ciências Jurídicas e Sociais – IURJ**, Rio de Janeiro, v. 1, nº 1, p. 111-141, out. 2020.

SOL) e pelo Partido Socialista Brasileiro (PSB)i, e para a ADI 6.492/20, ajuizada pelo Partido Democrata Trabalhista (PDT), a fim de discutir a constitucionalidade de diversos dispositivos.²⁷

A título de recorte metodológico, trazendo as principais mudanças do Novo Marco do Saneamento para a gestão de resíduos, a Lei Federal nº 14.026/2020 trouxe duas principais alterações na gestão de resíduos sólidos. A primeira foi a determinação de que os planos municipais de gestão integrada de resíduos sólidos deverão ser revisados, no máximo, a cada dez anos.²⁸ A segunda foi o estabelecimento de um prazo para o fim dos denominados “lixões” no país.²⁹

Com relação a esses prazos, para municípios que não elaboraram planos de resíduos sólidos, seria até 31.12.2020.³⁰ Para os municípios com planos elaborados: (i) 02.08.2021 para capitais e regiões metropolitanas; (ii) 02.08.2022 para cidades com mais de 100 mil habitantes; (iii) 02.08.2023 para cidades entre 50 e 100 mil habitantes e (iv) 02.08.2021 para cidades com menos de 50 mil habitantes, como mostra a tabela abaixo.

Tabela 1: Prazos para eliminação dos lixões

Lei nº. 12.305/2010		Prazo
Prévia extinção de todos os lixões do Brasil		04/08/2014
Previsão do Novo Marco		Prazo
Municípios que não elaboraram planos de resíduos sólidos		31/12/2020
Municípios com planos elaborados		
• Para capitais e regiões metropolitanas		02/08/2021
• Para cidades com mais de 100 mil habitantes		02/08/2022
• Para cidades entre 50 e 100 mil habitantes		02/08/2023
• Para cidades com menos de 50 mil habitantes		02/08/2024

Fonte: Elaborada pelo autor.

²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 6536. Petição Inicial. 50f. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 12 ago. 2020; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 6492. EMENTA. Relator: Min. Luiz Fux, 03 ago. 2020. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 05 ago. 2020.

²⁸ Art. 19, inciso XIX.

²⁹ Art. 54.

³⁰ Há um Projeto de Lei (“PL”) tramitando na Câmara de Deputados, sob o nº 1.414/21 com o objetivo de prorrogar, em razão da pandemia do novo coronavírus, alguns desses prazos previstos. Vide: MACHADO, Ralph. Proposta prorroga prazos do marco regulatório do saneamento básico em razão da pandemia. **Câmara dos Deputados**, Brasília 07 jun. 2021.

Em casos em que for economicamente inviável a disposição de rejeitos em aterros sanitários, outras soluções poderão ser adotadas, sempre observando as normas técnicas e operacionais para evitar danos ou riscos à saúde pública e à segurança, bem como minimizar os impactos ambientais.

A Resolução ANA nº 79/2021, que aprovou a Norma de Referência nº 1 para a regulação dos serviços públicos de saneamento básico, dispõe que para alcançar a sustentabilidade econômico-financeira dos contratos de prestação dos serviços públicos de manejo de RSU deve ser adotado, preferencialmente, o regime de cobrança por meio de tarifa.

Quanto à arrecadação, esta deve ser realizada, preferencialmente, por meio de (i) fatura específica de manejo de resíduos sólidos ou (ii) cofaturamento com o serviço de abastecimento de água ou outro serviço público, hipótese que deve ser previsto no custo do serviço público de manejo de resíduos sólidos o valor de ressarcimento ao respectivo prestador, conforme estabelecido em contrato entre as partes, com anuência da entidade reguladora dos serviços de manejo de resíduos sólidos urbanos ao valor a ser pago a título de ressarcimento dos custos de cofaturamento.

Os reajustes das tarifas de serviços públicos de saneamento básico serão realizados observando-se o intervalo mínimo de 12 (doze) meses e as revisões tarifárias compreenderão a reavaliação das condições de 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 e (ii) extraordinárias, quando se verificar a ocorrência de fatos não previstos no contrato, fora do controle do prestador do serviço, que alterem o equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

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, os quais se basearão no (i) nível de renda; (ii) destinação adequada dos resíduos; (iii) características dos lotes e as áreas que podem ser edificadas; (iv) peso ou volume médio coletado por habitante ou por domicílio; (v) consumo de água; e (vi) frequência de coleta.

6 GESTÃO ASSOCIADA DE RESÍDUOS SÓLIDOS: regionalização e consórcios públicos

A partir de uma análise mais detida à regionalização dos serviços de saneamento básico e o estabelecimento de consórcios públicos quanto ao pilar dos resíduos sólidos, tem-se que a regionalização é apresentada como forma de alcançar a união dos municípios para obtenção de escala e viabilização da prestação dos

serviços de forma universal e qualificada. A regionalização pode se dar sob dois tipos de arranjos institucionais: um por (i) coordenação federativa, espécie de regionalização compulsória que engloba regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, e (ii) por cooperação federativa, espécie de regionalização facultativa, por meio de gestão associada dos serviços públicos e instituída através de consórcios públicos ou convênios de cooperação. A alocação de recursos federais e financiamentos da União está condicionada à estruturação regionalizada dos serviços de saneamento básico, ao fornecimento de informações atualizadas ao Sistema Nacional de Informações em Saneamento Básico (SINISA) e à adesão dos municípios à estrutura de governança federativa.

O art. 25, parágrafo 3º, da CRFB/1988 prevê a regionalização compulsória a partir dos institutos da região metropolitana, da aglomeração urbana ou da microrregião, dispondo que: “os Estados poderão, mediante lei complementar, instituir regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, constituídas por agrupamentos limítrofes para integrar a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum”.³¹

Em um sistema federal cooperativo moderno, a regionalização voluntária é natural. No sistema constitucional brasileiro, no que diz respeito aos serviços públicos, o art. 241 da CRFB/1988 estipula: “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”. Percebe-se que a CRFB/1988 permite a cooperação ampla, mas, simultaneamente, determina a adoção de uma forma de gestão associada de serviços públicos, que possui requisitos específicos, como consórcio público e convênio de cooperação entre entes federados.

Noutros termos, os entes federados criam uma pessoa jurídica, o consórcio público, concedendo-lhe as prerrogativas de planejamento, fiscalização, contratação, regulação, prestação do serviço público ou, diante da desnecessidade da pessoa jurídica, os entes somente regulam a cooperação, os direitos e deveres derivados dessas relações, através dos convênios de cooperação.

Outra exigência estipulada pelos dispositivos constitucionais é que a cooperação deve ser “vinculada à lei”, seja por meio de consórcio público, seja por meio de convênio de cooperação entre entes federados.³²

³¹ BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, 05 out. 1988.

³² Existe alguma controvérsia sobre esta questão porque algumas pessoas entendem que nenhuma intervenção legislativa é necessária no acordo.

Por fim, a regionalização voluntária do sistema brasileiro não impõe continuidade territorial - portanto, a ausência de alguns municípios não impede que outros estabeleçam relações de cooperação por meio de consórcios públicos ou convênio de cooperação.

O consórcio público é pessoa jurídica exclusivamente criada por entes federativos, nos termos da Lei Federal nº 11.107/2005, a fim de estipular relações de cooperação federativa, incluindo a realização de interesses comuns. O consórcio público é instituído como associação pública com personalidade jurídica de direito público e natureza autárquica ou como pessoa jurídica de direito privado sem fins econômicos.³³

O consórcio público exige um equilíbrio entre as necessidades e possibilidades de cada ente federado. A confiança recíproca entre os consorciados é capaz de viabilizar um serviço de qualidade, com racionalização dos custos e continuidade da prestação.

Os consórcios são classificados em unifinalitário e multifinalitário, sendo que a escolha por qualquer um deles depende da análise atenta dos desafios, oportunidades e necessidades comuns aos consorciados, bem com os tipos de atividades que podem ser desenvolvidas de forma integrada entre os municípios, influenciando na tomada de decisão pelo tipo de consórcio que melhor atende às peculiaridades dos consorciados. De acordo com levantamento feito em 2018 pela Confederação Nacional de Municípios (CNM), dos 491 consórcios públicos registrados no país, 56% são unifinalitários, trabalham apenas em uma área, ao passo que 44% são multifinalitários, atuando em mais de uma área e tendo a multiplicidade de objetivos como ponto positivo para a realização do consórcio.³⁴

Nos consórcios existe a figura dos municípios-polo, aqueles de maior porte e que influenciam economicamente o seu entorno. O papel deles é de suma importância no funcionamento e na constituição das atividades do consórcio público, já que por sua relevância no contexto local, podem proporcionar crescimento socioeconômico para toda a região e beneficiar a população dos municípios. Como os consórcios ampliam a economia de escala, essa gestão associada tende a facilitar o desenvolvimento das atividades e reduzir os custos de implantação e operação envolvidos se comparado à prestação isolada. No entanto, este tipo de gestão requer a formação de um consórcio público sob a supervisão dedicada e contínua dos municípios. Sendo assim, os municípios interessados devem considerar as

³³ BRASIL. Diagnóstico do Manejo de Resíduos Sólidos Urbanos. **Ministério do Desenvolvimento Regional – Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento**, Brasília, dez. 2020.

³⁴ CNM. Roteiro para implementação de consórcios públicos de manejo de resíduos sólidos. **Confederação Nacional de Municípios**, Brasília, 2020.

oportunidades e os desafios da constituição de um consórcio público, visto que se trata da constituição de uma entidade com todas as responsabilidades inerentes.³⁵

As atividades do consórcio público na área de resíduos sólidos urbanos vão desde a formulação de planos intermunicipais de resíduos sólidos, consultoria técnica, tratamento e reciclagem de resíduos, educação ambiental e coleta até a disposição final em aterros.

As ações devem ser cuidadosamente estudadas, para que garantam a sustentabilidade técnica, econômica, financeira, ambiental e social.

As atividades de gestão de resíduos sólidos podem ser realizadas de forma compartilhada ou isolada, conforme as reais condições e necessidades de cada cidade. Ambos são supervisionados pela equipe técnica do consórcio público.

É necessária, ainda, a realização de um Plano de Transição para transferência dos serviços de manejo de resíduos sólidos de um município para um consórcio público, que pode especificar ações a serem implementadas gradativamente. Também é preciso desenvolver um Plano de Comunicação para informar a população sobre as mudanças geradas pelo novo modelo organizacional, que deve englobar toda população, utilizar os métodos disponíveis em cada localidade e estimular a participação de setores ambientais, educacionais, do comércio e demais atores da sociedade nos processos de mobilização e educação ambiental.³⁶

Resumidamente, o Novo Marco do Saneamento apontou para o descumprimento do prazo inicial de eliminação dos lixões, estabelecido na PNRS em 2010, bem como promoveu uma reorganização do prazo. Além disso, visou à previsão das tarifas de serviços públicos de resíduos sólidos, à forma de contratação para empresa realizar a gestão de resíduos e à regionalização e convênios como forma de universalizar o serviço.

7 CONCLUSÃO

Desde o século 20, as instalações de saneamento básico têm sido alvo de medidas que visam à universalização do acesso aos serviços que alberga. Apesar dessas medidas, as políticas de saneamento permaneceram inativas na agenda nacional por muitos anos e reapareceram com as Medidas Provisórias (MPs) nº 844 e

³⁵ BRASIL. Diagnóstico do Manejo de Resíduos Sólidos Urbanos. **Ministério do Desenvolvimento Regional – Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento**, Brasília, dez. 2020.

³⁶ CNM. Roteiro para implementação de consórcios públicos de manejo de resíduos sólidos. **Confederação Nacional de Municípios**, Brasília, 2020.

868 e com o Projeto de Lei (PL) nº 4.162/2019, homologado e convertido na Lei Federal nº 14.026/2020 em julho de 2020.

O novo marco legal do saneamento básico visa, especificamente, à universalização dos serviços de saúde e ao fortalecimento da fiscalização do setor. Apresenta avanços com relação às formas de contratação de serviços por prestadores que não fazem parte da administração pública, fortalece e incentiva a regionalização dos serviços - especialmente através de consórcios públicos - incluindo abastecimento de água, coleta e tratamento de esgoto, coleta e manejo de resíduos sólidos e drenagem e manejo de águas pluviais.

Esperamos que o novo marco legal seja um divisor de águas em matéria de saneamento básico no Brasil, com destaque para a gestão de resíduos sólidos urbanos.

REFERÊNCIAS

ABRELPE. Panorama dos Resíduos Sólidos no Brasil. **Associação Brasileira de Empresas de Limpeza Urbana**, São Paulo, 2016.

BASTOS, Maria Silvia; RAMOS, Marilene; FREITAS, André de. Webinar: **Saneamento: desafios e oportunidades**. (1h e 07 min.) Arko Advice, São Paulo, 12 ago. 2020. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=UI0SV8oXnxU>. Acesso em: 12 ago. 2020.

BORELLI, Raul Felipe. **Aspectos jurídicos da gestão compartilhada dos serviços públicos de saneamento básico**. 2010. 266 f. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

BRASIL. Agenda ambiental na Administração Pública. **Câmara dos Deputados**, Brasília, 2021.

BRASIL. Aproveitamento Energético de Biogás de Aterro Sanitário. **Ministério do Meio Ambiente**, Brasília, 2009. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/cidades-sustentaveis/residuos-solidos/politica-nacional-de-residuos-solidos/aproveitamento-energetico-do-biogas-de-aterro-sanitario>. Acesso em: 3 nov. 2021.

BRASIL. [Código de Águas (1934)]. Decreto nº. 24.643, de 10 de julho de 1934. Decreta o Código de Águas. **Diário Oficial da União**, Brasília, 27 jul. 1934. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D24643compilado.htm. Acesso em: 19 ago. 2020.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, 05 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 7 nov. 2021.

BRASIL. Convenção de Basileia. **Instituto Brasileiro do meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis**, Brasília, 1 out. 2021

BRASIL. Diagnóstico do Manejo de Resíduos Sólidos Urbanos. **Ministério do Desenvolvimento Regional – Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento**, Brasília, dez. 2020

BRASIL. Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007. Estabelece as diretrizes nacionais para o saneamento básico; cria o Comitê Interministerial de Saneamento Básico; altera as Leis nos 6.766, de 19 de dezembro de 1979, 8.666, de 21 de junho de 1993, e 8.987, de 13 de fevereiro de 1995; e revoga a Lei nº 6.528, de 11 de maio de 1978. (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020). **Diário Oficial da União**, Brasília, 11 jan. 2007.

BRASIL. Lei n ° 12.305, de 2 de agosto de 2010. Institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos; altera a Lei no 9.605, de 12 de fevereiro de 1998; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 3 ago. 2010.

BRASIL. MMA promove compostagem nas cidades. **Ministério do Meio Ambiente**, Brasília, 19 abr. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.006/DF. Plenário. EMENTA. Relator: Min. Marco Aurélio, 14 maio 2019. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 14 maio 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 6492. EMENTA. Relator: Min. Luiz Fux, 03 ago. 2020. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 05 ago. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 6536. Petição Inicial. 50 f. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 12 ago. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 6492. EMENTA. Relator: Min. Luiz Fux, 03 ago. 2020. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 05 ago. 2020.

BRUNNER, Paul H.; FELLNER, Johann. Setting priorities for waste management strategies in developing countries. **Waste Management & Research**, Washington, v. 1, nº 25, p. 234-240, 2007.

BURNLEY, Stephen J. A review of municipal solid waste composition in the United Kingdom. **Journal of Waste Management**, Washington, v. 27, nº 10, p. 1274–1285, 2007.

EOS. A EOS consultores apoia a campanha #somosmaissaneamento. **EOS Organização e Sistemas**, Campo Grande, 19 out. 2018.

GUERRERO, Liliana Abarca; MASS, Ger; HOGLAND, Willian. Solid waste management challenges for cities in developing countries. **Journal of Waste Management**, Washington, v. 33, nº 1, p. 220-232, jan. 2013.

JACOBI, Pedro Roberto; BESEN, Gina Rizpah. Gestão de resíduos sólidos em São Paulo: desafios da sustentabilidade. **Estudos Avançados**, São Paulo, v. 25, nº 71, p. 135-158, 2011.

LEMOS, Patrícia Faga Iglecias. **Resíduos Sólidos e Responsabilidade Civil Pós-consumo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 25 ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2017.

MACHADO, Ralph. Proposta prorroga prazos do marco regulatório do saneamento básico em razão da pandemia. **Câmara dos Deputados**, Brasília 07 jun. 2021.

MINGHUA, Z. *et al.* Municipal solid waste management in Pudong New Area, China. **Journal of Waste Management**, Washington, v. 29, p. 1227–1233, 2009.

ONU. Agenda 21. Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento. **Organização das Nações Unidas**, Rio de Janeiro, 1992.

ONU. No Brasil, 80 mil toneladas de resíduos sólidos são descartadas de forma inadequada por dia. **Organização das Nações Unidas**, Brasília, 2016. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/no-brasil-80-mil-toneladas-de-residuos-solidos-sao-descartados-de-forma-inadequada-afirma-onu/>. Acesso em 03 nov. 2021.

SION, Alexandre Oheb. Necessidade de investimentos em infraestrutura para universalização do saneamento básico no combate a pandemias: uma análise do enfrentamento à Covid-19 à luz do Novo Marco Legal do Saneamento Básico. **Revista Ciências Jurídicas e Sociais – IURJ**, Rio de Janeiro, v. 1, nº 1, p. 111-141, 2020.

SNIS. Componentes do SNIS: água e esgoto. **Ministério do Desenvolvimento Regional**, Brasília, 16 mar. 2020.

SOARES, Sérgio R. A.; BERNARDES, Ricardo S.; CORDEIRO NETTO, Oscar de M. Relações entre saneamento, saúde pública e meio ambiente: elementos para formulação de um modelo de planejamento em saneamento. **Caderno de Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 18, nº. 6, p. 1713-1724, nov./dez., 2002. Disponível em: <https://url.gratis/7RGMX>. Acesso em: 09 ago. 2020.

SUJAUDDIN, Mohammad; HUDA, M. S. Syed; RAFIQUUL HOQUE, A. T. M. Household solid waste characteristics and management in Chittagong, Bangladesh. **Journal of Waste Management**, Washington, v. 28, p. 1688–1695, 2008.

A CONTRIBUIÇÃO DO JURISTA, PROFESSOR E MINISTRO LUIZ FUX PARA O SANEAMENTO BÁSICO E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO BRASIL

Aluisio Gonçalves de Castro Mendes*

Larissa Clare Pochmann da Silva*

RESUMO: O Jurista, Professor e Ministro Presidente LUIZ FUX é um dos maiores nomes do Direito Contemporâneo. Ser humano excepcional, com uma mente brilhante, comprometido e dedicado, sua brilhante trajetória se destaca como exemplo para toda a sociedade. No tema do saneamento básico, possuem relevo, em suas decisões, o respeito e a preocupação com a efetividade de direitos fundamentais. O presente texto analisará, como uma singela homenagem ao Ministro LUIZ FUX, a decisão liminar na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn) nº 6.492, que questiona o texto do novo Marco Legal do Saneamento Básico.

Palavras-chave: Ministro Luiz Fux. Homenagem. Saneamento Básico. Direitos Fundamentais. Ação Direta de Inconstitucionalidade.

ABSTRACT: The Jurist, Professor and Chief of Justice LUIZ FUX is one of the great names of contemporary Law. A exceptional human being with a brilliant mind and a serious, committed and dedicated professional, his trajectory stands out as an example for the society. On the subject of basic sanitation, his decisions stand out for their respect and concern with the effectiveness of fundamental rights. This text will

* Desembargador Federal do Tribunal Regional Federal da 2ª Região; Professor Titular de Direito Processual Civil na Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro; Professor Titular de Direito Processual no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Estácio de Sá; Bolsista do Programa de Pesquisa e Produtividade da Universidade Estácio de Sá; Professor Titular do Ibmec. Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade de Brasília (UnB); Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR); Mestre em Direito pela *Johann Wolfgang Universität* (Frankfurt am Main, Alemanha); Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR), em doutorado cooperativo com a *Johann Wolfgang Universität* (Frankfurt am Main, Alemanha); Pós-Doutor em Direito pela Universidade de Regensburg (Alemanha); Diretor do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP); Diretor do Instituto Ibero-americano de Direito Processual; Membro da International Association of Procedural Law; Membro da Academia Brasileira de Letras Jurídicas (ABLJ).

* Pós-Doutora em Direito Processual pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Doutora e Mestre em Direito pela Universidade Estácio de Sá (UNESA). Professora da Universidade Estácio de Sá (UNESA) e Coordenadora do Curso de Direito no campus Recreio. Advogada.

analyze, as a simple tribute to MINISTER LUIZ FUX, the injunction in the Direct Action of Unconstitutionality (ADIn) nº 6.492, which questions the text of the new Legal Framework for Basic Sanitation.

Keywords: Chief of Justice Luiz Fux. Tribute. Basic Sanitation. Fundamental Rights. Direct Action of Unconstitutionality.

SUMÁRIO: Breves palavras sobre o homenageado, o papel do Professor, Jurista, e Presidente do Supremo Tribunal Federal e do Conselho Nacional de Justiça, Ministro LUIZ FUX, no cenário jurídico contemporâneo. 1 Introdução. 2 A ADIn nº 6.492 e as alterações trazidas pelo novo Marco Legal do Saneamento Básico. 2.1 Impugnações pertinentes à Agência Nacional de Águas e de Saneamento Básico (ANA). 2.2 Impugnações pertinentes às diretrizes para o saneamento básico. 3 A decisão liminar na ADIn nº 6.492. 4 Conclusão.

Breves palavras sobre o homenageado: o papel do Professor, Jurista, e Presidente do Supremo Tribunal Federal e do Conselho Nacional de Justiça, Ministro LUIZ FUX, no cenário jurídico contemporâneo¹

O Ministro Presidente LUIZ FUX é, de fato, merecedor desta e de muitas outras homenagens, porque tem sido um referencial e exemplo para a magistratura, para a academia e para a sociedade. A sua vida e a sua carreira demonstram peremptoriamente o seu brilho, sucesso, cordialidade, dignidade e hombridade.

É um privilégio participar desta obra e ter a honra de ser seu colega de congregação na nossa querida Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Somos eternos alunos, discípulos e amigos do estimado Mestre JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA.

Carioca da gema, filho do contador e advogado MENDEL WOLF FUX e de LUCY FUX, o homenageado é casado com ELIANE FUX e pai da desembargadora MARIANNA e do advogado RODRIGO, que seguem o brilho do pai, nas suas respectivas funções de conceituada desembargadora do Tribunal de Justiça e de renomado advogado. Os avós paternos vieram da Romênia para o Brasil, na condição de exilados de guerra, em razão

¹ Este item representa versão atualizada e adaptada do introito de texto, escrito pelo primeiro autor, publicado no primeiro volume da coletânea **O Novo Processo Civil Brasileiro**: temas relevantes – estudos em homenagem ao professor, jurista e Ministro Luiz Fux, em três volumes, coordenada por Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, José Roberto dos Santos Bedaque, Paulo Cezar Pinheiro Carneiro e Teresa Arruda Alvim, Rio de Janeiro: GZ, 2018.

da perseguição nazista. Como o próprio FUX conta²: “Eles foram muito gratos ao fato de terem sido bem acolhidos no Brasil. Tanto que o meu avô também assumiu uma entidade que era casa de acolhida de idosos, pessoas mais velhas desvalidas. Já minha avó era presidente de uma entidade que acolhia crianças abandonadas, o Lar das Crianças Israelitas”. Esta gratidão vem se mantendo através das gerações.

FUX fala sempre com orgulho de ter estudado em duas instituições públicas: no Colégio Pedro II e na UERJ. Nesta última, graduou-se em 1976, tendo passado imediatamente depois à condição de professor, que mantém até a presente data, tendo obtido os títulos de Doutor e Livre-Docente, bem como trilhado toda a carreira docente até alcançar a condição de Professor Titular de Direito Processual Civil no ano de 1995. Faz questão de continuar lecionando, nos programas de pós-graduação e de graduação, nas manhãs das segundas-feiras, revelando a sua paixão e o compromisso pela UERJ, sem prejuízo das suas enormes responsabilidades e incumbências decorrentes do exercício da Presidência do Supremo Tribunal Federal e do Conselho Nacional de Justiça. A liderança e a condução do Departamento de Direito Processual sempre foram exercidos de modo compartilhado, em ambiente de sintonia, coleguismo e amizade com o seu colega de cátedra, Professor PAULO CEZAR PINHEIRO CARNEIRO (chamado por muitos de PCPC ou pelo homenageado carinhosamente por PAULINHO).

O homenageado é dotado de virtudes e disposição inigualáveis. Consegue manter a disciplina e a energia, fortalecidas pela prática do Jiu-Jitsu, o gosto pela música, revelado na guitarra e no conjunto *The Five Thunders* (os Cinco Trovões), bem como o fino trato e o bom humor, não obstante a intensa rotina de trabalho no Supremo Tribunal Federal.

A sua trajetória foi de estudo e de conquistas: foi advogado, Promotor de Justiça, Juiz de Direito, Juiz do Tribunal de Alçada do Estado do Rio de Janeiro, Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Ministro do Superior Tribunal de Justiça e Ministro do Supremo Tribunal Federal, além de Juiz Eleitoral e Ministro do Tribunal Superior Eleitoral. No magistério, além da UERJ, exerceu a docência, como professor efetivo, convidado ou emérito em inúmeras instituições, dentre as quais a Pontifícia Universidade Católica (PUC), do Rio de Janeiro e do Rio Grande do Sul, a Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS) e a Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ).

Nas letras, possui uma vasta produção, da qual podemos destacar os livros *Teoria Geral do Processo Civil*, *Novo Código de Processo Civil Temático*, *Novos Paradigmas do Direito Eleitoral*, *Processo Constitucional*, *O novo Processo Civil*

² No seu depoimento em comemoração aos setenta anos da Faculdade de Direito da UERJ. Vide <http://www.direitouerj.org.br/2005/fdir70/depLF.htm>. Acesso em: 04 jan. 2017.

Brasileiro – Direito em Expectativa, Mandado de Segurança, Curso de Direito Processual Civil – Processo de Conhecimento, Locações – Processo e Procedimentos, Manual dos Juizados Especiais Cíveis, Tutela de Segurança e Tutela da Evidência e Intervenção de Terceiros, além de dezenas de outros livros e artigos. Considerando a importância dos seus escritos, o autor e jurista FUX foi alçado à condição de membro da Academia Brasileira de Letras Jurídicas e da Academia Brasileira de Filosofia.

Conferencista brilhante, FUX já proferiu mais de quinhentas palestras nacionais e internacionais, dentre as quais merecem destaque a conferência no renomado Cyrus R. Vance Center em Nova Iorque e o evento que ocorrerá na próxima Brazil Conference, na Universidade de Harvard. O seu público, por sinal, não se limita a magistrados, advogados, professores, profissionais e estudantes de direito. Certa vez, encontrei-o em um aeroporto: acabava de efetuar uma exposição em um Congresso de Medicina.

No Supremo Tribunal Federal, o Ministro LUIZ FUX tem proferido decisões e votos memoráveis em defesa dos direitos fundamentais e da moralidade pública. São muitos, mas três, pela sua atualidade, podem ser destacados: (i) no RE nº 898.450, fixou a tese de que editais de concurso público não podem estabelecer restrição a pessoas com tatuagem, salvo situações excepcionais em razão de conteúdo que viole valores constitucionais; (ii) na ADI nº 4.357 demonstrou a preocupação da Corte Suprema com a proteção da sociedade diante do Poder, submetendo os índices de correção monetária ao controle constitucional, para que não ocorram privações patrimoniais mediante expurgos indevidos; (iii) no MS nº 34.530, concedeu cautelar para a proteção do projeto de lei, de iniciativa popular, que estabelecia medidas anticorrupção, estabelecendo fundamentos para salvaguardar a higidez do processo legislativo, o funcionamento das instituições democráticas, a previsibilidade e segurança às minorias parlamentares e o respeito à cidadania.

Há que se destacar também a preocupação do Ministro Luiz Fux com a construção de uma nova jurisdição, na qual os tribunais sinalizam claramente a interpretação do ordenamento jurídico, fixando teses norteadoras para a aplicação isonômica, fundando bases para a segurança jurídica e não apenas para o julgamento de casos peculiares.

A experiência adquirida e o enorme saber jurídico do homenageado foram fundamentais na condução da presidência da Comissão de Juristas, composta, dentre outros, por três organizadores de obra anterior³ em sua homenagem (TERESA ARRUDA ALVIM - relatora, PAULO CEZAR PINHEIRO CARNEIRO e JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE), nomeada para a elaboração do novo Código de Processo Civil.

³ Vide a primeira nota.

LUIZ FUX conduziu com maestria os trabalhos, acompanhando todo o processo legislativo e sendo novamente nomeado para a presidência de nova comissão para o acompanhamento da redação final no segundo turno do Senado Federal. O Código BUZAID foi sucedido pelo Código FUX.

Na Presidência do Supremo Tribunal Federal e do Conselho Nacional de Justiça, desde setembro de 2020, o Ministro Luiz Fux esteve à frente do Poder Judiciário em um momento difícil, para todo o mundo, diante dos desafios decorrentes da pandemia. Os órgãos judiciários brasileiros, sob a sua gestão, obtiveram resultados positivos, em termos de manutenção deste serviço essencial, até mesmo se comparados com os dos países mais desenvolvidos do planeta. Com autos eletrônicos, audiências, sessões virtuais e por videoconferência, ou híbridas, a magistratura brasileira continuou prestando a jurisdição no território nacional, não obstante os problemas advindos da COVID-19. As dificuldades não imobilizaram a sua gestão, que seguiu firme produzindo inovações e o fortalecimento de metas, a partir de cinco eixos: proteção dos direitos humanos e do meio ambiente; promoção da estabilidade e do ambiente de negócios para o desenvolvimento nacional; combate à corrupção e à lavagem de dinheiro, para a recuperação de ativos; Justiça 4.0 e promoção do acesso à justiça digital; e a vocação constitucional do STF.

Em todas as atividades e funções desempenhadas, o homenageado LUIZ FUX vem cumprindo com denodo, proficiência e altivez as suas incumbências e propósitos, recebendo medalhas, títulos, homenagens e as mais diversas honrarias, indicando para os seus admiradores e seguidores a mensagem clara de que devemos viver intensamente e com amor, oferecendo todas as nossas potencialidades em prol dos encargos atribuídos e do bem-estar do próximo e da sociedade.

E sua contribuição não se esgota no processo civil. Tratando-se de saneamento básico, além de ser o relator da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn) nº 6.492, que questiona os dispositivos do novo Marco Legal do Saneamento Básico, também analisa a Suspensão de Liminar (SL) nº 1.446, bem como seu respectivo pedido de extensão, tendo, liminarmente, decidido por restabelecer o andamento do certame licitatório destinado à concessão dos serviços de saneamento básico da Região Metropolitana do Rio de Janeiro, previsto no Decreto nº 47.422/2020, do Governador do Rio de Janeiro.

É uma honra e satisfação participar de mais uma obra em homenagem ao Jurista, Professor e Ministro LUIZ FUX.

1 INTRODUÇÃO

A Lei nº 14.026, de 15 de julho de 2020, conhecida como novo Marco Legal do Saneamento Básico, foi sancionada com o objetivo de universalizar e qualificar a

prestação do setor, reconhecido como direito essencial pela Resolução⁴ n° A/RES/64/292 da Assembleia Geral das Nações Unidas. Para a efetivação deste direito, o artigo 11-B, *caput*, da legislação⁵ previu como meta que, até 31 de dezembro de 2033, 99% (noventa e nove por cento) da população deve ter acesso à água potável e 90% (noventa por cento) da população deve ter coleta e tratamento de esgotos. Somente em caso de inviabilidade econômico-financeira da universalização, constatada por estudos para a licitação da prestação regionalizada, o prazo poderá ser dilatado, mas sem que possa ultrapassar 1º de janeiro de 2040⁶.

O tema do saneamento básico tem sido foco de inúmeras discussões no Brasil desde a edição da medida provisória n° 844 de 06 de julho de 2018, que foi objeto de duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs), de n° 5.993 e n° 6.006, que foram extintas sem resolução do mérito diante da perda de eficácia da medida provisória.

Após a perda da eficácia, veio a ser aprovado o novo marco legal do saneamento básico. Destaca-se que sua aprovação foi realizada em um momento de pandemia da COVID-19, nos qual os cuidados com a saúde estavam em foco e que o acesso à água potável e ao saneamento básico poderiam reduzir doenças. Inclusive, a Organização Mundial de Saúde (OMS) estima que a cada 1 (hum) dólar gasto com saneamento básico, economiza-se a quantia de 5,5 dólares em tratamentos de saúde⁷.

Porém, os artigos 3º – na parte em que acrescentou o artigo 4º-A, § 1º, I, II e III, à Lei Federal 9.984/2000 –; 5º – na parte em que alterou o artigo 1º, *caput* e I, da Lei federal 10.768/2003 –; 7º – nas partes em que acrescentou os artigos 10-A e 53-A, *caput*, e alterou os artigos 17, § 3º; 22, III e IV; 29; *caput*, I, II, III e §§ 2º, 3º e 4º; 35, *caput*, II, IV e V e §§ 1º e 2º; 44, *caput* e § 1º; e 45, *caput* e § 4º, da Lei federal 11.445/2007 –; 11 – na parte em que alterou o artigo 54, *caput*, I, II, III e IV, da Lei federal 12.305/2010 –; 13, *caput*, 14 *caput*, e 18, *caput*, da Lei Federal n° 14.026/2020 foram objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 6.492, com requerimento de

⁴ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral. **Resolução A/RES/64/292**, de 28 de julho de 2010. [S. l.], ONU, 2010.

⁵ 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.

⁶ Art. 11-B, § 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.

⁷ A informação está disponível em <https://www.who.int/news-room/fact-sheets/detail/sanitation>. Acesso em: 13 nov. 2021.

medida cautelar. Poucos dias após o ajuizamento da ação, foi indeferido o pedido de medida cautelar formulado, estando os autos pautados para julgamento em 24 de novembro de 2021.

Analisam-se, assim, os questionamentos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.492 a partir das alterações realizadas e a contribuição trazida pela decisão do Ministro LUIZ FUX.

2 A ADIN Nº 6.492 E AS ALTERAÇÕES TRAZIDAS PELO NOVO MARCO LEGAL DO SANEAMENTO BÁSICO

A Lei nº 14.026, de 15 de julho de 2020, revelou-se muito mais do que uma simples atualização do marco do saneamento básico, sendo um verdadeiro novo Marco Legal do Saneamento Básico para o país. Suas disposições repercutiram através de alterações dos dispositivos das seguintes leis:

- a) Lei nº 9.984, de 17 de julho de 2000, para atribuir à Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico (ANA) competência para editar normas de referência sobre o serviço de saneamento;
- b) Lei nº 10.768, de 19 de novembro de 2003, para alterar o nome e as atribuições do cargo de Especialista em Recursos Hídricos;
- c) Lei nº 11.107, de 6 de abril de 2005, para vedar a prestação por contrato de programa dos serviços públicos;
- d) Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007, para aprimorar as condições estruturais do saneamento básico no País;
- e) Lei nº 12.305, de 2 de agosto de 2010, para tratar dos prazos para a disposição final ambientalmente adequada dos rejeitos;
- f) Lei nº 13.089, de 12 de janeiro de 2015 (Estatuto da Metrópole), para estender seu âmbito de aplicação às microrregiões e
- g) Lei nº 13.529, de 4 de dezembro de 2017, para autorizar a União a participar de fundo com a finalidade exclusiva de financiar serviços técnicos especializados.

O tema possui fundamental importância, por se tratar de atividade essencial, voltada à consecução de direitos fundamentais sociais, associados a prestações do Estado⁸, e a direitos ligados à proteção do meio ambiente, sob uma perspectiva

⁸ Canotilho afirma que é reconhecida “a existência de direitos originários a prestações quando: (1) a partir da garantia constitucional de certos direitos, (2) se reconhece, simultaneamente, o dever do Estado na criação de pressupostos materiais, indispensáveis ao exercício efetivo desses direitos; (3) e a faculdade de o cidadão exigir, de forma imediata, as prestações

intergeracional, refletida de forma direta no direito a viver em um ambiente sadio, equilibrado e seguro⁹.

Porém, poucos dias após a sua entrada em vigor, em 23 de julho de 2020, foi ajuizada a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.492, com requerimento de medida de cautelar, que foi indeferida, poucos dias depois de seu ajuizamento, pelo relator, Ministro LUIZ FUX.

Após a referida ação, foram ajuizadas mais três ações, de nº 6.882, nº 6.583 e nº 6.536, que, por terem o mesmo objeto, acabaram apensadas, para tramitação conjunta a partir do rito abreviado.

Passa-se, então, a analisar o que tem sido questionado referente às alterações trazidas pelo novo marco do saneamento legal (Lei nº 14.026/2020).

2.1 Impugnações pertinentes à Agência Nacional de Águas e de Saneamento Básico (ANA)

Um dos pontos centrais da referida ação diz respeito à alteração promovida sobre a ANA – que, até a alteração legislativa, restringia-se à Agência Nacional de Águas.

A até então denominada Agência Nacional de Águas (ANA), passou a ser chamada de Agência Nacional de Águas e de Saneamento Básico. Foi acrescida na sua atribuição o saneamento, estando voltada a implementar, no âmbito de suas competências, a Política Nacional de Recursos Hídricos e de instituir normas de referência para a regulação dos serviços públicos de saneamento básico.

Para esclarecer essa alteração referente à Agência Nacional de Águas e de Saneamento Básico, é preciso previamente pontuar que, na mesma legislação, os artigos 8º e 9º, inciso II, também foram alterados, para passar a prever que, mesmo quando prestado pelo titular, deve haver regulação e gestão do serviço público de saneamento básico, sendo a existência desta regulamentação uma condição de validade para os contratos que tenham por objeto a prestação de serviços públicos de saneamento básico, conforme contemplado no artigo 11, inciso III.

A regulação e a gestão deste serviço público, disposta na redação alterada do artigo 21, será feita por entidade de natureza autárquica dotada de independência decisória e autonomia administrativa, orçamentária e financeira, que deve observar a transparência, tecnicidade, celeridade e objetividade das decisões.

constitutivas desses direitos” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 435).

⁹ SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito Constitucional Ambiental: estudos sobre a Constituição, os Direitos Fundamentais e a proteção do ambiente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 116-117.

O artigo 3º Lei nº 14.026/2020, ao alterar a Lei nº 11.445, acrescentou o artigo 4º-A, prevendo que caberá à Agência Nacional de Águas e de Saneamento Básico instituir normas de referência para a regulação dos serviços públicos de saneamento básico por seus titulares e suas entidades reguladoras e fiscalizadoras.

É importante destacar que o papel da Agência não será a de um órgão regulador e fiscalizador imediato da atividade, mas a de realizar uma regulação por indução, em relação aos órgãos regulatórios regionais, microrregionais e municipais, sendo responsável por implementar normas de referência e de boas práticas.

Como decorrência do papel da Agência, o artigo 5º do novo Marco Legal do Saneamento Básico, também questionado na ADIn, alterou o artigo 1º, *caput*, e inciso I, da Lei nº 10.768/2003, que dispõe sobre o quadro de pessoal da ANA, passou a prever que seus cargos não seriam apenas de Especialistas em Serviços Hídricos, mas de Especialista em Regulação de Recursos Hídricos e Saneamento Básico, mantendo-se os demais cargos de Especialista em Geoprocessamento e de Analista Administrativo.

Para assegurar a eficácia da previsão, o artigo 50, inciso III, da Lei nº 11.445/2007 trouxe um mecanismo de adesão dos titulares de regulação às normas da Agência Nacional de Águas e de Saneamento Básico: o acesso ao financiamento público federal no setor dependerá de observância de tais normas.

Em relação à constitucionalidade da ANA como responsável por normas de referência e de boas práticas no setor de saneamento, alega o autor da ADIn que:

- a) a regulamentação tarifária e a padronização dos instrumentos negociais pela Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico - ANA ofenderia o princípio federativo;
- b) a ampliação de seus quadros não teria sido acompanhada de estimativa de impacto fiscal e financeiro.

2.2 Impugnações pertinentes às diretrizes para o saneamento básico

O outro ponto do novo Marco Legal do Saneamento Básico questionado na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn) diz respeito às diretrizes para o saneamento básico.

Considerando a relevância do saneamento básico para a promoção do direito à saúde, insculpido no artigo 196 da Constituição, a Lei nº 14.026/2020 buscou a ampliação progressiva do acesso ao saneamento básico, em especial para a população de baixa renda, de acordo com suas necessidades, com estabelecimento de meta para 31 de dezembro de 2033.

Inclusive, para garantir que a população de baixa renda tenha acesso ao saneamento, assegurando-se a universalização e a integralidade de acesso ao serviço, quatro eixos são contemplados na legislação:

- a) o artigo 45 assegura a gratuidade às famílias de baixa renda, que seus edifícios sejam ligados à rede pública de esgotamento sanitário, desde que observadas as prescrições do órgão regulador e as peculiaridades locais e regionais;
- b) o artigo 52 prevê que o Plano de Saneamento deverá contemplar ações de saneamento básico em núcleos urbanos informais ocupados por populações de baixa renda, quando estes forem consolidados e não se encontrarem em situação de risco;
- c) o estímulo à formação de blocos para a prestação do serviço de saneamento básico tem o escopo de garantir a viabilidade técnica e econômico-financeira dos serviços, possibilitando que municípios de menor porte e a população de mais baixa renda possa ter acesso aos serviços de saneamento;
- d) os artigos 19 e 21 estabeleceram, ainda, a possibilidade de instituição de subsídios e subvenções, quando necessário, como instrumentos para assegurar a sustentabilidade econômico-financeira da prestação e também para garantir o acesso aos usuários que não tenham condições de pagamento integral dos serviços, mantendo-se o princípio do subsídio cruzado (tarifários e/ou internos) para que a população de baixa renda tenha acesso ao serviço, de forma a se realizar os princípios da universalidade e da integralidade de acesso.

Os serviços deverão ser prestados com segurança, regularidade, qualidade e continuidade, com racionalização do consumo de água pelos usuários e fomento à eficiência energética, ao reuso de efluentes sanitários e ao aproveitamento de águas de chuva e de forma regionalizada, para garantir a universalização e a viabilidade técnico-financeira.

Argumentam os autores da Ação Direta de Inconstitucionalidade, porém, que, a partir dos fundamentos do acesso universal e da modicidade tarifária, o novo Marco Legal do Saneamento Básico destruiria toda a estrutura do saneamento básico brasileiro.

Para compreender este argumento, passa-se, então, a tratar do sistema estabelecido pelo novo marco legal do saneamento básico e as críticas a sua estrutura.

Conforme disposto no artigo 8º, §1º do novo Marco Legal do Saneamento Básico, a competência sobre o serviço de saneamento básico é municipal, mas a função pública deste serviço frequentemente extrapola o interesse local e passa a ser tanto do Estado como do Município no caso de instituição de regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, podendo ser realizada por gestão associada,

com responsabilidade do ente titular, conforme artigo 7º do novo Marco Legal do Saneamento Básico ou mediante consórcio público de municípios ou convênio de cooperação, nos termos do artigo 241 da Constituição Federal.

A prestação regionalizada dos serviços, buscando sua universalização, pode se dar de três formas¹⁰:

- a) das regiões metropolitanas, aglomerações urbanas ou microrregiões;
- b) unidade regional de saneamento básico, instituída pelos estados, mediante lei ordinária, e composta por municípios não necessariamente limítrofes para atender às exigências de higiene e saúde pública, ou para dar viabilidade econômica e técnica aos municípios menos favorecidos e
- c) dos blocos de referência estabelecido pela União, subsidiariamente aos estados, e formalmente criado por meio de gestão associada voluntária dos municípios titulares dos serviços, sendo que somente será exercida caso as unidades regionais de saneamento básico não sejam estabelecidas pelo Estado no prazo de 1 (um) ano da publicação a lei nº 14.026/2020.

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade, questiona-se que não haveria, porém, a obrigatoriedade constitucional das regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões terem que, obrigatoriamente, compartilhar, no todo ou em parte, instalações operacionais de infraestrutura de abastecimento de água, não devendo ser transferida aos Estados a competência municipal.

Questiona-se, também, a exigência de que os consórcios públicos sejam compostos apenas por municípios, já que a escolha de quem iria integrar um consórcio público seria de plena liberdade e oportunidade do ente federativo.

Aduz-se, ainda, que a responsabilidade é de todos os entes envolvidos, e não exclusivamente do titular, como dispõe o artigo 7º do novo Marco Legal do Saneamento Básico.

Retomando a análise de outros pontos estruturais trazidos pela novel legislação, de acordo com o artigo 10 do novo Marco Legal do Saneamento Básico (Lei nº 14.026), a prestação de serviço de saneamento básico, se não for feita pelo titular, ocorrerá através de contrato de concessão, cujas cláusulas estão contempladas na redação modificada do artigo 23 da Lei nº 8.987/1995, e, portanto, deverá ser precedida de licitação, em que deverá ser demonstrada a capacidade econômico-financeira para universalização dos serviços na área licitada até 31 de dezembro de

¹⁰ A referida síntese encontra-se prevista na página 13 da Cartilha da OAB Nacional sobre “O novo Marco Legal do Saneamento Básico: Lei nº 14.026/2020”.

2023. Inclusive, a preocupação com a universalização do serviço se reflete também nos contratos em curso, que terão até o dia 31/03/2022 para fazer essa inclusão.

Pelo novo Marco Legal do Saneamento, 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.

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn), impugna-se que ressurgesse a solução de privatização do saneamento básico como modelo de direcionar recursos privados para fazer frente aos investimentos financeiros necessários, enquanto o sistema atual é estruturado a partir do subsídio cruzado entre sistemas municipais superavitários e deficitários para cumprimento do federalismo cooperativo na área do saneamento básico. Acrescenta-se que a utilização de recursos privados supostamente ocorrerá na prática nas áreas onde menos haveria a necessidade de investimento, bem como para melhorar a eficiência de prestação no setor,

Consequentemente, em relação à estruturação do sistema pelo novo Marco Legal do Saneamento Básico, as impugnações podem ser assim sintetizadas:

- a) o sistema estruturado poderia criar monopólio do setor privado no fornecimento de água e esgotamento sanitário, sem contribuir com a universalização e a modicidade de tarifas, vez que a necessidade de lucro das empresas privadas seria incompatível com a vulnerabilidade social da população que reside nas áreas mais carentes desses serviços, notadamente os pequenos municípios, as áreas rurais e as periferias das grandes cidades;
- b) o sistema estabelecido esvaziaria o patrimônio das empresas estatais de saneamento, ao tratar da alienação do controle acionário, e colocaria em risco o sistema do subsídio cruzado, a partir da participação de capital privado.

3 A DECISÃO LIMINAR NA ADIN Nº 6.492

Em decisão monocrática proferida no dia 3 de agosto de 2020, em análise perfunctória, o Ministro LUIZ FUX indeferiu a medida cautelar pleiteada, demonstrando, além de vasto conhecimento jurídico, uma grande sensibilidade.

Registrando a gravidade histórica do problema do acesso a esse direito fundamental, o Ministro ressaltou, logo no início de sua decisão que:

os números ostentados pelo Brasil são vergonhosos: mais de 35 milhões de brasileiros não têm acesso à água tratada, mais de 100 milhões não dispõem da cobertura da coleta de esgoto (46,85%) e

somente 46% do volume gerado de esgoto no país é tratado, como apontam os dados oficiais recentes trazidos aos autos.

A realidade alarmante de precariedade sanitária no Brasil exige uma atuação imediata, concertada e eficiente do poder público.

Os requisitos da medida cautelar foram analisados liminarmente de forma técnica e objetiva.

O perigo de dano foi afastado diante de dois aspectos:

- a) o cenário atual de violação da dignidade de diversos brasileiros que não possuem acesso à água e ao esgotamento sanitário e
- b) a própria legislação prever cronogramas de implementação, que podem ser postergados pelos Municípios, sendo que o mais próximo da decisão proferida ocorreria em 31 de dezembro de 2020, para implantação de disposição final ambientalmente adequada dos rejeitos.

Quanto à probabilidade do direito, ressaltou o Ministro que:

- a) a repartição de competências entre os entes federativos, em que cabe à União, segundo o artigo 21, incisos XIX e XX, da Constituição, instituir sistema nacional de gerenciamento de recursos hídricos e tratar de diretrizes para o saneamento básico. Como consequência, a União poderia atribuir à Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico o condão de criar normas de caráter regulamentador;
- b) apesar de o saneamento ser serviço público de interesse local e, portanto, de titularidade dos Municípios, conforme previsto no artigo 30, inciso V, da Constituição, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.842, permitiu a gestão compartilhada, tal como previsto pelo novo Marco Legal do Saneamento Básico, para a promoção de direitos e a eficiência estatal. Destacou-se, na referida ADI, que “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”. (STF. ADI 1842, Relator Ministro Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 06/03/2013, DJe 16-09-2013);
- c) além de expressa previsão constitucional de outorga de serviços públicos essenciais, a Ordem Econômica tem por base os princípios da livre iniciativa e a livre concorrência, havendo diversos setores concedidos cujos serviços são prestados pela iniciativa privada e, no caso, não haveria demonstração, mas apenas ilações de que o lucro do setor privado seria aprioristicamente incompatível com os princípios constitucionais que norteiam a prestação de serviço público e

- d) há a urgência de políticas voltadas a sanear a grave situação de acesso à água potável e ao saneamento básico.

O Ministro LUIZ FUX reconheceu, ainda, a relevância do tema, destacando que “não pode ser isento a um controle social e jurídico rigorosos, sobretudo diante dos imperativos constitucionais de universalização, adequação e eficiência” e, inclusive, com menos de um ano desde seu ajuizamento, já pautou o tema para ser apreciado pelo Plenário.

4 CONCLUSÃO

O saneamento básico é tema que atinge diretamente a vida de milhares de brasileiros e todos os municípios do país. Ao mesmo tempo em que se trata de um direito essencial, tem-se a possibilidade de ser, devida e eficientemente, concedido para ser explorado por empresas privadas.

A decisão liminar do Ministro Luiz Fux já demonstra a relevância e a grandiosidade do tema e certamente o enfrentamento do mérito pelo Plenário, dentro de um tempo razoável, em muito poderá contribuir para a efetivação dos direitos fundamentais da população.

É certo que não se alcança a universalização do serviço apenas com a lei, sendo fundamental que haja vontade política e a recíproca participação cidadã de todos os membros da sociedade politicamente organizada para que esse objetivo maior possa ser, de fato, alcançado. Porém, o controle, pelo Supremo Tribunal Federal (STF), das suas estruturas, é um importante passo a ser dado para essa caminhada.

REFERÊNCIAS

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

FURLAN, Valéria. Principais Aspectos do novo Marco do Saneamento Básico: Lei Ordinária Federal 14.026, de 16 de julho de 2020. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, vol. 1.022, p. 23-38, 2020.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; BEDAQUE, José Roberto dos Santos; PINHEIRO CARNEIRO, Paulo Cezar; ARRUDA ALVIM, Teresa. **O novo processo civil brasileiro: temas relevantes – estudos em homenagem ao Professor, Jurista e Ministro Luiz Fux**, volumes 1, 2 e 3. Rio de Janeiro: GZ, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito Constitucional Ambiental**: estudos sobre a Constituição, os Direitos Fundamentais e a proteção do ambiente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

OAB NACIONAL. **Cartilha sobre O novo Marco Legal do Saneamento Básico**: Lei nº 14.026/2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral. **Resolução A/RES/64/292**, de 28 de julho de 2010. [S. l.], ONU, 2010.

EFETIVIDADE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SANEAMENTO BÁSICO PARA POPULAÇÕES VULNERÁVEIS

Amanda Schmidt Célico*

José Carlos de Oliveira*

RESUMO: O saneamento básico possui ampla notoriedade na promoção da qualidade vida, ratificando a necessidade de se legitimar a universalização de seus serviços. Para tanto, esta pesquisa visa demonstrar a efetividade de políticas públicas de saneamento básico para populações vulneráveis no contexto brasileiro, demonstrando mecanismos de incentivos para se alcançar impactos positivos na eficiência da prestação dos serviços.

Palavras-chave: Saneamento básico. Universalização. Mecanismos de efetivação. Atuação estatal. População vulnerável.

ABSTRACT: Basic sanitation has wide notoriety in promoting quality of life, confirming the need to legitimize the universalization of its services. Therefore, this research aims to demonstrate the effectiveness of public basic sanitation policies for vulnerable populations in the Brazilian context, demonstrating incentive mechanisms to achieve positive impacts on the efficiency of service provision.

Keywords: Basic sanitation. Universalization. Enforcement mechanism. State performance. Vulnerable population.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Desenvolvimento. 2.1 Dilemas antigos do saneamento básico em uma perspectiva contemporânea: como efetivar o acesso frente à realidade da população vulnerável? 3 Conclusões.

* Mestra em Microbiologia Agropecuária pela Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” campus de Jaboticabal. Administradora Pública pela Faculdade de Ciências e Letras da Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” campus de Araraquara e graduanda em Direito pela Faculdade São Luís de Jaboticabal.

* Doutor, mestre e especialista em Direito Administrativo. Professor da graduação e do Programa de Pós-Graduação em Direito (mestrado/doutorado) da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” – UNESP. Advogado.

1 INTRODUÇÃO

O saneamento básico, importante instrumento para avaliar as condições de saúde pública, possui ampla notoriedade na promoção da qualidade de vida, o que corrobora com os ditames constitucionais consagrados e ratifica o fundamento de necessidade de se legitimar a universalização de seus serviços. No entanto, o cenário brasileiro, ainda nos dias atuais, carece de subsídios que possam alterar a realidade nas mais diversas localidades do país: a inexistência ou existência precária de acesso aos serviços resulta nos mais variados contextos: limitação de acesso a água potável, disseminação de patologias e violação a dignidade humana, tutelada pela própria Constituição Federal.

A legislação internacional e as normas brasileiras são uníssonas quanto a universalização do sistema de saneamento básico, direito fundamental imprescindível para amparar os princípios basilares de um Estado Democrático de Direito. Nesta seara, importante ressaltar a conjuntura existente entre os ditames estabelecidos na Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável, em especial o Objetivo nº 6 e a Lei 11.445/2007 atualizada pelo Marco Legal do Saneamento Básico (Lei n. 14.026/2020), a qual estabelece as diretrizes nacionais para o saneamento básico no Brasil.

Acerca da terminologia saneamento básico, a definição extraída dos dispositivos normativos supramencionados é compreendida como um conjunto de serviços, infraestruturas e instalações operacionais sob os preceitos: abastecimento de água, esgotamento sanitário, tratamento de resíduos sólidos e drenagem urbana. Estudos recentes desenvolvidos e publicados em novembro de 2020 pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA)¹ demonstram a necessidade imperiosa de investimentos públicos para universalizar o tema em questão frente às carências básicas nas mais diversas regiões do país. A mesma pesquisa aponta que mais de 35 milhões de habitantes não possuem acesso à água tratada e a redes de abastecimento, em virtude, principalmente, da ausência de investimentos no setor.

Dados do Instituto Trata Brasil² apontam fatores determinantes que dificultam o desenvolvimento do setor de saneamento do Brasil: falta de planejamento adequado, volume insuficiente de investimentos, deficiências de gestão, qualidade técnica dos projetos e a dificuldade em obtenção de financiamentos.

A pesquisa intitulada “Direitos humanos e vulnerabilidade social: o acesso à água e ao esgotamento sanitário de pessoas em situação de rua” desenvolvida pela

¹ IPEA. **Ranking de prioridades do saneamento aponta municípios em situação vulnerável**. 2020. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=37043. Acesso em: 31 out. 2021.

² Instituto Trata Brasil. **Burocracia e entraves ao setor de saneamento** Disponível em: <http://tratabrasil.org.br/uploads/2015-12-08-Burocracia-e-Entraves-saneamento-Final.pdf>. Acesso em: 30 out. 2021.

Fiocruz Minas³ destaca a importância de se promover o debate sobre a forma como os serviços estão sendo ofertados.

Ademais, importante frisar que as disparidades geográficas e irregularidades no fornecimento do saneamento são fatores que também comprometem a qualidade da água ofertada⁴.

Neste viés, Santiago e Vieira⁵ ratificam o que se propõe neste estudo: o direito ao saneamento é indispensável à sobrevivência humana. Contudo, o acesso de forma ampla e indistinta por toda a população brasileira ainda é uma realidade distante no país.

Diante do exposto, o presente estudo parte da premissa de que a atuação estatal é fundamental no intuito de definir e direcionar as ações necessárias em proveito do saneamento básico brasileiro, consoante aos pilares: infraestrutura sustentável social, econômica e ambiental⁶. Para tanto, busca-se responder aos questionamentos: quais são os mecanismos que o país possui para efetivar políticas públicas cuja finalidade seja alcançar a universalização do direito ao saneamento, em especial, às populações vulneráveis? Como promover o acesso frente à realidade desta população?

A análise dos pontos apresentados visa contribuir para solucionar os desafios contemporâneos aos dilemas antigos enfrentados pelos entes federativos: promover iniciativas de aumento da eficácia no saneamento básico a toda população por meio de políticas públicas efetivas.

Diante das condições existentes acerca do saneamento no Brasil e, por via de consequência, à importância do tema frente a saúde pública, esta pesquisa visa identificar os principais desafios e entraves para se alcançar a universalização da prestação dos serviços de saneamento básico, além de propor alternativas que possibilitem viabilizar o desenvolvimento do setor.

Destaca-se que a metodologia nesta pesquisa foi a documental, por meio de referencial teórico nacional e internacional, incluindo instrumentos normativos que visam ratificar o direito fundamental de acesso ao saneamento básico como condição necessária para a dignidade humana, em especial, por políticas públicas eficazes.

³ MAIA, Keila. **Pesquisas mostram como o não acesso à água e ao esgoto afeta outros direitos sociais**. Março de 2017. Disponível em: <https://portal.fiocruz.br/noticia/pesquisas-mostram-como-o-nao-acesso-agua-e-ao-esgoto-afeta-outros-direitos-sociais>. Acesso em: 30 out. 2021.

⁴ Instituto Trata Brasil. **Ranking do Saneamento Instituto Trata Brasil (SNIS 2019)**. março de 2021. Disponível em: https://www.tratabrasil.org.br/images/estudos/Ranking_saneamento_2021/Relat%C3%B3rio_-_Ranking_Trata_Brasil_2021_v2.pdf. Acesso em: 30 out. 2021.

⁵ SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna; VIEIRA, Patrícia Albuquerque. **O direito à água e ao saneamento básico: interlocuções com o garantismo de Luigi Ferrajoli**. Veredas do Direito, Belo Horizonte, v. 18, n. 40, p. 385-409, jan./abr. 2021.

⁶ IPEA. **Saneamento no Brasil: proposta de priorização do investimento público**. Nov. 2020. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_2614subs.pdf. Acesso em: 30 out. 2021.

Neste ínterim, visa demonstrar que, mesmo diante da consagração desse direito fundamental à sobrevivência, grande parcela da população ainda vive sem acesso.

2 DESENVOLVIMENTO

2.1 Dilemas antigos do saneamento básico em uma perspectiva contemporânea: como efetivar o acesso frente à realidade da população vulnerável?

O cenário brasileiro frente a expansão urbana, crescimento demográfico e ocupação de áreas com deficiência no abastecimento de recursos hídricos e, consequentemente, no acesso ao saneamento básico demonstra instabilidade social, econômica e desigualdade no acesso de forma igualitária ao serviço ofertado⁷. Tais fatores influenciam diretamente nas populações mais vulneráveis, as quais tem o seu direito ao saneamento básico negligenciado pelo próprio Estado⁸. As mais variadas formas das desigualdades sociais existentes podem ser interpretadas a partir de diferentes indicadores socioeconômicos, tais como: indicadores de saúde e as redes de infraestruturas básicas que, muitas vezes, longe do ideal, revelam ambientes insalubres e, por via de consequência, o comprometimento na qualidade de vida da população local. Diante de tal situação, faz-se necessário demonstrar que cabe ao Poder Público efetivar alternativas que possibilitem o acesso aos recursos como forma de consagrar os direitos constitucionalmente previstos.

De acordo com o Instituto Trata Brasil⁹, em seu último relatório disponibilizado, vários são os entraves para se consolidar a eficiência e universalização do que se propõe: restrições no planejamento setorial; falta de estrutura na regulação; deficiências na gestão das companhias de saneamento; dificuldades de financiamento; baixa qualidade dos projetos de engenharia e lentidão nas obras. É necessário, portanto, priorizar ações por meio de políticas públicas que visam definir prioridades na alocação de recursos para os entes federados.

É notório que a universalização dos serviços de saneamento ainda possui um viés de meta a ser alcançada efetivamente no Brasil, em contraposição ao patamar de

⁷ SNIS - Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento. **25º Diagnóstico dos Serviços de Água e Esgoto**. Brasília, 2020. 183 p.

⁸ SANTOS, Ruth; MENEZES, Renata. A necessidade de realização de políticas públicas para a universalização do direito ao saneamento básico. **Rev. Bras. Polít. Públicas** (Online), Brasília, v. 6, nº 2, p. 264-279, 2016.

⁹ Instituto Trata Brasil. **Ranking do Saneamento Instituto Trata Brasil (SNIS 2019)**. Mar. 2021. Disponível em: https://www.tratabrasil.org.br/images/estudos/Ranking_saneamento_2021/Relat%C3%B3rio_-_Ranking_Trata_Brasil_2021_v2.pdf. Acesso em: 30 out. 2021.

13ª economia mundial no ano de 2020¹⁰. Tem-se, portanto, um antagonismo entre: dificuldades de universalização do acesso ao saneamento básico principalmente pela população vulnerável *versus* economia brasileira frente a outros desafios. Portanto, mesmo diante da necessidade imperiosa de acesso de forma igualitária a todas as pessoas do direito ao saneamento básico, é notório que tal acesso não se verifica de forma satisfatória no Brasil.

A título exemplificativo, podem ser citados os seguintes desafios que dificultam a consolidação ao direito básico de saneamento por toda a população: dimensões política-ideológica, institucional, de financiamento, gestão, participação e até mesmo controle social¹¹.

Portanto, busca-se demonstrar que o direito aqui debatido deva ser amplamente reconhecido cujo desafio está em apontar condições efetivas de políticas públicas no bojo de universalizar um sistema de saneamento básico a todos, em especial, a população mais vulnerável¹². Corroborando com o ora exposto, autores como Nascimento e Heller¹³ destacam a fragmentação de políticas públicas e ausência de regulação e regulamentação como fatores predominantes para o quadro sanitário brasileiro. Outro vetor que merece destaque, como bem pontuou Cruz e Ramos¹⁴, refere-se a gestão ineficiente dos recursos, que acaba por inviabilizar o acesso populacional aos serviços básicos.

Insta salientar que o fornecimento de mecanismos para a efetivação do direito é um dever prestacional por parte do próprio Estado a partir de diretrizes delimitadas que promovam a acessibilidade de forma universal em parâmetros geográficos e sociais¹⁵, estando o cidadão legitimado a exigir desse a defesa da tutela constitucional, por meio da participação no acompanhamento de políticas públicas ambientais.

¹⁰ AUSTIN RATING. **Brasil cai para 13º no ranking de maiores economias, diz Austin Rating**. Disponível em: <https://www.austin.com.br/>. Acesso em: 30 out. 2021.

¹¹ BORJA, Patrícia Campos. Política pública de saneamento básico: uma análise da recente experiência brasileira. **Saúde soc.** v. 2, 2014. <https://doi.org/10.1590/S0104-12902014000200007>.

¹² SANTOS, Ruth; MENEZES, Renata. A necessidade de realização de políticas públicas para a universalização do direito ao saneamento básico. **Rev. Bras. Polít. Públicas** (Online), Brasília, v. 6, nº 2, p. 264-279, 2016.

¹³ NASCIMENTO, N. O.; HELLER, L. Ciência, tecnologia e inovação na interface entre as áreas de recursos hídricos e saneamento. **Revista Engenharia Sanitária e Ambiental**, v. 10, 2005.

¹⁴ CRUZ, K. E. A.; RAMOS, F. S. **Efficiency in the management of sanitation and its impacts on health promotion: an application of data envelopment analysis (DEA)**. In: BANKER, R. et al. (Eds.). *Data envelopment analysis: theory and applications – proceedings of the 10th International Conference on DEA*. Natal: DEA, 2012. Disponível em: <https://bit.ly/2YjjdAl>. Acesso em: 30 out. 2021.

¹⁵ SANTOS, Ruth; MENEZES, Renata. A necessidade de realização de políticas públicas para a universalização do direito ao saneamento básico. **Rev. Bras. Polít. Públicas** (Online), Brasília, v. 6, nº 2, p. 264-279, 2016.

De acordo com a última publicação da Associação Brasileira das Concessionárias Privadas de Serviços Públicos de Água e Esgoto (Abcon)¹⁶, os indicadores analisados demonstram pouca expressividade evolutiva, gerando, por consequência, escassez de investimentos no setor ao longo dos últimos anos. O mesmo documento demonstra que, na comparação entre 2015 e 2019, houve declínio quanto ao índice de atendimento de água em áreas urbanas – atingiu o patamar de 93,08% e caiu para 92,95% no ano de 2019 – com tímida melhora quanto ao índice de esgoto tratado – 42,67% e 49,09% em 2015 e 2019, respectivamente. A deficiência dos serviços de saneamento ainda é um entrave: segundo o estudo proposto pela KPMG em parceria com a ABCON, 48% da população brasileira não possui atendimento a rede de esgoto e 16% sem acesso ao abastecimento de água potável¹⁷. Contudo, o cenário precisa progredir.

Um dos grandes eixos que se busca solucionar é: como o Brasil, composto por diversas realidades e desigualdades sociais, pode melhorar o acesso ao saneamento básico? Como promover esse direito fundamental às populações de baixa renda?

Frente ao desafio, busca-se apontar alternativas viáveis de implementação de políticas públicas que proporcionem uma igualdade de consagrar o direito fundamental entre as mais diversas regiões do país.

Um dos pontos que merece destaque para enfrentar o dilema apresentado refere-se à criação de um sistema de regulação, a partir de instrumentos efetivos, ajustado ao setor de saneamento¹⁸. Tal fator é imprescindível para a expansão sustentável dos serviços que se propõe a realizar, aliado as técnicas adequadas, recursos econômicos, financeiros e aporte jurídico, visando, portanto, a implementação das normativas de planejamento previamente estabelecidas.

Um aspecto balizador do que fora supramencionado tem relação direta com obras e intervenções físicas na infraestrutura dos sistemas de saneamento básico aliando-se ao suporte político e gerencial na melhoria contínua da prestação dos serviços e capacidade técnica do órgão gestor.

¹⁶ ABCON - Associação e Sindicato Nacional das Concessionárias Privadas de Serviços Públicos de Água e Esgoto. **Panorama da participação privada no saneamento**. 2021. Disponível em: <https://www.abconsindcon.com.br/wp-content/uploads/2021/07/PAN21-BAIXA-final.pdf>. Acesso em: 01 nov. 2021.

¹⁷ KPMG. Quanto custa universalizar o saneamento básico no Brasil? junho 2020. Disponível em: <https://home.kpmg/br/pt/home/insights/2020/06/quanto-custa-universalizar-o-saneamento-no-brasil.html>. Acesso em: 01 nov. 2021.

¹⁸ Instituto Trata Brasil. **Burocracia e entraves ao setor de saneamento** Disponível em: <http://tratabrasil.org.br/uploads/2015-12-08-Burocracia-e-Entraves-saneamento-Final.pdf>. Acesso em: 30 out. 2021.

Torna-se imprescindível aumentar os esforços e a cobrança por planejamentos estratégicos no intuito de viabilizar a universalização do acesso. E ainda, mais do que exigir, é necessário executar as ações para viabilizar o serviço desempenhado.

Neste viés, estudos demonstram que uma maior participação do setor privado se torna, muito embora não exclusivamente, uma alternativa para superar os desafios no setor frente a ausência de projetos delimitados e a baixa operacionalização dos gestores locais. E tamanha possibilidade corrobora com o novo marco legal do saneamento a partir da promulgação da Lei 14.026/20 que segue apoiada sob três vertentes que visam à universalização dos serviços básicos de saneamento: a) regulação adequada; b) maior competição e, c) geração de ganhos de escalada aprimorada na prestação dos serviços¹⁹.

Frente ao exposto, um dos entraves atuais reside na implementação da prestação regionalizada cujo escopo é garantir o acesso a todos ao saneamento básico, incluindo-se as áreas mais periféricas, as quais se tornam negligenciadas para a consolidação dos serviços essenciais. Tal objetivação deve ser resultado de articulações entre órgãos públicos, entidades financeiras e diálogo entre os entes federados que, necessariamente, devem avançar.

Ademais, a Abcon²⁰ revela que a iniciativa privada incidente no saneamento possui como prioridade os investimentos que asseguram o progresso à universalização: setorização da distribuição de água, ampliação do sistema de esgotamento sanitário e modernização da produção e distribuição de água tratada.

Mais do que se propor a levar água tratada a toda população, incluindo as áreas mais vulneráveis, os investimentos e políticas públicas nos serviços de saneamento representam evolução social e ambiental para a sociedade de forma geral. Alternativas viáveis para a mudança sistemática incluem: concessões plenas ou parciais, parcerias público-privadas, subdelegações.

Ademais, para corroborar com os pontos elencados, importante mencionar que as políticas públicas acerca do tema devem considerar o quesito de se obter os mais elevados níveis de eficiência, limitando-se os desperdícios existentes. Outras práticas que merecem destaque no intuito de viabilizar as respectivas tomadas de decisão são: eficiência na gestão, alcance do serviço a todos por meio da maximização

¹⁹ ABCON - Associação e Sindicato Nacional das Concessionárias Privadas de Serviços Públicos de Água e Esgoto. **Panorama da participação privada no saneamento**. 2021. Disponível em: <https://www.abconsindcon.com.br/wp-content/uploads/2021/07/PAN21-BAIXA-final.pdf>. Acesso em: 01 nov. 2021.

²⁰ ABCON - Associação e Sindicato Nacional das Concessionárias Privadas de Serviços Públicos de Água e Esgoto. **Panorama da participação privada no saneamento**. 2021. Disponível em: <https://www.abconsindcon.com.br/wp-content/uploads/2021/07/PAN21-BAIXA-final.pdf>. Acesso em: 01 nov. 2021.

da qualidade, investimentos para necessárias modernizações do setor e universalização dos serviços, autonomia administrativa das empresas gestoras, limitação quanto a interferência política e a taxação excessiva aos consumidores pela prestação dos serviços²¹.

Uma abordagem que merece destaque na presente pesquisa relaciona-se a participação popular nos processos de formulação e fiscalização das políticas públicas de saneamento básico, consagrando o que prevê a Constituição Federal (art. 1º, inciso II)²². Neste diapasão, os mesmos autores destacam a necessidade de se intensificar a divulgação de instrumentos de participação social, cujo atores sociais são essenciais para legitimar, ainda mais, o processo regulatório. A participação social no contexto de formulação de políticas públicas demonstra progressivos resultados quando atrelada à gestão pública. As iniciativas de fortalecimento da sociedade civil no processo decisório de políticas públicas possuem um sentido estratégico, isto é, apontar que a população possui capacidade de interferência nas decisões de políticas públicas e contribuir para o processo de desenvolvimento do país por meio de programas e serviços que viabilizem a articulação democrática do país²³.

Corroborando com o exposto, tem-se, ainda, um importante instrumento que influencia na construção de políticas públicas ainda mais eficientes quanto a prestação de serviços públicos de saneamento básico: a modelagem de governança interfederativa. Definida como agências reguladoras intermunicipais, são firmadas por meio de consórcios públicos ou convênios de cooperação, nos moldes do que dispõe o artigo 241 da Constituição Federal²⁴.

Não se pretende com esta pesquisa esgotar todos os meios de efetivar políticas públicas quanto a temática do saneamento básico. Contudo, visa demonstrar que existem alternativas que possibilitem concretizar mudanças na realidade brasileira por meio de instrumentos eficazes.

Ainda, imperioso se questionar quais devem ser os critérios balizadores para se considerar populações vulneráveis no intuito de formular e implementar políticas

²¹ MOTTA, Ronaldo.; MOREIRA, Ajax. Efficiency and regulation in the sanitation sector in Brazil. *Utilities Policy*, v. 14, p. 185-195, 2006.

²² OLIVEIRA, José Carlos; RAVAGNANI, Cristopher Abreu. A democracia participativa nos Serviços públicos de saneamento Básico: estudo de caso das Audiências públicas da ARSESP. *Rev. Fac. Direito UFMG*, Belo Horizonte, n. 69, p. 221-238, jul./dez. 2016.

²³ CHASSOT, Jean Pierre. **A participação social na gestão de políticas públicas no município de Ijuí – uma análise da experiência local**. 2013. Disponível em: https://repositorio.ufsm.br/bitstream/handle/1/248/Chassot_Jean_Pierre.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 01 nov. 2021.

²⁴ ALVES, Jean; OLIVEIRA, José Carlos de. A necessidade da governança interfederativa dos serviços públicos de saneamento básico nas regiões metropolitanas. *Revista de Direito Urbanístico, Cidade e Alteridade*, Brasília, v. 3, n. 1, p. 58-73, 2017.

públicas no intuito de definir quais os locais prioritários para a intervenção estatal. Neste diapasão, a criação do Índice de Vulnerabilidade Social (IVS) dos municípios e regiões brasileiras se mostra como importante indicador que revela condições de vulnerabilidade social no país, atrelado a diversos fatores, dentre os quais, o saneamento básico²⁵. A análise do respectivo índice revela tendências sociais estruturais existentes em determinado território bem como a efetividade das políticas públicas aplicadas. Portanto, revela-se como importante instrumento para se compreender as alterações sociais no decorrer do tempo.

Para o cálculo do IVS, são considerados três atributos: infraestrutura urbana, capital humano e renda e trabalho. A primeira dimensão relaciona-se as condições de acesso a serviços de saneamento básico e mobilidade urbana. Já o aspecto capital humano envolve condições de saúde e acesso à educação. Com relação ao último quesito, relaciona-se a insuficiência de renda²⁶.

Os indicadores objetivam analisar e avaliar os resultados obtidos pela incorporação de políticas públicas no acesso, dentre os fatores, ao saneamento básico considerando a redução no contexto de vulnerabilidade social da população brasileira. A viabilização de sistemas de gestão por meio de políticas públicas eficazes pressupõe esforços para garantir os direitos consagrados e tutelados pelo Estado Democrático de Direito, em especial, as condições de acesso digno ao saneamento básico.

Do ora exposto, os critérios norteadores para se determinar a vulnerabilidade social de determinada localidade são importantes instrumentos para avaliar a evolução efetiva de políticas públicas ou, ainda, readaptá-las tendo em vista a medida necessária de universalização ao acesso ao saneamento básico de forma geral.

É preciso desenvolver mecanismos que promovem gestão dos serviços públicos de abastecimento de água, coleta e tratamento de esgotos, considerando, ainda a interdisciplinaridade existente entre as matérias.

²⁵ COSTA, Marco Aurélio; DOS SANTOS, Maria Paula Gomes; MARGUTI, Bárbara; PIRANI, Nikolas; SILVA PINTO; Carlos Vinícius; CURI, Rodrigo Luis Comini; RIBEIRO, Clarisse Coutinho; ALBUQUERQUE, Clayton Gurgel. **TD 2364 - Vulnerabilidade Social no Brasil: conceitos, métodos e primeiros resultados para municípios e regiões metropolitanas brasileiras**. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_2364_b.pdf. Acesso em: 01 nov. 2021.

²⁶ COSTA, Marco Aurélio; DOS SANTOS, Maria Paula Gomes; MARGUTI, Bárbara; PIRANI, Nikolas; SILVA PINTO; Carlos Vinícius; CURI, Rodrigo Luis Comini; RIBEIRO, Clarisse Coutinho; ALBUQUERQUE, Clayton Gurgel. **TD 2364 - Vulnerabilidade Social no Brasil: conceitos, métodos e primeiros resultados para municípios e regiões metropolitanas brasileiras**. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_2364_b.pdf. Acesso em: 01 nov. 2021.

3 CONCLUSÕES

A pesquisa não objetivou esgotar todas as modalidades de políticas públicas vigentes quanto ao acesso ao saneamento básico. Contudo, buscou demonstrar os mecanismos à disposição do país para se alcançar a universalização do direito ao saneamento, em especial, às populações vulneráveis por meio de políticas públicas efetivas.

Desafios antigos ainda persistem no cenário atual dificultando o que se almeja: viabilização do setor para se atingir o acesso universal a prestação dos serviços de saneamento básico.

Instrumentos normativos, em âmbito nacional e até mesmo internacional, são pilares que devem estar intimamente relacionados à diversos fatores de vulnerabilidade social. A busca deve ser pautada em mecanismos de incentivos de efetividade de políticas públicas, considerando populações vulneráveis, para que se alcance impactos positivos na eficiência da prestação dos serviços.

REFERÊNCIAS

ABCON - Associação e Sindicato Nacional das Concessionárias Privadas de Serviços Públicos de Água e Esgoto. **Panorama da participação privada no saneamento**. 2021. Disponível em: <https://www.abconsindcon.com.br/wp-content/uploads/2021/07/PAN21-BAIXA-final.pdf>. Acesso em: 01 nov. 2021.

ALVES, Jean; OLIVEIRA, José Carlos de. A necessidade da governança interfederativa dos serviços públicos de saneamento básico nas regiões metropolitanas. **Revista de Direito Urbanístico, Cidade e Alteridade**, Brasília, v. 3, n. 1, p. 58-73, 2017.

AUSTIN RATING. **Brasil cai para 13º no ranking de maiores economias, diz Austin Rating**. Disponível em: <https://www.austin.com.br/>. Acesso em: 30 out. 2021.

BORJA, Patrícia Campos. Política pública de saneamento básico: uma análise da recente experiência brasileira. **Saúde soc.** v. 2, 2014. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0104-12902014000200007>.

CHASSOT, Jean Pierre. **A participação social na gestão de políticas públicas no município de Ijuí – uma análise da experiência local**. 2013. Disponível em: https://repositorio.ufsm.br/bitstream/handle/1/248/Chassot_Jean_Pierre.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 01 nov. 2021.

COSTA, Marco Aurélio; DOS SANTOS, Maria Paula Gomes; MARGUTI, Bárbara; PIRANI, Nikolas; SILVA PINTO; Carlos Vinícius; CURI, Rodrigo Luis Comini; RIBEIRO, Clarisse Coutinho; ALBUQUERQUE, Clayton Gurgel. **TD 2364 - Vulnerabilidade Social no Brasil: conceitos, métodos e primeiros resultados para municípios e regiões metropolitanas brasileiras.** Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_2364b.pdf. Acesso em: 01 nov. 2021.

CRUZ, K. E. A.; RAMOS, F. S. Efficiency in the management of sanitation and its impacts on health promotion: an application of data envelopment analysis (DEA). *In*: BANKER, R. *et al.* (Eds.). **Data envelopment analysis: theory and applications – proceedings of the 10th International Conference on DEA.** Natal: DEA, 2012. Disponível em: <https://bit.ly/2YjjdAl>. Acesso em: 30 out. 2021.

INSTITUTO TRATA BRASIL. **Burocracia e entraves ao setor de saneamento** Disponível em: <http://tratabrasil.org.br/uploads/2015-12-08-Burocracia-e-Entraves-saneamento-Final.pdf>. Acesso em: 30 out. 2021.

INSTITUTO TRATA BRASIL. **Ranking do Saneamento Instituto Trata Brasil (SNIS 2019).** Março de 2021. Disponível em: https://www.tratabrasil.org.br/images/estudos/Ranking_saneamento_2021/Relat%C3%B3rio_-_Ranking_Trata_Brasil_2021_v2.pdf. Acesso em: 30 out. 2021.

IPEA. **Ranking de prioridades do saneamento aponta municípios em situação vulnerável.** 2020. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=37043. Acesso em: 31 out. 2021.

IPEA. **Saneamento no Brasil: proposta de priorização do investimento público.** Nov. 2020. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_2614subs.pdf. Acesso em: 30 out. 2021.

KPMG. **Quanto custa universalizar o saneamento básico no Brasil?** Jun. 2020. Disponível em: <https://home.kpmg/br/pt/home/insights/2020/06/quanto-custa-universalizar-o-saneamento-no-brasil.html>. Acesso em: 01 nov. 2021.

MAIA, Keila. **Pesquisas mostram como o não acesso à água e ao esgoto afeta outros direitos sociais.** Mar. 2017. Disponível em: <https://portal.fiocruz.br/noticia/pesquisas-mostram-como-o-nao-acesso-agua-e-ao-esgoto-afeta-outros-direitos-sociais>. Acesso em: 30 out. 2021.

MOTTA, Ronaldo; MOREIRA, Ajax. Efficiency and regulation in the sanitation sector in Brazil. **Utilities Policy**, v. 14, p. 185-195, 2006.

NASCIMENTO, N. O.; HELLER, L. Ciência, tecnologia e inovação na interface entre as áreas de recursos hídricos e saneamento. **Revista Engenharia Sanitária e Ambiental**, v. 10, 2005.

OLIVEIRA, José Carlos; RAVAGNANI, Cristopher Abreu. A democracia participativa nos Serviços públicos de saneamento Básico: estudo de caso das Audiências públicas da ARSESP. **Rev. Fac. Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 69, p. 221-238, jul./dez. 2016.

SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna; VIEIRA, Patrícia Albuquerque. O direito à água e ao saneamento básico: interlocuções com o garantismo de Luigi Ferrajoli. **Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v. 18, n. 40, p. 385-409, jan./abr. 2021.

SANTOS, Ruth; MENEZES, Renata. A necessidade de realização de políticas públicas para a universalização do direito ao saneamento básico. **Rev. Bras. Polít. Públicas (Online)**, Brasília, v. 6, n. 2, p. 264-279, 2016.

SNIS - Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento. **25º Diagnóstico dos Serviços de Água e Esgoto**. Brasília, 2020. 183 p.

COP26 E O SANEAMENTO: a questão dos resíduos sólidos no Brasil

Ana Tereza Marques Parente*

Pedro Ludovico Teixeira*

Thais Vidal*

RESUMO: Diante do momento histórico em que se debatem as políticas de enfrentamento das mudanças climáticas, especialmente por ocasião da COP26, esse trabalho tem como objetivo apresentar como investimentos em saneamento, especialmente na gestão dos resíduos sólidos, podem contribuir para o Brasil alcançar seu compromisso ambiental de redução de gases de efeito estufa e melhorias em saúde.

Palavras-chave: COP 26. Brasil. Mudanças climáticas. Saneamento. Resíduos sólidos.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 COP 26 e o compromisso ambiental brasileiro. 3 A relevância da gestão dos resíduos sólidos. 4 A experiência europeia e o que podemos aprender com ela. 5 Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

Dentre os desafios e as oportunidades no desenvolvimento verde e no financiamento climático, que possam combater as mudanças climáticas e acelerar a transição rumo à neutralidade de carbono no Brasil, está a questão do descarte dos resíduos sólidos.

* Advogada graduada em Direito pela Universidade Federal Fluminense; Mestre em Direito Privado pela Universidade de Salamanca; Doutoranda em Direito pela Universidade Federal Fluminense; Pesquisadora do Centro de Estudos em Regulação e Infraestrutura da Fundação Getúlio Vargas; Membro da Comissão Especial de Licitações e Contratos Administrativos da OAB-RJ; Membro do Grupo Nacional de Estudos em Saneamento Básico – GESANE – UnB e Membro Infra Women Brazil.

* Advogado graduado em Direito pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa - IDP, com Graduação Parcial pela Universidade Nova de Lisboa; Pós-graduando em Direito Público pela PUC-RS; Membro do Grupo de Pesquisa em Direito Administrativo Sancionador do IDP; Membro do Grupo de Estudos em Direito Regulatório - GEDIR – IDP; Membro do Grupo Nacional de Estudos em Saneamento Básico – GESANE – UnB.

* Advogada; Assessora Especial da Secretaria de Estado de Projetos Especiais do Distrito Federal. LL.M. em direito empresarial pela Fundação Getúlio Vargas – FGV; Pesquisadora do Grupo Nacional de Estudos de Direito do Saneamento Básico da Universidade de Brasília e Membro Infra Women Brazil.

O setor de resíduos compreende as emissões decorrentes da destinação final de resíduos sólidos em aterros e vazadouros (lixões), compostagem, incineração e queima a céu aberto, bem como do despejo de águas residuárias que passaram ou não por algum processo de tratamento, e pode resultar em emissões de gases de efeito estufa (GEE), tais como metano (CH₄), óxido nitroso (N₂O) e dióxido de carbono (CO₂).

No Brasil, a maioria dos resíduos sólidos não é tratada, sendo descartada e diretamente encaminhada para sua disposição final. A reciclagem, por meio da compostagem, bem como o reaproveitamento energético, por meio da incineração, ainda são incipientes. As águas residuárias são tratadas apenas por processos físicos (gradeamento e decantação) ou também por processos biológicos (aeróbios ou anaeróbios). O principal GEE¹ emitido por esse setor é o CH₄, cuja maior participação é proveniente da disposição final de resíduos sólidos e do tratamento e despejo de águas residuárias domésticas, locais onde ocorre anaerobiose.

É preciso lançar maior luz sobre o impacto que os lixões ainda existentes produzem e como investimentos em saneamento podem contribuir para o Brasil alcançar seu compromisso ambiental de redução de gases de efeito estufa. A agenda de mudança do clima deixou a esfera estritamente ambiental e hoje permeia a maioria dos setores econômicos, inclusive o saneamento, sobretudo pelos impactos econômicos e sociais.

Considerando que a escassez de recursos naturais e a disposição inadequada dos resíduos urbanos ameaçam o desenvolvimento econômico sustentável, na COP26², o Brasil apresentou a aprovação da Lei nº 14.026/2020 (“Novo Marco Legal do Saneamento”) como um importante avanço na legislação nacional que pode impulsionar o comprometimento da nação com a sustentabilidade do meio ambiente. Mas é preciso desdobrar as ações no caso dos resíduos sólidos, tirando-se o material orgânico dos aterros. O mundo depara-se com um novo paradigma de produção e descarte de resíduos, em que o aperfeiçoamento da gestão de resíduos é ponto fundamental.

Podemos nos inspirar na agenda positiva da Europa, que tem se esforçado para aprovar normativos que induzam a transição para um modelo de economia circular. No Brasil, apesar de instituída desde 2010, a Política Nacional de Resíduos Sólidos (Lei nº 12.305/2010) não atingiu metas importantes, e a aprovação do Novo Marco Legal do Saneamento em 2020 trouxe novas esperanças. A discussão atual, envolvendo saneamento básico e meio ambiente, deve considerar a busca de soluções para a questão

¹ Inventário Nacional de Emissões e Remoções Antrópicas de Gases de Efeito Estufa (GEE) não Controlados pelo Protocolo de Montreal é um dos itens que integram a Comunicação Nacional do Brasil à Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima (UNFCCC, na sigla em inglês), relatório que informa à comunidade internacional um panorama sobre a implementação dessa Convenção no país.

² COP26 é a conferência das Nações Unidas sobre mudanças climáticas de 2021.

do manejo sustentável dos resíduos sólidos urbanos, que hoje representa um dos grandes desafios ambientais a serem enfrentados no Brasil e no mundo.

Este trabalho se propõe a ampliar o entendimento sobre a relação dos efeitos da gestão dos resíduos sólidos urbanos com as alterações climáticas, estimular o debate sobre a gestão de resíduos sólidos como parte importante das políticas de enfrentamento das mudanças climáticas, conforme debatido na COP 26, e apresentar recomendações para o desenvolvimento de estratégias de implementação e financiamento da Contribuição Nacionalmente Determinada (NDC, na sigla em inglês) do Brasil no âmbito do Acordo de Paris³ (2015), especialmente a adoção de tecnologias aplicadas no saneamento.

2 COP 26 E O COMPROMISSO AMBIENTAL BRASILEIRO

O Brasil é um país em desenvolvimento e com relação ao PIB, ocupa em 2021 a 12 posição no ranking dos maiores países do planeta. O crescimento populacional e urbano trouxe o desafio de conciliar desenvolvimento econômico com conservação do meio ambiente e inclusão social. O desenvolvimento deve ser economicamente sustentado (ou eficiente), socialmente desejável (ou incluyente) e ecologicamente prudente (ou equilibrado) para ser sustentável (ROMEIRO, 2012).

Segundo dados do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, o Brasil ocupa o 79º lugar na classificação do Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) dos países, principalmente em razão de grandes desigualdades regionais e entre grupos sociais.

Na última Conferência das Nações Unidas sobre mudanças climáticas, a COP26, principal cúpula da Organização das Nações Unidas (“ONU”) para debate sobre questões climáticas, o Brasil anunciou um reajuste da meta de emissões: de 43% para 50% o corte a ser atingido da emissão de gases do efeito estufa até 2030, com referência a 2005.

Todas as políticas, medidas e ações para implementar o NDC do Brasil são realizadas sob a Política Nacional sobre Mudança do Clima, Lei 12.187/2009, a Lei de Proteção de Florestas Nativas (Lei 12.651/2012 - Código Florestal), a Lei de Sistema Nacional de Unidades de Conservação (Lei 9.985/2000), e legislação

³ O Acordo de Paris, ratificado no Brasil pelo Decreto nº 9.073, de 5 de junho de 2017, é um tratado global, adotado em dezembro de 2015 pelos países signatários da Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima (UNFCCC, acrônimo em inglês), durante a 21ª Conferência das Partes (COP21). Ele regulamenta a Convenção do Clima da ONU, assinada na Rio 92, e rege medidas de redução de emissão de dióxido de carbono a partir de 2020, e tem por objetivos fortalecer a resposta à ameaça da mudança do clima e reforçar a capacidade dos países para lidar com os impactos gerados por essa mudança.

relacionada. Ousamos dizer também que a Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007, que estabelece as diretrizes nacionais para o saneamento básico, e a Lei nº 12.305/2010, que institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos, fazem parte de forma relevante deste arcabouço legal para cumprimento das metas climáticas.

Segundo dados do Quarto Inventário Nacional de Emissões e Remoções Antrópicas de Gases de Efeito Estufa – Setor Resíduos⁴, o setor de resíduos é o quinto setor gerador de GEE no contexto nacional, representando 4,5% do total de emissões de GEE de 1990 a 2016 em Tg de CO₂e. Os principais emissores são a disposição de resíduos sólidos municipais e o tratamento de águas residuárias domésticas.

As reduções no metano acordadas na COP26 podem ser vitais para cumprir as metas climáticas. Segundo o Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA), “cortar o metano é a alavanca mais forte que temos para retardar a mudança climática durante os próximos 25 anos”⁵.

Sobre os efeitos do gás metano na atmosfera e seus impactos diretos e indiretos sobre o clima (VIEIRA et al, 2009), ressalta-se que ele é cerca de vinte vezes mais potente que o dióxido de carbono. Quando é lançado na atmosfera, o metano retém cerca de 100 vezes mais calor do que o dióxido de carbono. Mas enquanto o dióxido de carbono persiste durante séculos na atmosfera, a maior parte do metano converte-se em dióxido de carbono ou é eliminado da atmosfera em cerca de uma década. Análises acerca da potência de diferentes gases de efeito estufa estimam que o metano provoca cerca de 80 vezes mais aquecimento do que a mesma quantidade de dióxido de carbono. Ao longo de 100 anos, este efeito resulta num aquecimento do planeta cerca de 30 vezes superior. Qualquer ação que reduza rapidamente a concentração do metano pode trazer enormes benefícios para o clima.

Dados recentes divulgados no relatório Avaliação Global do Metano (PNUMA) estimam que, até 2030, com relativamente pouco esforço e tecnologias já disponíveis, as emissões de metano podem ser reduzidas em 45%.

Para tanto, é necessário planejamento estratégico buscando soluções como o uso de tecnologias para captura e aproveitamento energético de CH₄, promovendo diminuição das emissões e auxiliando a diversificar a matriz energética do país.

⁴ Neste relatório são apresentadas as estimativas nacionais das emissões antrópicas por fontes e remoções por sumidouros associadas ao setor Resíduos para o período de 1990 a 2016. Disponível em: https://www.gov.br/mcti/pt-br/acompanhe-o-mcti/sirene/publicacoes/relatorios-de-referencia-setorial/pdf/inventario4/rr_4cn_residuos_final_set2020.pdf.

⁵ Global Methane Assessment: Benefits and Costs of Mitigating Methane Emissions | UNEP - UN Environment Programme. Disponível em: <https://www.unep.org/resources/report/global-methane-assessment-benefits-and-costs-mitigating-methane-emissions>.

De acordo com a Carta de 35 cientistas aos líderes climáticos dos Estados Unidos⁶, de 29 de outubro de 2021, sobre Priorizar o Desvio de Resíduos Biodegradáveis de Aterros Sanitários, por ocasião da COP 26, deve-se priorizar o desvio de resíduos biodegradáveis de aterros sanitários e a adoção de controles mais rigorosos e monitoramento abrangente, visto que os aterros sanitários são a 3ª maior fonte de metano antropogênico no mundo e nos Estados Unidos.

Uma série de estudos recentes, empregando a medição direta de plumas de metano através de aeronaves a sotavento de aterros sanitários, mostrou que as emissões medidas são em média mais do dobro das emissões modeladas relatadas nos atuais inventários de GEE. ...

Com base neste crescente conjunto de dados, as emissões de metano de aterros sanitários são comparáveis às emissões de metano de todo o setor agrícola. ...

Dentro do setor de resíduos, o foco principal deve ser o desvio de orgânicos biodegradáveis dos aterros sanitários. O desvio é a única abordagem que pode evitar 100% do metano dos aterros sanitários. O estabelecimento de infraestrutura de desvio de orgânicos hoje reduzirá rapidamente a geração de metano na fonte. Por outro lado, o adiamento da ação só aumenta nossa futura dívida de metano. O desperdício de hoje se torna inevitavelmente as emissões de amanhã. O desvio de orgânicos hoje quebra este ciclo. Tecnologias para desviar os resíduos biodegradáveis dos aterros sanitários estão disponíveis comercialmente e em amplo uso hoje em dia. A extensão de seu uso atual é, em grande parte, resultado direto de políticas públicas. Embora os méritos relativos de cada uma dessas tecnologias estejam além do escopo desta carta, a gravidade e magnitude do desafio climático exigirá um conjunto de soluções, cada uma das quais pode ser desenvolvida e aplicada de forma ambientalmente protetora. Um melhor controle das emissões de metano dos aterros sanitários também é importante, mas ainda não demonstrado como eficaz. A Califórnia implementou as mais rigorosas regulamentações de controle de gás de aterros sanitários até hoje, mas uma equipe de pesquisadores da NASA e de universidades ainda identificou certos aterros sanitários da Califórnia como "super emissores" de metano,[ix] mesmo estando totalmente de acordo com as regras rigorosas do estado. Os controles adicionais sobre os aterros sanitários existentes devem, portanto, ser focados em resíduos historicamente colocados e

⁶ Global Waste to Energy Research and Technology (WtERT) Council. Carta de 35 cientistas aos líderes climáticos dos Estados Unidos: Priorizar o Desvio de Resíduos Biodegradáveis de Aterros Sanitários. 2021. Disponível em: <https://www.linkedin.com/company/globalwtert/posts/?feedView=all>.

orgânicos que não podem ser desviados e aumentados com um monitoramento mais preciso e abrangente.

Um instrumento indutor de cumprimento dos paradigmas estabelecidos na COP 26, para que o Brasil de fato implemente as metas ambientais, servindo-se de uma melhor gestão dos resíduos sólidos, pode ser a Proposta de Emenda Constitucional nº 233/2019 (PEC 233/2019)⁷. Um *enforcement* que faltava pode vir da A PEC 233/2019 que, ao acrescentar o inciso X ao art. 170 e o inciso VIII ao § 1º do art. 225 da Constituição Federal, inclui entre os princípios da ordem econômica a manutenção da estabilidade climática e determina que o poder público deverá adotar ações de mitigação da mudança do clima e adaptação aos seus efeitos adversos.

3 A RELEVÂNCIA DA CORRETA GESTÃO DOS RESÍDUOS SÓLIDOS E OS IMPACTOS PARA O MEIO AMBIENTE

O aumento das concentrações dos gases do efeito estufa (GEE) emitidos para a atmosfera devido ao uso dos recursos naturais pela atividade humana é a principal causa do aquecimento global e consequente mudanças climáticas. Dentre outras questões, os resíduos sólidos são contribuintes para este aumento de emissão dos gases, e por isso devem ser considerados na busca por soluções para minimizar seu impacto.

O setor de resíduos compreende as atividades de tratamento e disposição dos resíduos sólidos urbanos (RSUs) e industriais e de efluentes urbanos e industriais. Os RSUs são formados, principalmente, por resíduos nos estados sólido e semissólido resultantes das atividades industrial, doméstica, hospitalar, comercial, agrícola e do serviço de varrição. Já os efluentes podem ser gerados por diversas atividades e compreendem os despejos provenientes de estabelecimentos domésticos, industriais e comerciais. Os aterros de resíduos sólidos podem ser considerados como reatores biológicos que recebem, principalmente, resíduos e água, e produzem o biogás e o chorume. Inicialmente, a matéria orgânica é decomposta por um processo aeróbico e, após a redução do O₂ presente nos resíduos, ocorre a decomposição anaeróbica. O biogás produzido é formado majoritariamente por metano (CH₄) e dióxido de carbono (CO₂) e traços de amônia (NH₃), hidrogênio (H₂), gás sulfídrico (H₂S), nitrogênio (N₂) e oxigênio (O₂). As emissões de GEE provenientes da disposição e do tratamento dos efluentes líquidos dependem diretamente da composição e da origem destes. Estes efluentes podem ser tratados *in situ* (não coletados), coletados e encaminhados para

⁷ BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Emenda à Constituição nº 233 de 2019**. Acrescenta o inciso X ao art. 170 e o inciso VIII ao § 1º do art. 225 da Constituição Federal. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/140340>. Acesso em: 17 nov. 2021.

estações de tratamento de esgotos (ETEs) ou descartados em corpos hídricos (IPCC, 2006). Quando a matéria orgânica presente nos efluentes é degradada em condições anaeróbias, como, por exemplo, nas ETEs, ocorre a emissão de CH₄ pela produção do biogás. A degradação de demais componentes dos efluentes (como ureia, nitratos e proteínas) é responsável pelas emissões de N₂O.

Os impactos das ações de caráter antropogênico, como o acúmulo do lixo em lixões e aterros (regulares ou não) e a não redução ou tratamento contribui com o aumento da concentração e da emissão de “gases de efeito estufa”, um fator agravado pelo contato com as condições climáticas (seca ou úmida) produzindo o chorume e o metano (CH₄), um gás ainda mais prejudicial à atmosfera que o próprio dióxido de carbono (CO₂), considerado o grande vilão do efeito estufa.

Mas o lixo também pode ser reaproveitado para se converter em energia, os aterros podem passar a ser geradores de energia. Tendo em vista o potencial de utilização do biometano e as novas possibilidades decorrentes da remoção de fatores impeditivos para sua injeção nas redes de gás canalizado, em 2018 a EPE divulgou um estudo sobre Economicidade do Aproveitamento dos Resíduos Sólidos Urbanos em Aterro para Produção de Biometano, e destacou empreendimentos que já utilizam em seus modelos de negócio a opção de monetização do biogás de aterro via produção de biometano de alto poder calorífico (injeção de biometano na rede de distribuição e comercialização do energético para uso veicular através de venda em postos).

Em relação à geração de eletricidade a partir de resíduos sólidos, o 5º Relatório do Painel Intergovernamental sobre Mudanças Climáticas - IPCC⁸ já apontava em 2014 que as usinas de recuperação energética (Waste-to-Energy) são a forma mais eficaz para mitigação dos gases de efeito estufa dos Resíduos Sólidos Urbanos (RSU). O Brasil oficialmente introduziu a recuperação energética de resíduos sólidos urbanos na sua matriz de energia elétrica em 2021 através do - Leilão de Energia Nova A-59, primeiro leilão que considerou esse tipo de combustível. As usinas de recuperação energética de resíduos (URE) são hoje a única forma de se atender os padrões da economia circular no Brasil.

Os 13 países com uma taxa tratamento de RSU via recuperação energética superior a 25% estão também entre os 16 primeiros no Índice de Saúde e Bem-Estar do Fórum Econômico Mundial. Segundo estudos da Associação Internacional de Resíduos Sólidos (ISWA, 2015), o custo do atendimento médico à população afetada pela má gestão do lixo urbano é calculado entre 10 e 20 \$/T (dólares por tonelada) de resíduo sólido urbano (RSU), equivalente a uma média de 75 R\$/t (reais por tonelada).

⁸ Painel Intergovernamental sobre Mudanças Climáticas – IPCC. 5º Relatório, 2014. Disponível em: https://www.ipcc.ch/site/assets/uploads/2018/03/ar5_wg2_spmport-1.pdf.

⁹ EPE. <https://www.epe.gov.br/pt/leiloes-de-energia/leiloes/leilao-de-energia-nova-a-5-2021>.

A instalação de tais usinas permite, portanto, incomensuráveis benefícios à saúde e ao desenvolvimento econômico social dos países.

O Brasil é um país continental e simplificar as discussões acerca dos problemas ambientais em torno do desmatamento ilegal da Amazônia e do compromisso de zerar as emissões de poluentes dos veículos é um risco de agenda que não podemos correr.

No âmbito das cidades, visando o enfrentamento das mudanças climáticas, temos que melhor compreender e resolver as questões relativas aos resíduos sólidos. Chegou a hora e a vez de considerar o saneamento como parte da política ambiental. Saneamento é preservação ambiental. No emprego dos escassos recursos financeiros públicos existentes, o Brasil deve dar prioridade a iniciativas verdes, sejam públicas ou privadas, voltadas à redução de emissões, conservação ambiental e uso racional de recursos naturais, e especialmente ao saneamento.

Assim como o Brasil deve manter as florestas e controlar emissões, o país tem a obrigação de assegurar o uso racional e universal da água, o tratamento de esgoto adequado e a disposição correta dos resíduos sólidos, preservando o meio ambiente e reduzindo a produção de gases de efeito estufa.

Para se ter uma ideia da dimensão do problema, entre 2010 e 2019, a geração de RSU no Brasil registrou considerável incremento, passando de 67 milhões para 79 milhões de tonelada por ano. Por sua vez, a geração per capita aumentou de 348 kg/ano¹ para 379 kg/ano (ABRELPE, 2020). Estima-se que 90% do lixo reciclado no Brasil advém da coleta realizada por catadores de lixo. Esse diagnóstico evidencia a dependência desta mão de obra artesanal e a ausência de estrutura adequada de fomento e viabilização da coleta seletiva adequada (IPEA, 2012)¹⁰.

Por outro lado, desde a edição da Lei nº 12.305/2010, verificou-se uma crescente melhora na coleta seletiva. Segundo a Associação Brasileira de Empresas de Limpeza Pública e Resíduos Especiais-Abrelpe¹¹, a coleta de resíduos sólidos urbanos passou de 88% em 2010 para 92% em 2019, e a quantidade de municípios que contam com o serviço de coleta seletiva passou de 56,6% para 73,1% no mesmo lapso temporal¹².

¹⁰ INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA – IPEA. **Diagnóstico dos Resíduos Sólidos Urbanos**. Relatório de Pesquisa, Brasília, 2012. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&id=17247.

¹¹ ABRELPE. **Panorama dos Resíduos Sólidos no Brasil**. 2020. Disponível em: <https://abrelpe.org.br/panorama-2020/>.

¹² Associação Brasileira de Empresas de Limpeza Pública e Resíduos Especiais-Abrelpe. Disponível em: <https://abrelpe.org.br/panorama/> Acesso em: 16 nov. 2021.

Associada à constatação de evolução, o Diagnóstico do Manejo de Resíduos Sólidos Urbanos do SNIS¹³, em 2019, informa que a massa de resíduos domiciliares e públicos coletados resultam no indicador médio de coleta per capita brasileiro de 0,99 kg/hab./dia. Enquanto isso, a massa coletada de resíduos recicláveis foi de apenas 13,5 kg/hab./ano, equivalente a 1,6 milhão de toneladas coletada seletivamente em 2019. Isto significa dizer que, para cada 10 kg de resíduos disponibilizado para a coleta, apenas 374 gramas são coletadas de forma seletiva. Apesar do avanço, a prática da coleta seletiva no país ainda se encontra num patamar muito baixo.

Para reforçar a relevância do tema, ressalta-se que a primeira norma de referência da Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico (ANA) trata da financiabilidade do manejo dos resíduos sólidos. A norma de referência da ANA n. 1/2021 disciplina o regime, a estrutura e os parâmetros da cobrança pela prestação do serviço público de manejo de resíduos sólidos urbanos (SMRSU). O intuito da medida, cuja vigência começou em 15 de junho de 2021, é contribuir para o fim dos lixões no Brasil por meio da sustentabilidade econômico-financeira dos serviços de manejo de resíduos sólidos, assegurada por instrumentos de cobrança para garantirem sua prestação.

4 A EXPERIÊNCIA EUROPEIA E O QUE PODEMOS APRENDER COM ELA

Inicialmente, cumpre esclarecer que a gestão de resíduos sólidos perpassa pela ideia de adoção de um conjunto de ações adequadas nas etapas que os resíduos passam -: coleta, armazenamento, transporte, tratamento, destinação e disposição final ambientalmente adequada - visando a minimização da produção de resíduos, a maximização da quantidade de reciclagem e a minimização da quantidade de rejeito enterrado em aterros sanitários.

Passando pelas etapas acima descritas, pode-se falar em preservação da saúde da população, preservação e melhoria do meio ambiente, e sobremaneira redução da emissão de gases de efeito estufa.

No Brasil, a correta gestão, nos termos da Lei nº 12.305/2010, deve garantir o máximo de reaproveitamento e reciclagem, com a minimização de rejeitos, de acordo com a seguinte ordem de prioridade: não geração, redução, reutilização, reciclagem, tratamento dos resíduos sólidos e disposição final ambientalmente adequada dos rejeitos, nos termos da imagem abaixo (FIGURA 1)¹⁴:

¹³ BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Regional (MDR). **Diagnóstico do Manejo de Resíduos Sólidos Urbanos do SNIS**. 18. ed. 2019. Disponível em: <http://www.snis.gov.br/diagnostico-anual-residuos-solidos/diagnostico-do-manejo-de-residuos-solidos-urbanos-2019>.

¹⁴ BRASIL. Ministério do Meio Ambiente; ICLEI BRASIL. **Planos de gestão de resíduos sólidos**: manual de orientação – apoiando a implementação da política nacional de resíduos

Figura 1: Ordem de prioridade no gerenciamento dos resíduos sólidos.



Fonte: Brasil e ICLEI Brasil (2012).

A Europa é precursora da adequada gestão de resíduos sólidos no mundo. Desde a década de 70, a União Europeia vem editando várias normas relativas a resíduos sólidos, dentre as quais citamos a Diretiva 2008/98/CE¹⁵, que estabelece o quadro legal para o tratamento dos resíduos, e a Diretiva (UE) 2018/851, que altera a Diretiva 2008/98/CE e aumenta as metas relativas à preparação para a reutilização e à reciclagem de resíduos de modo a refletirem melhor a ambição da União de avançar rumo a uma economia circular.

A Diretiva 2008/98/CE apresentou diversos objetivos, mas talvez o principal deles seja o de reduzir a quantidade de resíduos orgânicos – úmidos, depositados nos aterros. Os malefícios trazidos por resíduos úmidos são bastante conhecidos e os principais são a emissão de metano, um dos mais nocivos Gases de Efeito Estufa (GEE), com a contaminação de solos, o que afeta também os cursos d'água e lençóis freáticos por tratamento inadequado do chorume.

O uso de tratamentos biológicos para a matéria orgânica dos resíduos sólidos urbanos tornou-se então muito popular e aplicada a muitas cidades por meio de imposição legal. Na Europa, por exemplo, há imposição de limitação de despejo de material orgânico em aterro, pois se tornou necessária a separação e o tratamento.

sólidos – do nacional ao local. 2012. Disponível em: http://www.mma.gov.br/estruturas/182/arquivos/manual_de_residuos_solidos3003_182.pdf. Acesso em: 20 nov. 2021.

¹⁵ Diretiva 2008/98/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 19 de novembro de 2008, relativa aos resíduos e que revoga certas diretivas. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex:32008L0098>.

Além disso, a Economia Circular, tendência adotada por muitos países, especialmente pelos integrantes da União Europeia, visa reduzir drasticamente a produção de resíduos, estimulando a alteração dos processos industriais, de forma a otimizar os usos das matérias primas, para gerar menos resíduos no processo, além de desenvolver produtos que não sejam descartados rapidamente e incentivar tanto o reuso quanto a reciclagem.

De acordo com os dados oficiais da *Statistical Office of the European Union* – EUROSTAT, foram produzidas 248 (duzentos e quarenta e oito) milhões de toneladas de resíduos sólidos urbanos nos estados membros da união europeia, com cerca de 680 (seiscentos e oitenta) mil toneladas diárias, aproximadamente (EUROSTAT, 2014).

Imperioso destacar que, apesar de sempre ter existido alta geração de resíduos, a partir do ano de 2008 esse número passou a cair. A redução pode se justificar pela crise econômica que assolou os países da União Europeia, que implica em redução de salários e do consumo, resultando em um decaimento da produção de resíduos, mas, também, na maior consciência da população sobre o tema, incluindo políticas públicas e leis adotadas que contribuíram para esse fato.

A educação ambiental, tanto priorizada na Europa, é um pilar da moderna gestão de resíduos, compreendendo que a geração de resíduos é perniciososa não apenas para a localidade, mas também porque resulta em desgaste de recursos minerais e vegetais do planeta.

Sobre a razão pela qual a Europa tem tanto sucesso no tratamento de resíduos sólidos urbanos, faz-se imprescindível destacar que, como formas de tratamento e destino final dos resíduos sólidos urbanos, no ano de 2012, registrou-se que 27% dos resíduos eram encaminhados para reciclagem, 15% para compostagem, 24% para incineração e 34% destinados para aterros sanitários (EUROSTAT, 2014).

Com a evolução da gestão de resíduos sólidos, percebe-se uma tendência de redução de destinação para aterros sanitários, que, entre os anos de 1995 e 2012, foi de 42% em termos de peso. A quantidade de resíduos encaminhados para incineração, por exemplo, teve comportamento oposto, apresentando aumento de 80%. A reciclagem e os tratamentos biológicos (compostagem e digestão anaeróbia) tiveram crescimento bastante expressivo, respectivamente 162 e 149%, em relação ao peso de resíduos encaminhados para cada um (EUROSTAT, 2014).

Dito isso, pode-se afirmar que um dos grandes fatores para o sucesso da adequada gestão de resíduos sólidos urbanos na Europa é atribuído à legislação, que determina metas factíveis para a evolução do setor, com a imposição de sanção pecuniária inclusive caso as Diretivas não sejam observadas e obedecidas pela população.

Além disso, o princípio da causalidade atribuiu ao gerador responsabilidades em relação à quantidade de resíduo gerado - princípio do poluidor-pagador. Há a importante expressão dessa responsabilidade, que se traduz em “taxa cobrada por saco de lixo gerado”. Ou seja, para cada lixo gerado, é cobrada taxa pertinente à quantidade produzida, o que é um claro desincentivo para continuar com a alta geração de resíduos sólidos urbanos (Diretiva 2008/98/CE).

De modo mais específico, resíduos recicláveis, como plástico politereftalato de etileno (PET), vidros, papeis e metais, além de vegetais crus, que podem ser tratados por compostagem ou digestão anaeróbia, são recolhidos sem cobrança de taxa adicional, eis que são transformados em modelos de negócios para possíveis operadores.

Já em relação aos materiais recicláveis, estes podem ser dispostos em contêineres localizados em espaços públicos ou entregues em estabelecimentos comerciais. Os demais resíduos a serem disponibilizados para coleta devem ser acondicionados em sacos plásticos específicos, pelos quais se paga uma taxa.

Na Suíça, por exemplo, é cobrado um alto valor por cada saco de lixo gerado, o que incentiva a população a separar os resíduos recicláveis e tratáveis biologicamente, a fim de reduzir os gastos para o recolhimento dos resíduos gerados. (MANNARINO *et al.*, 2016).

Imperioso destacar, ainda, que é preciso considerar que a redução da destinação final de resíduos para aterros sanitários está também ligada aos custos para execução dos dispositivos de controle ambiental e do monitoramento dos mesmos exigidos pela legislação local.

São conhecidas várias tecnologias de tratamento térmico. Todavia, quatro são internacionalmente reconhecidas e com referências significativas no mundo: a captura de metano em aterros, que produz um biogás que pode ser transportado ou queimado no local, gerando energia elétrica; a gaseificação de RSU; a pirólise; e a incineração - “*mass burning*” de resíduos.

No que atine às diversas tecnologias comumente utilizadas na Europa para tratamento adequado de resíduos sólidos, há que se citar a utilizada por biodigestores, que são totalmente automatizados e produzem biogás, injetado na rede de distribuição de gás local, dado seu elevado conteúdo de metano.

De forma a dar uma ideia do potencial de utilização deste processo, uma moderna planta de produção de biometano consegue instalar alta potência de geração de energia, que processa grande quantidade de resíduos orgânicos. Esse é um exemplo de aplicação urbana do processo, que também pode ser utilizado em zonas rurais, produzindo combustível não apenas para produção de biogás, que pode ser transformado em biometano e/ou energia elétrica, mas também para veículos e máquinas.

5 CONCLUSÃO

Temos presenciado no Brasil uma preocupação cada vez maior com o esgotamento de recursos e o desenvolvimento sustentável. Dentre as principais medidas que urgem serem adotadas, com esforço conjunto entre todos os atores envolvidos -sociedade civil, governo e empresas –, está o aperfeiçoamento na gestão dos resíduos sólidos urbanos, mediante a reciclagem e compostagem e formas de aproveitamento energético.

O acordo do Brasil de redução de metano na COP26 deve contar com o setor de resíduos. Dentre¹⁶ as possíveis contribuições para o combate às mudanças climáticas, apresentam-se como medidas de mitigação a reciclagem e o aproveitamento de coprodutos, e aponta as medidas necessárias para fomentar o reaproveitamento e a reciclagem de resíduos em diversos setores industriais. Em relação ao uso de combustíveis alternativos, mais especificamente ao uso de resíduos coprocessados, para alcançar os patamares de utilização praticados por países desenvolvidos, o desafio para a indústria brasileira encontra-se na elaboração de políticas públicas para a valorização energética de resíduos, que depende diretamente do atendimento à Política Nacional de Resíduos Sólidos e de sua integração com a Política Nacional de Mudanças Climáticas.

Urge acabar com os lixões por meio da valorização do lixo como resíduo. A transição para uma economia circular e o atingimento da meta brasileira de contribuição para a redução de gases de efeito estufa implicam na melhor gestão dos resíduos sólidos.

O Brasil precisa melhorar também sua base de dados, especialmente em face da escassez de informações sobre os resíduos de saúde e resíduos industriais.

O cenário brasileiro é crítico e podemos nos inspirar no que tem sido feito há décadas na Europa em termos de políticas públicas na gestão de resíduos sólidos. Sem a implementação de fato da Política Nacional dos Resíduos Sólidos, dificilmente o Brasil avançará em termos de redução do passivo ambiental conforme anunciado na COP 26.

REFERÊNCIAS

ABRELPE - Associação Brasileira de Empresas de Limpeza Pública e Resíduos Especiais. **Panorama dos Resíduos Sólidos no Brasil**. 2020. Disponível em: <https://abrelpe.org.br/panorama-2020/>.

¹⁶ BRASIL. **Relatório de Avaliação de Necessidades Tecnológicas para Implementação de Planos de Ação Climática no Brasil**: Mitigação. Brasília, Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovações 2021. Disponível em: https://www.gov.br/mcti/pt-br/acompanhe-o-mcti/sirene/publicacoes/tna_brazil/arquivos/pdf/relatorio-de-avaliacao-de-necessidades-tecnologicas-para-implementacao-de-planos-de-acao-climatica-no-brasil-mitigacao.pdf.

BCG Boston Consulting Group. **Mudança Climática: Protagonismo Corporativo Beneficiando Negócios e Sociedade**. 2021. Disponível em: <https://www.bcg.com/pt-br/climate-change-corporate-protagonism-benefiting-business-and-society>.

BRASIL. **Decreto nº 9.073, de 5 de junho de 2017**, que Promulga o Acordo de Paris sob a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima, celebrado em Paris, em 12 de dezembro de 2015, e firmado em Nova Iorque, em 22 de abril de 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/d9073.htm.

BRASIL. **Lei nº 9.985, de 18 de julho de 2000**. Lei de Sistema Nacional de Unidades de Conservação.

BRASIL. **Lei nº 12.187, de 29 de dezembro de 2009**. Política Nacional sobre Mudança do Clima.

BRASIL. **Lei nº 12.305, de 2 de agosto de 2010**. Política Nacional de Resíduos Sólidos – PNRS.

BRASIL. **Lei nº 14.026, de 15 de julho de 2020** – Novo Marco Legal do Saneamento.

BRASIL. **Lei nº 12.651, de 25 de maio de 2012** - Lei de Proteção de Florestas Nativas / Código Florestal.

BRASIL. **Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007** – Lei de Diretrizes do Saneamento Básico.

BRASIL. Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovações. **Quarto Inventário Nacional de Emissões e Remoções Antrópicas de Gases de Efeito Estufa** – Setor Resíduos. 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/mcti/pt-br/acompanhe-o-mcti/sirene/publicacoes/comunicacoes-nacionais-do-brasil-a-unfccc>.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Regional. **Oitava edição do Diagnóstico do Manejo de Resíduos Sólidos Urbanos do SNIS**, 2019. Disponível em: <http://www.snis.gov.br/diagnostico-anual-residuos-solidos/diagnostico-do-manejo-de-residuos-solidos-urbanos-2019>.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Emenda à Constituição nº 233 de 2019**. Acrescenta o inciso X ao art. 170 e o inciso VIII ao § 1º do art. 225 da Constituição

Federal. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/140340>. Acesso em: 17 nov. 2021.

BRASIL. Relatório de Avaliação de Necessidades Tecnológicas para Implementação de Planos de Ação Climática no Brasil: Mitigação. Brasília, Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovações 2021. Disponível em: https://www.gov.br/mcti/pt-br/acompanhe-o-mcti/sirene/publicacoes/tna_brazil/arquivos/pdf/relatorio-de-avaliacao-de-necessidades-tecnologicas-para-implementacao-de-planos-de-acao-climatica-no-brasil-mitigacao.pdf. Acesso em: 16 nov. 2021.

EUROSTAT - ENVIRONMENTAL DATA CENTRE ON WASTE. (2014b) Eurostat News Release no 48/2014. Disponível em: http://epp.eurostat.ec.europa.eu/portal/page/portal/publications/collections/news_releases. Acesso em: 16 nov. 2021.

EPE. Economicidade do Aproveitamento dos Resíduos Sólidos Urbanos em Aterro para Produção de Biometano. **NOTA TÉCNICA DEA 019/2018.** Disponível em: <https://www.epe.gov.br/pt/imprensa/noticias/estudo-sobre-a-economicidade-do-aproveitamento-dos-residuos-solidos-urbanos-em-aterro-para-producao-de-biometano>.

GLOBAL WASTE TO ENERGY RESEARCH AND TECHNOLOGY (WtERT) Counsil. Carta de 35 cientistas aos líderes climáticos dos Estados Unidos: Priorizar o Desvio de Resíduos Biodegradáveis de Aterros Sanitários. 2021. Disponível em: <https://www.linkedin.com/company/globalwtert/posts/?feedView=all>. Acesso em: 16 nov. 2021.

MANNARINO, C.F., FERREIRA, J.A., GANDOLLA, M. Contribuições para a evolução do gerenciamento de resíduos sólidos urbanos no Brasil com base na experiência Europeia. 2016. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/esa/a/6zk8GW-TtkKhdf4g77xKWFXq/#https://doi.org/10.1590/S1413-41522016146475>. Acesso em: 20 nov. 2021.

IPCC - Painel Intergovernamental sobre Mudanças Climáticas. 5º Relatório, 2014. Disponível em: https://www.ipcc.ch/site/assets/uploads/2018/03/ar5_wg2_spmport-1.pdf.

IPEA - Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Diagnóstico dos Resíduos Sólidos Urbanos. Relatório de Pesquisa, Brasília, 2012. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&id=17247. Acesso em: 21 nov. 2021.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **26ª Conferência das Partes sobre Mudança Climática da ONU (COP26)** - Pacto Climático de Glasgow. Disponível em: <https://ukcop26.org/>.

PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO – PNUD. **Relatório do Desenvolvimento Humano**. 2019. Disponível em: http://hdr.undp.org/sites/default/files/hdr_2019_pt.pdf.

ROMEIRO, A. R. Desenvolvimento sustentável: uma perspectiva econômico-ecológica. **Estudos Avançados**, v. 26, n. 74, p. 65-92, 2012. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/eav/article/view/10625>.

UNEP - UN Environment Programme. **Global Methane Assessment: Benefits and Costs of Mitigating Methane Emissions**. Disponível em: <https://www.unep.org/resources/report/global-methane-assessment-benefits-and-costs-mitigating-methane-emissions>. Acesso em: 21 nov. 2021.

UNIÃO EUROPEIA. **Diretiva 2008/98/CE** do Parlamento Europeu e do Conselho, de 19 de novembro de 2008, relativa aos resíduos e que revoga certas diretivas. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex:32008L0098>. Acesso em: 20 nov. 2021.

_____. **Diretiva (UE) 2018/851** do Parlamento Europeu e do Conselho, de 30 de maio de 2018. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32018L0851>. Acesso em: 20 nov. 2021.

VIEIRA, C. F. A.; DE LIMA, L. C.; COUTINHO, M. M.; CAVALCANTE, F. S. A. Efeitos climáticos do metano na atmosfera. **Revista Tecnologia**, [S. l.], v. 29, n. 1, 2009. Disponível em: <https://periodicos.unifor.br/tec/article/view/46>. Acesso em: 20 nov. 2021.

DESAFIOS DO SANEAMENTO: a experiência da Companhia SANEMAR no município de Maricá-RJ

André Baiseredo*
Horácio Figueiredo*
Rita Rocha*

RESUMO: A presente análise discute como o Novo Marco do Saneamento, Lei nº 14.026, de 15 de julho de 2020, imprime desafios para a gestão municipal. A discussão perpassa a questão da figura jurídica da região metropolitana, analisando a divisão legal de competências entre os diversos atores envolvidos agora no setor de saneamento. Dá-se foco à força regional impressa no caso do Estado do Rio de Janeiro-ERJ, que acaba de passar por uma série de transformações derivadas da concessão do saneamento ao setor privado, feita em blocos de Municípios metropolitanos fluminenses, a partir do Instituto Rio Metrópole, o IRM. Na última parte do artigo é apresentada a experiência local em saneamento de um dos Municípios da periferia metropolitana do ERJ. O Município de Maricá é um dos que mais recebe royalties de petróleo da exploração das bacias do Pré-Sal, recursos estes que fomentam um conjunto de políticas públicas exitosas, destaque dado no artigo à atuação da Companhia de Saneamento de Maricá, a Sanemar.

Palavras-chave: Saneamento. Região metropolitana. Municípios. SANEMAR.

ABSTRACT: This analysis discusses how the New Sanitation Framework, Law nº 14.026, of July 15, 2020, imposes challenges for municipal management. The discussion permeates the issue of the legal figure of the metropolitan region, analyzing the legal division of competences between the various actors now involved in the sanitation sector.

* Graduado em Direito pela Universidade Cândido Mendes – UCAM. Especialista em Direito Administrativo Empresarial. Especialista em Direito Médico. Vice-Presidente da Comissão de Bioética e Biodireito da OAB/Barra. Professor convidado de Cursos de Pós-Graduação e Extensão. Professor da Associação Brasileira de Ouvidores. Diretor Jurídico da Companhia de Saneamento de Maricá – Sanemar. Sócio Fundador do Baiseredo & Quinellato Assessoria Jurídica.

* Graduado em Engenharia Civil pela Universidade de Mogi das Cruzes. Ex-Assessor da Diretoria da Presidência da Agência Nacional de Águas (2005-2018). Assessor da Diretoria da Presidência da Companhia de Saneamento de Maricá – Sanemar.

* Graduada em Arquitetura e Urbanismo pela Universidade Federal Fluminense-UFF, Mestre em Arquitetura e Urbanismo pela Universidade Federal Fluminense-UFF, Doutora em Demografia pela Universidade Estadual de Campinas-Unicamp. Diretora Presidente da Companhia de Saneamento de Maricá – Sanemar.

The focus is on the regional strength imprinted in the case of the State of Rio de Janeiro-ERJ, which has just undergone a series of transformations derived from the concession of sanitation to the private sector, carried out in blocks of metropolitan Rio de Janeiro municipalities, from the Rio Institute Metropolis, the IRM. The last part of the article presents the local experience in sanitation in one of the municipalities in the metropolitan periphery of the ERJ. The municipality of Maricá is one of those that receive the most oil royalties from the exploration of the Pre-Salt basins, resources that encourage a set of successful public policies, highlighted in the article to the performance of the Sanemar Sanitation Company of Maricá.

Keywords: Sanitation. Metropolitan region. Counties. SANEMAR.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 O novo marco do saneamento e os desafios para os Municípios. 3 A região metropolitana e os Municípios: divisão legal de competências. 4 A experiência Sanemar. 5 Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

Os debates travados na atualidade sobre o Novo Marco do Saneamento desnudam um dos déficits mais agudos do País: a ausência ou precariedade de infraestrutura. É grave o fato de que tantas gerações tenham que conviver com tamanho problema. Água e esgoto tratados, coleta de lixo e sua correta disposição e destinação de águas pluviais deveriam ser requisitos básicos para garantia da saúde e do bem-estar da sociedade. É a observância do princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1, III, CRFB¹).

Portanto, quando falamos de saneamento, não estar-se-ia falando de uma questão relacionada a aspectos meramente técnicos e/ou legislativos, mas de fatores vinculados a própria dignidade humana e inclusão social, com desdobramentos nas mais diversas esferas psicossociais.

Com efeito, além de fundamental para a dignidade humana, o acesso universal ao saneamento configura premissa básica de saúde pública e agrega benefícios ao meio ambiente. Sua essencialidade foi reconhecida pela Organização das Nações Unidas (ONU), ao declará-lo um direito humano fundamental para o gozo pleno da vida e de todos os outros direitos humanos (Assembleia Geral, Resolução nº 64/292, de 28 de julho

¹ BRASIL. Constituição Federal. 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: (...) III - a dignidade da pessoa humana;

de 2010²). Nesse mesmo diapasão, a Carta Encíclica *Laudato Si'* reconheceu esse direito como “fundamental e universal, porque determina a sobrevivência das pessoas e, portanto, é condição para o exercício dos outros direitos humanos”³.

Portanto, para grande parcela da população, irrelevante as discussões que o tema encerra, principalmente as de cunho jurídico, pois o que se deseja é água na torneira, esgoto tratado, lixo recolhido e águas de chuva que não adentrem pelas residências na primeira chuva, ou seja, infraestrutura básica, cujo acesso é tão escasso em nosso País.

A questão do saneamento básico afeta de forma mais direta os gestores municipais. Por serem responsáveis pela problemática do uso e ocupação do solo urbano, bem como dos problemas e desdobramentos da ausência de infraestrutura, devem tomar medidas de resposta em todos os setores da prestação de serviço público municipal, principalmente o setor de saúde, já que o Município é o responsável pelo tratamento de doenças de base. Nada obstante, segundo dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, 34,7% dos Municípios registram avanços de epidemias e endemias relacionadas à transmissão hídrica nos últimos anos.

No recente contexto da pandemia da COVID-19, tal tema se tornou ainda mais relevante, pois como obrigar a adoção de medidas sanitárias básicas se grande parte da população não possui condições sanitárias básicas?

Além da precariedade da infraestrutura, observam-se sérios problemas ligados à estrutura de operação e manutenção dos sistemas efetivamente instalados. Exemplo é o desperdício de água tratada, cuja média nacional, em 2017, foi de 38%, que, em valores financeiros, representa um prejuízo de cerca de R\$ 10 bilhões, obviamente repassados aos consumidores que arcam com a ineficiência dos

² ONU. Assembleia Geral. **Resolução A/RES/64/292**, de 28 de julho de 2010. The human right to water and sanitation. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wpcontent/uploads/2015/10/agenda2030-pt-br.pdf>.

³ 30. Enquanto a qualidade da água disponível piora constantemente, em alguns lugares cresce a tendência para se privatizar este recurso escasso, tornando-se uma mercadoria sujeita às leis do mercado. Na realidade, *o acesso à água potável e segura é um direito humano essencial, fundamental e universal, porque determina a sobrevivência das pessoas e, portanto, é condição para o exercício dos outros direitos humanos*. Este mundo tem uma grave dívida social para com os pobres que não têm acesso à água potável, porque isto é *negar-lhes o direito à vida radicado na sua dignidade inalienável*. Esta dívida é parcialmente saldada com maiores contribuições econômicas para prover de água limpa e saneamento as populações mais pobres. Entretanto nota-se um desperdício de água não só nos países desenvolvidos, mas também naqueles em vias de desenvolvimento que possuem grandes reservas. Isto mostra que o problema da água é, em parte, uma questão educativa e cultural, porque não há consciência da gravidade destes comportamentos num contexto de grande desigualdade. Disponível em: https://www.vatican.va/content/francesco/pt/encyclicals/documents/papa-francesco_20150524_enciclica-laudato-si.html.

prestadores de serviços, aumentando exponencialmente o número de demandas judiciais no seguimento.

Este pano de fundo motiva as constantes preocupações com o cenário do saneamento básico no Brasil, sendo evidente a necessidade de uma atuação imediata e eficiente no sentido de corrigir as discrepâncias que, se mantidas, perpetuarão a violação à dignidade da pessoa humana e a conspurcação do verdadeiro fundamento da República.

2 O NOVO MARCO DO SANEAMENTO E OS DESAFIOS PARA OS MUNICÍPIOS⁴.

Apesar das constantes preocupações e do fato de o Brasil ser um País farto em produção legislativa, pode-se afirmar que o tema saneamento foi pouco explorado, sendo possível destacar quatro marcos históricos relevantes: (1º) o período generalista; (2º) o do Plano Nacional do Saneamento Básico – PLANASA; (3º) estruturação da regulação; e, (4º) o Novo Marco Legal do Saneamento. Apesar de serem significativos do ponto de vista legal, pouco contribuíram para minorar o alto grau de desigualdade social do País.

Como o objeto da análise do presente artigo é, apenas, o último dos marcos históricos, basta dizer sobre os anteriores que, apesar de terem representado avanços, o déficit na universalização dos serviços de saneamento permanecia como um desafio impostergável para o Governo Federal que, em resposta, acabou por editar as Medidas Provisórias 844/2018 e 868/2018, as quais, não foram convertidas em Lei.

Mas o Governo Federal não desistiu de sua agenda e este contexto foi o ponto de partida para uma nova medida governamental, consubstanciada no Projeto de Lei nº 4.162/2019, com exposição de motivos conduzida pelo Ministério da Economia de Paulo Guedes, de forte orientação liberal e privatista, que culminou com a edição, em meio à pandemia da COVID-19, da Lei nº. 14.026, de 15 de julho de 2020⁵, o Novo Marco do

⁴ A presente análise não tem a pretensão de abarcar a complexa totalidade dos desdobramentos técnicos, jurídicos e de gestão que o chamado Novo Marco do Saneamento, Lei nº 14.026, de 15 de julho de 2020, encerra. Contudo, objetiva-se ampliar a discussão descortinando-se o cerne do problema e o grande impacto que os dispositivos nele encerrados trazem para os Municípios, invariavelmente o Ente mais frágil do federalismo brasileiro.

⁵ BRASIL. Lei nº 14.026, de 15 de julho de 2020 – Dispõe atualiza o marco legal do saneamento básico e altera a Lei nº 9.984, de 17 de julho de 2000, para atribuir à Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico (ANA) competência para editar normas de referência sobre o serviço de saneamento, a Lei nº 10.768, de 19 de novembro de 2003, para alterar o nome e as atribuições do cargo de Especialista em Recursos Hídricos, a Lei nº 11.107, de 6 de abril de 2005, para vedar a prestação por contrato de programa dos serviços públicos de que trata o art. 175 da Constituição Federal, a Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007, para aprimorar as condições estruturais do

Saneamento. Longe de ser uma nova consolidação da estrutura da matéria, apenas altera os diversos dispositivos legais vigentes para satisfazer a visão de que a iniciativa privada deveria ter o mais amplo e irrestrito acesso ao setor.

As mudanças propostas na lei foram vendidas por seus defensores como o caminho para alcançar a universalização do saneamento – realidade distante na vida de tantos brasileiros. Afinal, de acordo com dados do Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento (SNIS), aproximadamente 35 milhões de pessoas não têm acesso à água tratada no Brasil.

Nada obstante, a meta de universalização do saneamento básico para a próxima década será inalcançável caso o Brasil mantenha políticas de austeridade e continue a incentivar apenas o protagonismo da iniciativa privada no setor. É inegável a gravidade do problema no País. Contudo, a situação será resolvida com a apropriação do setor por empresas privadas? A experiência internacional demonstra o contrário. Isto é, a reestatização da prestação de serviço de água e esgoto ocorreu em vários países.

O Instituto Transnacional tem estudado esse assunto e há centenas de casos de remunicipalização. Muitos deles na Europa e nos Estados Unidos. Essas iniciativas vêm como respostas a políticas de austeridade. Mesmo com as intervenções das agências reguladoras, tais políticas, calcadas em atuações neoliberais, com predomínio do lucro sobre os direitos sociais, não representaram a melhor solução para o setor. A tendência é a de retirar os lucros ao invés de reinvesti-los na ampliação e melhoria da qualidade dos serviços. A experiência de cidades importantes, de várias partes do mundo, como Canadá, Lituânia, Inglaterra, Espanha, e, França, que em Paris tem o exemplo mais citado em estudos, demonstrou que não é por meio da privatização que se alcança a universalização do saneamento básico. E, saliente-se, que nos Países mencionados a desigualdade social é muito menor, quando comparado ao Brasil.

No Brasil não se constata, em linhas gerais, nos últimos anos, um esforço significativo de ampliação do atendimento das populações mais vulneráveis. Embora se verifique alguns esforços no sentido de revisar o Plano Nacional do Saneamento Básico – PLAN SAB, esforço este que começou no segundo mandato do governo Dilma, o que se adota é o Programa Nacional de Saneamento Rural. Os Estados e Municípios acabam não caminhando em sentido muito diverso, se preocupando mais em definir critérios de obrigatoriedade de fossa-filtro-sumidouro do que em, efetivamente, adotar medidas que levem o saneamento para as populações mais vulneráveis.

saneamento básico no País, a Lei nº 12.305, de 2 de agosto de 2010, para tratar dos prazos para a disposição final ambientalmente adequada dos rejeitos, a Lei nº 13.089, de 12 de janeiro de 2015 (Estatuto da Metrópole), para estender seu âmbito de aplicação às microrregiões, e a Lei nº 13.529, de 4 de dezembro de 2017, para autorizar a União a participar de fundo com a finalidade exclusiva de financiar serviços técnicos especializados.

Mas, de fato, desde 2016 até os dias de hoje, o que se constata na prática é uma regressão dos esforços da União para avançar em direção a metas mais satisfatórias. É importante salientar, uma vez mais, que o atendimento do direito humano ao saneamento básico, além de essencial ao ser humano, deve ser feito de modo progressivo, priorizando as populações mais vulneráveis, já que mais impactadas. Via de regra, são os pobres os que mais sofrem os efeitos da ausência de serviços básicos, o que, por sua vez, se torna um peso para o gasto em saúde no País.

O Novo Marco do Saneamento Básico, que amplia o espaço para as empresas privadas, foi aprovado com o discurso de que, a partir dele, o país alcançará a universalização até 2033. Inclusive, foi realizada uma intensa campanha midiática – como parece ser praxe nos dias de hoje – atestando ser o setor público ineficiente para solucionar a questão e, ao mesmo tempo, apontando o setor privado como o remédio necessário.

Todavia, o setor público tem uma forte presença no saneamento, em particular em água e esgoto, e acumula uma experiência significativa no setor, detendo grande parte da mão de obra especializada na área. Sem entrar no mérito da eficiência, a maioria dessas companhias estaduais e municipais são lucrativas. É bem verdade, devem ser reorganizadas e reestruturadas para melhor atender à população. Contudo, o que a nova lei preconiza é estabelecer uma competição entre os setores público e privado que nunca será equilibrada já que a burocracia a ser vencida no setor público inviabiliza uma disputa justa, quando comparado ao arcabouço legislativo, muito mais simplificado, que rege o setor privado.

A aceleração da privatização no setor saneamento, sem um apoio devido ao setor público que já atua no Brasil, em muitos Estados e Municípios brasileiros, é preocupante do ponto de vista operacional. Há um risco evidente de que ocorra uma involução no setor, já que no setor privado os salários praticados são mais atrativos e ocorre uma evidente migração de mão de obra experiente e qualificada, esvaziando as companhias estaduais e municipais. Além da desestruturação do setor público, o investimento do setor privado pode não ocorrer como o esperado. Afinal, o lucro não se coaduna com a plenitude da acepção do direito fundamental ao saneamento básico.

Neste cenário, o ator Município torna-se ainda mais necessário figurar nas discussões sobre saneamento básico. Afinal, são as autoridades públicas locais que melhor entendem os anseios de sua população e devem assim caminhar para a tão almejada universalização do serviço.

O Novo Marco do Saneamento parece caminhar em sentido contrário, tencionando em diversos pontos a relação com os Municípios, como, por exemplo, a ameaça aos Prefeitos de que se não implantarem, a curto prazo, a cobrança pelo

serviço de limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos, serão enquadrados na lei de responsabilidade fiscal.

A despeito da flagrante inconstitucionalidade, pois estar-se-ia diante de uma lei ordinária tentando modificar uma lei complementar que é a lei de responsabilidade fiscal, o fato é que o Novo Marco prejudica o pacto federativo, pressionando o executivo municipal em flagrante usurpação da autonomia do Município.

Adicionalmente, a Lei veda a cooperação inter-federativa para a prestação do serviço público do saneamento básico por meio dos contratos de programa. Ora, esta opção está colocada no artigo 241 da Constituição Federal. Então, não é possível que uma lei ordinária, da União, impeça os Estados e Municípios de cooperarem entre si, sob o risco de incidir em grave inconstitucionalidade. O que essa Lei está vedando em última instância, com a sua atual redação, pelo menos em tese, é, por exemplo, um Município colocar os resíduos sólidos e domiciliares em um aterro de outro Município, sem um procedimento licitatório, pelo menos.

Decerto, para que a cooperação entre os Entes federativos ocorra, deve haver um instrumento jurídico entre eles. O que a lei atual determina é que isso só pode ser feito se houver uma licitação, obviamente aberta, também, para a iniciativa privada. Aliás, tal é a mesma determinação para a prestação do serviço público no próprio Município, devendo ser aberta a licitação para a prestação de qualquer serviço de saneamento. Ou seja, ainda que o Município possua uma estatal que preste o serviço de forma dependente, deve formalizar processo administrativo com este mister.

A previsão da constituição de unidades regionais de saneamento por meio de leis estaduais ordinárias também é outro aspecto de flagrante inconstitucionalidade. A figura que a Constituição prevê é a da microrregião instituída pela lei estadual complementar. A diferença entre uma lei ordinária e a complementar é que, para que esta seja aprovada, ela precisa de um quórum maior do que o quórum simples da lei ordinária.

Outro tema assaz curioso é o do Município poder escolher uma agência reguladora de outro Estado que não o seu. Ora, as agências reguladoras são constituídas como autarquias federais, estaduais ou municipais. Elas têm o princípio da territorialidade. Não podem atuar fora da área para qual elas foram criadas.

Portanto, o Novo Marco do Saneamento exigirá muita atenção dos gestores municipais, posto que neste novo viés neoliberal o aperfeiçoamento regulatório irá atrair interesse de investidores nacionais e internacionais, de Órgãos de Controle e da sociedade civil organizada, alguns deles atuando em detrimento dos interesses locais tutelados pelos gestores municipais.

3 A REGIÃO METROPOLITANA E OS MUNICÍPIOS: divisão legal de competências

A atual Constituição Federal de 1988, com a disposição exarada no § 3º de seu artigo 25, localizado no Título III, da Organização do Estado, Capítulo III⁶, dos Estados Federados, trouxe para o Ordenamento Jurídico Pátrio uma ressignificação do federalismo de integração. Isto é, o legislador constituinte demonstrou evidente preocupação com a repartição de competências entre os entes federativos, prevalecendo a priorização do interesse público, sendo indispensável o relacionamento complementar.

Nestes termos, as figuras constituídas pelas regiões metropolitanas passam a ter um estatuto jurídico-constitucional diferenciado, ampliando seu espaço de atuação, junto ao Estado e frente aos Municípios metropolitanos, mediante lei complementar. É uma nova sistemática de distribuição de poderes administrativos – mecanismos jurídicos – que impõe uma mudança de paradigma frente ao nosso federalismo de caráter cooperativo e orgânico.

Nada obstante, atualmente não há na estrutura constitucional brasileira uma distribuição de competências de modo estanque e compartimentado, onde a predominância do interesse de determinado Ente impera como princípio maior. Segundo o princípio da predominância do interesse, em muitas ocasiões não se tem clareza de qual é o interesse predominante, gerando situações ambíguas e frequentes conflitos de competência, direcionando para uma vontade do legislador constituinte no sentido de haver cooperação permanente entre os Entes federativos. Na verdade, no Brasil, exatamente em razão do desenvolvimento integrado que caracteriza a dinâmica socioeconômica contemporânea, inafastável a necessidade de solidariedade das instâncias governamentais federativas, onde as competências comuns e concorrentes sobrelevam às exclusivas. Este enfoque permitiu que o sistema se estruturasse de forma muito menos rígida, permitindo, contemplar de forma mais efetiva as diferenças socioculturais brasileiras, decorrentes de nossa grande extensão territorial e diversidades socioeconômicas.

Portanto, a Constituição Federal Brasileira de 1988 adotou um sistema de distribuição de competências que não tolera espaços vazios de responsabilidade, de modo que não se pode deixar de atribuir, a qualquer um dos níveis de governo, a

⁶ BRASIL. Constituição Federal. 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.

responsabilidade pela solução de matéria de interesse coletivo. Quando essa responsabilidade não for, de alguma forma, imputável à União ou ao Município, ela será remetida ao Estado, detentor da chamada competência residual ou remanescente, por força do art. 25, § 1º, da Constituição Federal⁷.

No âmbito específico do que nos interessa agora, o das regiões metropolitanas, postula-se igualmente a exigência de um novo conteúdo organizacional de gestão regional, por força da própria Constituição Federal, onde a cooperação e a coordenação intergovernamental passam a ter uma dimensão institucional própria, representada pela exigência de unidades integradas e personalizadas de ação pública de interesse comum.

Tal dimensão institucional deverá repercutir profundamente na forma de planejamento, programação, execução e controle de funções estatais e de serviços públicos de caráter urbano-regional, em nosso sistema federativo. É, nada mais, nada menos, do que o reforço de que o desenvolvimento material das condições da vida social e econômica determina a exigência de se adotar novas formas organizacionais das relações humanas, tendo um efeito inafastável no plano das relações jurídicas.

As questões referentes à instituição de sistemas regionais, nos termos do artigo 25, § 3º, da Constituição Federal, são de grande complexidade, pois exprimem situações novas que demandam hermenêutica original no que respeita ao federalismo de integração, à competência comum ou material, ao relacionamento intergovernamental e às autonomias dos entes político-administrativos federados.

Nada obstante, cedejo que a instituição de sistemas regionais imputa, por sua natural configuração, na reunião de mais de um ente municipal, de conflitos jurídicos e políticos de competência, sobretudo quando o interesse, ou forma de estruturação da prestação do serviço público for, do ponto de vista da concepção, diverso entre o Estado e os Municípios. E, mesmo que não haja diversidade de entendimento quanto à implantação de determinado serviço público, somente o caráter recente da norma já gera ao gestor municipal receio quanto aos investimentos que poderá diretamente realizar, frente ao Estado, aos demais Municípios e ao concessionário privado.

Adicionalmente, o ente público regional deve possuir caráter administrativo e não político, não podendo as suas normas (administrativas) impor-se aos entes políticos que integram a região, efetivamente aos Municípios. Sua índole é de caráter intergovernamental, porém, com poderes apenas administrativos. As normas jurídicas que podem ser impositivas aos Municípios, em relação às funções públicas de

⁷ BRASIL. Constituição Federal. Art. 25. Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição. § 1º São reservadas aos Estados as competências que não lhes sejam vedadas por esta Constituição.

interesse comum, serão aquelas oriundas da Assembleia Legislativa do Estado, no exercício de suas competências comum e concorrente, ficando ao Município o poder, no que couber, de suplementá-las, conforme a autorização constitucional.

Ou seja, a questão metropolitana, em nosso direito, se afigura dentro da necessidade de integrar funções públicas de interesse (comum) de todos os entes autônomos existentes, Municípios e Estado. A região metropolitana, conforme nosso direito positivo, só se qualifica como tal se houver duas ou mais entidades político-administrativas. Assim, ela pressupõe multiplicidade institucional que exige coordenação, planejamento, articulação, integração e execução de funções públicas orientadas de modo unificado, conforme o interesse comum de cada região.

Pela função da referida lei complementar de criação, deduz-se que tais regiões deverão ter tratamento constitucional nos moldes do concedido a um ente estadual, sendo estas as bases institucionais de sua criação e funcionamento, uma vez que possui a mesma Municípios em sua composição.

Uma vez constituídas por lei complementar, a integração dos Municípios será compulsória para o efeito da realização das funções públicas de interesse comum, não podendo o ente local subtrair-se à figura regional, ficando sujeito às condições estabelecidas no nível regional para realizar aquelas funções públicas de interesse comum. Isso define os limites da autonomia municipal no âmbito urbano-regional metropolitano.

A criação por lei complementar, conforme o previsto no dispositivo constitucional, das referidas figuras regionais, induz ao entendimento de que aquelas funções públicas de interesse comum não são de exclusiva competência local. E mais, não são também de competência exclusiva do Estado. Se fossem de competência exclusiva do Estado, reduzidas a sua competência residual (remanescente), este não necessitaria, em tese, de editar lei complementar para a execução de funções ou serviços regionais de que seria normalmente o titular, e sobre o qual já haveria mesmo a gestão unificada estadual. Neste caso, não haveria a necessidade da participação dos Municípios na gestão e controle de tais funções públicas, uma vez que, sendo de caráter regional, não seria, na forma da perspectiva tradicional, de sua pertinência normativa e executiva. Seria inteira e privativamente de competência do Estado, com exclusão dos Municípios, o que não ocorre, vide a necessidade de se constituir o Conselho Deliberativo da Região Metropolitana, onde os Municípios possuem, pelo menos em tese, voz ativa na solução dos problemas.

Qualquer entendimento jurídico diverso seria um despautério hermenêutico, pelo que não há como deixar de interpretar que as funções públicas de interesse comum são da competência conjunta (comum) dos Municípios metropolitanos e do Estado que os integra. Por isso, são chamadas funções públicas de interesse comum. Seu exercício, entretanto, é peculiar, visto que os Municípios não poderão exercê-las de modo isolado,

senão conjuntamente, numa espécie de cogestão entre eles e o Estado, que tem a responsabilidade de organizá-las originariamente, mediante lei complementar.

Cumpre salientar, todavia, que a criação da Região Metropolitana não subtrai dos Municípios a possibilidade de agir para sanar problemas de interesse local no que tange à prestação de serviços públicos, pois não se está a sustentar, conforme o já consignado acima, que o ente municipal foi reduzido a inutilidade funcional.

Aqui, o poder originário concedente de serviços ou funções comuns são os Municípios e o Estado, vez que somente estes Entes possuem estruturação legislativa para regradar sobre os serviços públicos de interesse regional. Entretanto, com a criação da região metropolitana (estrutura jurídico-administrativa), aqueles entes políticos poderão e deverão, por exigência constitucional, criar as condições para a organização intergovernamental administrativa pública de interesse comum. Vale dizer que o Estado cria e organiza tal entidade administrativa pública, mediante lei complementar, mas não pode, sob pena de inconstitucionalidade da medida, deixar de admitir a participação dos Municípios metropolitanos para decidirem sobre os assuntos regionais que, em última instância, são também de seu interesse (local).

Neste sentido, não poderá o Estado, ao criar a figura regional em apreço, gerenciar solitária e exclusivamente as funções públicas de interesse comum, posto que ofenderia expressamente o texto constitucional. A titularidade do exercício das funções públicas de interesse comum (incluindo os serviços correspondentes) são, pois, da entidade pública administrativa organizada no nível regional, de caráter intergovernamental, onde representantes do Estado e dos Municípios envolvidos deverão, de forma paritária, participar das funções normativas, diretivas e administrativas correspondentes.

Destarte, se o conceito de região metropolitana, sob o ponto de vista jurídico, inclui o conceito de Município, de natureza igualmente jurídica, convém admitir que é da própria condição estrutural daquele conceito a não exclusão dos Municípios no gerenciamento regional. Se os Municípios metropolitanos não perdem a sua identidade básica originária – a própria ideia de funções públicas de interesse comum induz a esse entendimento, visto que o que é comum deve sê-lo a vários, isto é, implica sempre a ideia subjacente de multiplicidade.

Todavia, é preciso ressaltar que, uma vez criada a região metropolitana, o Município não fica obrigado a participar ativamente no processo decisório regional-metropolitano, mas o Estado é obrigado, indiscutivelmente, a possibilitar essa participação. O importante é considerar que, em matéria de função pública de interesse comum, o Município fica adstrito a tolerar sua execução em seu território, vez que, se ela realiza e concretiza de certo modo o interesse local, ela é também de interesse regional, não podendo sofrer solução de continuidade sob pena de prejudicar os outros Municípios limítrofes.

Neste diapasão, em apertada síntese de como deve se estruturar a dinâmica da Região Metropolitana, admite-se e garante-se a participação do Município nas decisões sobre organização, planejamento e execução das funções públicas de interesse comum. Porém, como também é de interesse regional, não é permitido ao Município opor obstáculos a sua realização, em seu território.

Portanto, a autonomia municipal se refere particularmente ao interesse local, que, abstratamente considerado, permite ser determinado em seu conteúdo, conforme o caso, segundo a significação relativa assumida pelas obras, atividades e serviços públicos a ele relacionados.

Deste modo, conforme a doutrina⁸ e jurisprudência⁹⁻¹⁰ corrente, a predominância do interesse local, na prestação de certos serviços públicos e na realização de determinadas atividades e obras comunitárias ou de infraestrutura urbana, é que circunscreve e peculiariza tais serviços, atividades e obras no plano específico do interesse municipal. Exatamente para garantir esta elasticidade, a Constituição brasileira se omitiu em definir previamente o conteúdo deste peculiar interesse, não discriminando as atividades ou serviços abrangidos por este conceito.

Não há, pois, atividades, serviços ou obras que, por natureza intrínseca, sejam considerados de exclusivo interesse local. Assim, por exemplo, os serviços de captação e tratamento de água para consumo público, tradicionalmente, são de interesse local, inscritos na competência do Município. Entretanto, estes mesmos serviços serão inequivocamente de interesse comum numa Região Metropolitana, caso os impactos de sua prestação ultrapassem determinado Município. Ou seja, o mesmo serviço, conforme o enfoque, o lugar, o modo e as circunstâncias de sua prestação, será objeto de interesse local ou regional, dependendo do caso. Cemitério, outro exemplo, é tradicionalmente assunto de interesse local, mas será de interesse regional, ao menos em parte, se houver comprometimento do lençol freático que alimenta os corpos d'água de uma determinada região ou bacia hidrográfica.

E de outra forma não poderia ser, uma vez que ao Direito é impossível disciplinar todas as variantes possíveis do tecido social e dos impactos naturais e ambientais que circundam uma mesma prestação de determinado serviço público. Mas não é só, pois o alto grau de interação das relações humanas de um lado e, de outro, as possibilidades de economias de escala, induzidas ambas pela tecnologia moderna, ampliam o raio de prevalência dos interesses públicos. Mais do que as próprias

⁸ DAL POZZO, Augusto Neves (coord.). **O Novo Marco Regulatório do Saneamento Básico**. 1ª ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020.

⁹ STF, ADI nº 7963/ES, DJ 1998.

¹⁰ STF, ADI nº 1841/RJ, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 20.9.2002.

necessidades, são as formas e os meios de sua satisfação que determinam se elas são ou não de caráter local¹¹.

Na verdade, o maior ou menor grau de repercussão do problema para alguém ou além dos limites do Município e o modo de solucioná-lo é que determinam, casuisticamente, a sua qualificação de ser local ou não. E essa repercussão é móvel, em sua extensão e profundidade, em função do desenvolvimento da realidade sócio-econômica-urbana e do aperfeiçoamento tecnológico para o seu conveniente tratamento, como já acima apontamos.

Essa linha de distribuição de competências e o exercício das competências legislativas concorrentes e comuns permitem estabelecer áreas de funções públicas de interesse comum no âmbito de regiões metropolitanas. Apenas para exemplificar o sustentado, a União é competente para instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos (art. 21, XX da CF¹²). Exerce também a competência material (comum) sobre condições habitacionais e de saneamento básico (idem, art. 23, IX da CF¹³). Aos Estados e aos Municípios também cabe esta última. Aos Municípios, de forma específica, cabe executar a política de desenvolvimento urbano, com o objetivo de ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes (art. 182 da CF¹⁴).

¹¹ “Em princípio, o Município é sempre titular da competência para organizar e prestar os aludidos serviços públicos. Mas existem inúmeras hipóteses em que se configuram interesses supralocais ou conjuntos de diversos entes federados. Bem por isso, é possível considerar que dependendo das circunstâncias configurem-se interesses municipais e estaduais – refletindo-se na titularidade conjunta dos serviços. A integração do Município em uma região metropolitana é um forte indicio de que os serviços de saneamento básico devem ser considerados como de interesse supramunicipal. Haverá caso em que será impossível dissociar o interesse dos diversos Municípios, o que redundará na existência de serviços públicos a serem prestados de modo articulado pelo diversos Municípios. Pode-se cogitar, inclusive, do surgimento de interesse Estadual, na medida em que os diversos Municípios não atinjam uma solução convencional satisfatória. E não seria descabida a própria atuação federal em hipóteses em que os diversos Municípios estivessem sediados em Estados diversos”. JUSTEN FILHO, Marçal. **Parecer elaborado sobre minuta de anteprojeto de Lei de Saneamento Básico**, 2005. Disponível em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/download/516/509>. Acesso em: 08 nov. 2021.

¹² BRASIL. Constituição Federal. Art. 21. Compete à União: (...) XX - instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos;

¹³ BRASIL. Constituição Federal. 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;

¹⁴ BRASIL. Constituição Federal. Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

Neste diapasão, a autonomia dos Municípios metropolitanos, a par da remissão a matérias de competência local, tem sua configuração demarcada também e principalmente pela competência concorrente suplementar da legislação federal e estadual (artigo 30, II, da CF¹⁵), e pela competência comum (idem, artigo 23), perfazendo sua autonomia relativa, e, em razão da qual, poderá igualmente produzir normas jurídicas para suprir ou completar matéria ligada às funções públicas de interesse comum. Isso quer dizer que, em matéria urbanística e em relação à prestação de serviços de interesse comum, de caráter regional, o Município metropolitano tem, pela atual Constituição, o poder de regulá-los em nível local, supletivamente, naquilo que couber em relação ao interesse local, obedecidas as diretrizes e parâmetros fixados em nível estadual e federal.

Tal é a estrutura do chamado federalismo de integração, no que respeita aos Municípios metropolitanos em face dos interesses locais e regionais. É, em última instância, a expressão da modernidade das competências exercidas de forma partilhada, por vários entes político-administrativos autônomos.

Assim, esta competência comum faz entender que o interesse local e o regional metropolitano devem estar coordenados ou integrados, na medida em que exprimem funções públicas de interesse comum, podendo e devendo o Município participar também de sua administração e regulação normativo-legal.

Em síntese, a autonomia municipal deve ser preservada, por força de mandamento constitucional, ao mesmo tempo que se deve empreender um esforço crítico e consciente para harmonizar as implicações dela decorrentes com as exigências da ação pública em nível regional, com o fito de neutralizar, quando for o caso, as decisões político-administrativas entre si discrepantes ou desconformes com as necessidades emergentes da metrópole e, particularmente, com o objetivo de orientar seu desenvolvimento integrado e sustentável.

4 A EXPERIÊNCIA SANEMAR

O Município de Maricá, está localizado no eixo Rio de Janeiro-Vitória, conta com população estimada de quase 170 mil habitantes atualmente e integra a periferia metropolitana, no Leste Metropolitano do Estado. Devido à sua condição balneária, se caracteriza fortemente pela ocupação ocasional, momento em que sua população triplica, configurando um drama ainda maior do ponto de vista do saneamento básico, em particular, do abastecimento de água.

¹⁵ BRASIL. Constituição Federal. Art. 30. Compete aos Municípios: I - legislar sobre assuntos de interesse local; II - suplementar a legislação federal e a estadual no que couber;

Os dados de cobertura de água e esgoto em Maricá são um dos piores do Estado do Rio de Janeiro, reflexo do ínfimo investimento dedicado por parte da Companhia Estadual de Água e Esgoto, a CEDAE, à infraestrutura de saneamento¹⁶.

Em 2018, com o objetivo de fazer com que a CEDAE priorizasse o investimento em água, o executivo municipal assinou termos aditivos ao convênio e ao contrato de programa mantidos para viabilizar a prestação do serviço público de saneamento no Município, garantindo inclusive antecipação de investimentos. Neste mesmo ano, após a formalização dos propalados instrumentos jurídicos, Maricá foi, novamente, inserido na Região Metropolitana do Estado do Rio de Janeiro¹⁷.

No ano de 2019, a Sanemar¹⁸, Companhia de Saneamento de Maricá, foi criada com objetivo de alavancar o investimento no setor de água e esgoto¹⁹. A ideia, à época, era estabelecer parceria público-público, em um viés corporativo, com a CEDAE que garantisse que projetos de adução de água à Maricá – como a captação em Tanguá – saíssem do papel. Da mesma forma, a criação da Sanemar possibilitava ao Município estabelecer um plano de metas de atendimento, a longo prazo, do Sistema de Esgotamento Municipal.

Contudo, no ano seguinte, conforme o já salientado no presente artigo, ocorreram profundas mudanças no setor saneamento no Brasil e, sobretudo, no cenário fluminense.

Em 2020, passou a vigorar o Novo Marco do Saneamento, e, no início de 2021, ocorreu o leilão da prestação do serviço de adução de água e tratamento de esgotamento sanitário até então realizado pela CEDAE, com o repasse a um

¹⁶ A estrutura atual de abastecimento de água em Maricá se resume a duas captações, uma em Ubatiba, que viabiliza o abastecimento da Região central da cidade. E uma outra, inaugurada recentemente em 2020, pela CEDAE e Sanemar, em Ponta Negra, que atende o 2º Distrito. Já o 3º e 4º distritos possui rede parcial implantada, cujo abastecimento vem da adução de Imunana Laranjal, no Município de São Gonçalo. Em esgotamento sanitário, há uma rede coletora antiga, instalada na área central da cidade, com cerca de 35km de extensão e duas estações de tratamento de esgoto.

¹⁷ RIO DE JANEIRO. Lei Complementar nº 184 de 27 de dezembro de 2018 - Dispõe sobre a Região Metropolitana do Rio de Janeiro, sua composição, organização e gestão, define as funções públicas e serviços de interesse comum, cria a autoridade executiva da Região Metropolitana do Rio de Janeiro e dá outras providências.

¹⁸ A Sanemar divide com a Somar, a autarquia de obras, a competência do Saneamento Básico em Maricá. A somar atua nos setores de drenagem e resíduos sólidos, enquanto a Sanemar atua em água e esgoto. Sua atuação em água é compartilhada, agora, a partir de 1 de novembro de 2021 com a empresa vencedora do bloco de municípios metropolitanos, a recém-criada Águas do Rio, do grupo AEGEA.

¹⁹ MARICÁ. Lei Municipal Complementar nº 183, de 22 de junho de 2009, alterada pela Municipal Complementar 190, de 25 de setembro de 2009.

concessionário privado dos serviços de água e esgoto dos 22 Municípios metropolitanos fluminenses.

De toda sorte, a despeito da revolução no cenário, Maricá, por sua situação *sui generis*, em função dos instrumentos jurídicos já celebrados (ato jurídico perfeito), conseguiu figurar como exceção, lutando pela permanência de sua autonomia quanto à competência para prestação do serviço de esgotamento sanitário, oficialmente deliberada pelo Conselho Deliberativo da Região Metropolitana em julho de 2021²⁰.

Desde a sua criação, a Sanemar²¹ se dedica ao desenvolvimento de soluções de água e esgoto que melhorem os índices de qualidade de vida da população de Maricá. A empresa, apesar de recente (pouco mais de dois anos), tem estabelecido importantes parcerias institucionais para alcançar esse objetivo, inclusive com o Estado do Rio de Janeiro²². Mas, de fato, o Município de Maricá é limitado do ponto de vista hídrico²³, não possuindo em seus limites territoriais rios com vazão considerada suficiente para abastecer sua população, que cresce em ritmo acelerado, via um intenso processo de mobilidade espacial da população²⁴. Adicionalmente, há um passivo de infraestrutura de esgotamento sanitário, fruto de anos de ausência de investimentos para ampliação da cobertura de rede, paralelamente ao crescimento do

²⁰ RIO DE JANEIRO. CDRM. Resolução CD nº 10, de julho de 2021 – Posterga parcialmente a delegação sobre saneamento básico ao Município de Maricá.

²¹ A Sanemar é criada em fevereiro de 2019. Após um ano de sua criação inicia-se em fevereiro de 2020 o quadro da pandemia no cenário mundial, o que impactou significativamente no ritmo dos projetos de infraestrutura em desenvolvimento. Ou seja, em quase três anos de sua existência, apenas no primeiro ano da companhia foi possível trabalhar de forma engajada. Ano este de início de sua constituição como empresa, momento em que foi dado início a todos os atos inerentes a toda a criação da infraestrutura jurídica e administrativa financeira, inclusive da constituição de seu quadro técnico.

²² RIO DE JANEIRO. Secretaria de Estado da Casa Civil. Instituto Rio Metrópole. Termo de Cooperação Técnica nº 21580737, **DOERJ**, 02 set. 2021 – Criação do Escritório de Projetos do IRM no Município de Maricá. Disponível em: <https://www.marica.rj.gov.br/2021/08/26/p-refeitura-assina-convenio-com-estado-para-desenvolvimento-de-projetos-para-a-regiao-metropolitana/>.

²³ Em 2021 a Sanemar executa contrato com a UFRJ para Estudo de Segurança Hídrica municipal. Os produtos da contratação, bem como os dados de medições de vazão disponibilizados pela CEDAE ao longo do tempo, apontam para um outro projeto em desenvolvimento hoje na Sanemar: o projeto de interligação dos dois sistemas de abastecimento existentes do 1º e 2º distritos.

²⁴ ROCHA, R. C. C. **A redistribuição espacial da população de Maricá: uma abordagem a partir da mobilidade e da urbanização**. Dissertação (Doutorado) – Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2017.

Município²⁵, que vivencia um cenário de profundas transformações socioespaciais produto da reestruturação do seu espaço urbano²⁶.

Sobre o investimento em água, antes mesmo da criação da Sanemar, o Município de Maricá iniciou os estudos necessários ao estabelecimento da captação no Município vizinho de Tanguá. Solução esta já apontada anteriormente em documentos técnicos, como uma opção bastante viável para viabilizar a extensão do abastecimento não só para Maricá, mas para outros Municípios do Leste Metropolitano do estado. Atualmente, o projeto básico segue em trâmites administrativos na Sanemar e junto ao Estado, para viabilizar a vinda de mais 100 L/s para o Município de Maricá e a obra deverá ser agora pactuada com a concessionária responsável pelo serviço.

A parceria com o Município deve continuar agora entre Sanemar, Somar e Águas do Rio, para que os projetos de infraestrutura sejam estabelecidos em calendário conjunto no território municipal de maneira a amenizar os transtornos advindos da instalação de infraestrutura de água, pela Águas do Rio, de esgotamento sanitário pela Sanemar e de drenagem através da Somar.

A Sanemar, reconhecida pelo próprio Conselho Deliberativo da Região Metropolitana do Estado do Rio de Janeiro como apta a atuar no setor, tem o desafio de estabelecer o saneamento para toda a rede urbana do Município: cerca de 1200 km. Em 2022 deve iniciar cerca de 150 km de obras no 2º e 4º distritos, Ponta Negra e Itaipuaçu. Os projetos básicos foram desenvolvidos pela equipe técnica da empresa, que hoje também desenvolve estudos para as demais bacias hidrográficas da cidade.

A Diretoria de Obras Diretas inicia obras do programa Sanear Maricá ainda em 2021. O programa tem por objetivo prover infraestrutura urbana para famílias em situação de vulnerabilidade social, com obras mais curtas, de até seis meses, visando atender à população, de forma paralela à implantação gradual das obras do sistema de esgotamento municipal.

As obras previstas para as bacias municipais, são obras complexas, com prazos que variam de 20 a 30 meses para entrega do sistema como um todo. O objetivo do Programa Sanear Maricá é melhorar a qualidade de vida de grupos de 100 a 300

²⁵ A Sanemar, com o objetivo de embasar suas políticas públicas, executa contrato com a Unicamp para projetar a população por bairro em um horizonte de 20 anos à frente, o que possibilitará ao Município ter dados atualizados de sua população, frente à ausência de dados oficiais atualizados, já que o IBGE não efetuou o Censo em 2020. Outra função importante deste contrato é confirmar as metas estabelecidas no contrato de água da concessionária, já que os investimentos previstos pela Águas do Rio são feitos sobre a população projetada a futuro.

²⁶ ROCHA, R. C. C. **Impactos do COMPERJ sobre a região do Leste Fluminense**: análise do processo de expansão urbana de Maricá. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2011.

famílias, ao longo do território municipal, nos aglomerados subnormais da cidade. Inclusive, já se trabalha com a Águas do Rio neste momento, pactuando a viabilização de extensões de rede nestas comunidades, de forma prioritária.

Nestes termos, a Sanemar é o exemplo concreto de que o Município não pode ser afastado de sua atuação no que tange ao saneamento básico, bem como que o interesse local perpassa muitas variantes que não se imiscuem diretamente na Região Metropolitana, já que objetivam diretamente a melhoria de vida e a busca da dignidade da pessoa humana do munícipe.

5 CONCLUSÃO

O setor saneamento no Brasil passa, neste momento, por uma mudança em seu marco legal, que projeta no setor privado uma esperança para produzir o resultado tão almejado pela sociedade: a universalização do saneamento básico.

Ainda é cedo para tecer análise de resultados sobre essa nova dimensão dada ao setor, mas é possível afirmar que o Município segue sendo o ente mais afetado diretamente com a problemática da ausência de infraestrutura urbana e, por conseguinte, um dos atores principais que deve ocupar seu lugar na discussão das soluções dos problemas de saneamento básico.

A privatização do setor não deve significar a inoperância do ente municipal na questão. Ao contrário, em um horizonte de estabelecimento de um plano de investimento privado em saneamento, o Município deve atuar de forma cooperativa, investindo paralelamente, dialogando com o concessionário privado e direcionando os investimentos para a parcela da população mais vulnerável, que sofre de maneira mais grave a ausência de infraestrutura.

Experiências no âmbito local, como as implementadas pela Sanemar seguem sendo de vital importância para atingir de forma mais imediata o objetivo maior de melhorar os índices de cobertura de saneamento, já que é o Município o mais esclarecido quanto aos problemas que enfrenta no âmbito local.

Obviamente, a experiência da Sanemar, é particular. Geralmente o ente municipal é o mais esvaziado do ponto de vista do recurso financeiro. Maricá segue na contramão da maioria dos Municípios brasileiros, que sofrem com recursos escassos, tendo que priorizar investimentos imediatos em saúde pública, por exemplo.

É verdade que o Município de Maricá goza hoje de uma saúde financeira que permite o investimento em projetos de infraestrutura de longo prazo. Por outro lado, com ou sem grande vulto de recursos, é inegável que o envolvimento do Município na discussão das soluções de saneamento básico é o caminho mais curto para a universalização.

Apesar da sua recente trajetória (menos de três anos de criação) e das dificuldades enfrentadas em função da pandemia ao longo de sua existência, sobretudo na confecção de projetos longos e trabalhosos de infraestrutura, a Sanemar já colhe frutos importantes para afirmação do Município como ente fundamental no setor saneamento: o reconhecimento no nível estadual da competência e estrutura necessária para prover o saneamento no âmbito local.

Em um cenário nacional de privatização como solução única para o saneamento básico, a Sanemar aposta na capacidade do ente municipal em gerir os recursos necessários para garantir a universalização do saneamento básico em Maricá.

A autonomia municipal deve ser preservada, por força de mandamento constitucional, mas ao mesmo tempo se deve empreender um esforço de diálogo e trabalho conjunto com os atores de cunho regional, neste caso, metropolitano, e com a iniciativa privada, agora detentora da concessão dos serviços de saneamento na Região Metropolitana do Estado do Rio de Janeiro.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição Federal. 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: (...) III - a dignidade da pessoa humana.

BRASIL. Constituição Federal. Art. 21. Compete à União: (...) XX - instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos.

BRASIL. Constituição Federal. 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.

BRASIL. Constituição Federal. Art. 25. Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição. § 1º São reservadas aos Estados as competências que não lhes sejam vedadas por esta Constituição.

BRASIL. Constituição Federal. 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.

BRASIL. Constituição Federal. Art. 30. Compete aos Municípios: I - legislar sobre assuntos de interesse local; II - suplementar a legislação federal e a estadual no que couber.

BRASIL. Constituição Federal. Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

BRASIL. Lei nº 14.026, de 15 de julho de 2020 – Dispõe atualiza o marco legal do saneamento básico e altera a Lei nº 9.984, de 17 de julho de 2000, para atribuir à Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico (ANA) competência para editar normas de referência sobre o serviço de saneamento, a Lei nº 10.768, de 19 de novembro de 2003, para alterar o nome e as atribuições do cargo de Especialista em Recursos Hídricos, a Lei nº 11.107, de 6 de abril de 2005, para vedar a prestação por contrato de programa dos serviços públicos de que trata o art. 175 da Constituição Federal, a Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007, para aprimorar as condições estruturais do saneamento básico no País, a Lei nº 12.305, de 2 de agosto de 2010, para tratar dos prazos para a disposição final ambientalmente adequada dos rejeitos, a Lei nº 13.089, de 12 de janeiro de 2015 (Estatuto da Metrópole), para estender seu âmbito de aplicação às microrregiões, e a Lei nº 13.529, de 4 de dezembro de 2017, para autorizar a União a participar de fundo com a finalidade exclusiva de financiar serviços técnicos especializados.

DAL POZZO, Augusto Neves, coordenação. **O Novo Marco Regulatório do Saneamento Básico**. 1ª ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020.

FRANCISCO, Papa. Carta enc. **LAUDATO SI' (24 de maio de 2015)**, 30. Disponível em: https://www.vatican.va/content/francesco/pt/encyclicals/documents/papa-francesco_20150524_enciclica-laudato-si.html.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Parecer elaborado sobre minuta de anteprojeto de Lei de Saneamento Básico**, 2005. Disponível em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/download/516/509>. Acesso em: 08 nov. 2021.

MARICÁ. **Lei Municipal Complementar nº 183, de 22 de junho de 2009**, alterada pela Municipal Complementar 190, de 25 de setembro de 2009.

ONU. Assembleia Geral. **Resolução A/RES/64/292, de 28 de julho de 2010**. The human right to water and sanitation. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wpcontent/uploads/2015/10/agenda2030-pt-br.pdf>.

RIO DE JANEIRO. CDRM. **Resolução CD nº 10, de julho de 2021** – Posterga parcialmente a delegação sobre saneamento básico ao Município de Maricá.

RIO DE JANEIRO. Lei **Complementar nº 184 de 27 de dezembro de 2018** - Dispõe sobre a Região Metropolitana do Rio de Janeiro, sua composição, organização e gestão, define as funções públicas e serviços de interesse comum, cria a autoridade executiva da Região Metropolitana do Rio de Janeiro e dá outras providências.

RIO DE JANEIRO. Secretaria de Estado da Casa Civil. Instituto Rio Metrópole. Termo de Cooperação Técnica nº 21580737, **DOERJ**, 02 set. 2021 – Criação do Escritório de Projetos do IRM no Município de Maricá. Disponível em: <https://www.marica.rj.gov.br/2021/08/26/prefeitura-assina-convenio-com-estado-para-desenvolvimento-de-projetos-para-a-regiao-metropolitana/>.

ROCHA, R. C. C. **A redistribuição espacial da população de Maricá: uma abordagem a partir da mobilidade e da urbanização**. Dissertação (Doutorado) – Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2017.

ROCHA, R. C. C. **Impactos do COMPERJ sobre a região do Leste Fluminense: análise do processo de expansão urbana de Maricá**. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2011.

STF, ADI nº 7963/ES, **DJ** 1998.

STF, ADI nº 1841/RJ, Rel. Min. Carlos Velloso, **DJ** 20.9.2002.

INTERVENÇÃO REGULATÓRIA E FEDERAÇÃO

André R. C. Fontes*

A intervenção do Estado na economia, como um todo único e interconexo, tal como chegam a aclarar os estudiosos, é, atualmente, definida com certo grau de precisão e tomada como ponto de partida para a fisiologia da moldura estatal contemporânea. O tema ocupa o lugar central das categorias da Economia Política e pode-se, sem dúvida, afirmar que é o centro de gravidade da explicação da riqueza no Estado moderno. Reduzida ao mais consequente dos espíritos e resultante de uma magnitude sensível, a perspectiva intervencionista não tolera arbitrariedades nas formas de produção e serve como marco entre a miséria e a riqueza de um povo.

Está preparado o terreno para uma nova concepção de mundo. É uma necessidade amadurecida, como testemunha da riqueza de uma nação, mas não sem amargar um prolongado e difícil desenvolvimento, que percorre toda história humana. Ao seu próprio tempo, o peso da atividade econômica no destino de um país permitiu sistematizar todo o conjunto de conhecimentos acumulados pela humanidade, durante anos, e dar perfeita conta da necessidade de abandonar os pensamentos e opiniões, os apetites e as paixões mutáveis dos indivíduos e de examinar as causas que têm fundamentos visíveis na natureza econômica. De conformidade com cada espírito de época, brotaram correntes, variadas e muitas vezes opostas, no pensamento econômico e na Economia Política. Para se determinar o conteúdo da atividade estatal, fez-se necessário ter presente que, de acordo com o desenvolvimento da civilização e concomitantemente com a mudança das necessidades sociais, que exigem uma satisfação disseminada e adequada, coube ao Estado determinados fins, que variam no espaço e no tempo.

O pensamento da liberdade não se limitou a impulsionar a economia. Em verdade, ele realizou uma revolução em todas as esferas do conhecimento. O estudo de pensadores sobre os países e o bem-estar dos povos serviu-lhes de método de análise integral das relações sociais, e sobre essa base retiraram as devidas conclusões políticas. Importa assinalar se, realmente, dessas teorias se demonstraria certa ordem no completo caos, no espaço e no tempo, antes das medidas estatais. Foi no estudo profundo da Economia e da Política que se ofereceu novo e abundante material para o movimento intervencionista.

Por outro lado, não bastava apenas conhecer as leis gerais, esmiuçadas em análises teóricas, para compreender-se porque um regime econômico devia ser

* Desembargador do Tribunal Regional Federal da 2ª Região (Rio de Janeiro e Espírito Santo).

substituído por outro. De todas as relações travadas em um país, as relações econômicas ocupam o primeiro lugar. Seja porque as relações da sociedade em geral e as relações econômicas são inseparáveis e indissociáveis, seja porque, sem estudá-las, não é possível encontrar a resposta para a questão de como chegar ao *optimum* da ação intervencionista estatal, em prol do bem comum.

O desejo de tornar o mundo melhor exigiu a substituição de uma economia antiquada e desordenada, por uma nova ordem econômica que, por amor à verdade, resultasse no impulso científico de toda a organização. A forma arcaica e imperfeita foi oposta ao sentido de que se reconhece mais consistente e preciso para regularizar os fenômenos determinantes da economia, de modo a descortinar toda a desordem encoberta por aparências de certeza, que chegava mesmo a firmar verdadeiros paradoxos, incompatíveis com a mais idealizada economia.

A possibilidade de se estabelecer o princípio da participação coercitiva do Estado na circulação mercantil, na produção industrial, no fluxo do transporte, na condução das comunicações, na ideia de quantidade e qualidade da produção nacional fica distante do acaso e passa a estar sujeita aos influxos da ação estatal. A liberdade da empresa e a economia de mercado estariam, de forma consciente, orientadas para a correção de distorções que atentassem contra a soberania nacional, a função social da propriedade e a defesa do consumo, mediante imposições administrativas (art. 170 da Constituição da República). A ideia de um instrumento de intervenção que desnudasse qualquer visão ingênua da ordem da produção e penetrasse nos inacessíveis espaços internos da estrutura econômica e dos agentes econômicos é que conduziu à perspectiva regulatória da economia.

Os atributos da regulação e seu mecanismo de interferência junto aos agentes econômicos fazem com que ela se separe das demais formas de intervenção do Estado na economia e preserve seu caráter essencial e universal. Houve nas intervenções estatais na economia a redução das formas existentes a espécies próprias, que conservam seus traços e peculiaridades, essenciais para compreensão de cada uma. No quadro de existência das formas de intervenção do Estado na economia encontramos, ao lado da (i) intervenção regulatória, (ii) a intervenção concorrencial, (iii) a que traduz um monopólio do próprio Estado - as intervenções monopolistas, como é o caso da indústria nuclear no Brasil - e (iv) aquele grupo de intervenções destinado a punir abusos econômicos, praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular (ar. 173, § 5º, da Constituição da República) ou na aplicação do imposto sobre propriedade urbana não-edificada ou subutilizada (art. 182, § 4º, da Constituição), que consubstancia a intervenção sancionatória.

Somente em meados do Século XX, amadureceram as premissas para o surgimento de uma concepção básica e unificada de regulação. A liberdade econômica

provocou o aparecimento de economias fortes, o que levou ao surgimento daquilo que se cunhou de *grandes potências*, como a Inglaterra, a França, a Alemanha e, em especial, os Estados Unidos da América.

Todas as tentativas de criar uma teoria universal acabada estavam de antemão condenadas ao fracasso. Com o passar dos anos, as teorias extinguiram-se com o término das épocas que lhes deram vida, passando à história juntamente com os agentes econômicos, cujos interesses expressavam. Só as ideias que refletiam mais profundamente a realidade de cada povo, de cada país, é que permaneceram na memória do pensamento social da humanidade. E são essas que foram assimiladas pelas novas teorias, que expressam os imperativos da prática.

Os dados obtidos pela experiência dos povos confirmam e autorizam a assertiva, apoiada nos fatos mais visíveis das mais diversificadas nações, que a regulação é inerente à economia de cada país, de modo que ela não constitui uma forma de infirmá-la ou limitá-la. A regulação não é estranha a nenhuma economia livre e concretamente identificada. A palavra “intervenção” para a locução “intervenção regulatória” deve ser entendida como forma de realizar a própria economia. Em nenhum momento, a intervenção regulatória pode residir na ideia de que seria estranha ou um obstáculo ao normal funcionamento da economia, como seriam, por exemplo, o planejamento econômico ou mesmo o retorno a uma ideia de Estado-patrimonial, no qual tudo que tivesse expressão econômica seria titularizado pela própria entidade estatal, como a atividade agrícola, a pecuária, a indústria e tudo mais.

A dinâmica dos fenômenos regulatórios e o seu reflexo nos conceitos e categorias da ciência econômica exigem uma certa distinção, que a prática evidencia: o Estado moderno, que, tão cioso de tutelar os direitos fundamentais, não permite retirar conclusões ou mesmo recomendações que se adiantem à realidade econômica e ao sistema de liberdade de empreender e competir. A fase que se reputaria mais clássica do Estado volta-se ao antagonismo entre a democracia e as formas de limitação da liberdade humana. Coube ao Estado estruturar-se para avançar em direção aos mais mezinhos influxos democráticos e na formação dos ideais que cada instituição democrática pudesse gerar. Dessa forma, desdobrou-se o Estado, por meio de sua ordenação, para a realização do homem e de seus ideais. O desenrolar dessa nova modalidade de condução do Estado amputou dele a capacidade de extrair do contexto vivo e da vasta escala de fenômenos de raiz econômica a aptidão para lidar com o movimento econômico e suas exigências.

Se alguém se propuser a interpretar e estudar os mais díspares objetos econômicos, com discernimento, ficaria esmagado perante a infinita diversidade de fatos isolados e casuais que em nada ou muito pouco auxiliam a compreensão do panorama geral. A importância de descobrir, dentre todo o conjunto de relações gerais,

aquelas que são essenciais e necessárias, só se faz possível por meio da análise técnica de instituições reguladoras. Quando se estuda, a fundo, qualquer esfera de conhecimento do mundo que nos rodeia, constata-se no seu desenvolvimento uma certa ordenação, uma sequência, uma sistematização, uma regularidade. Esse fenômeno também se apresenta no estudo do Estado moderno, que necessita de específicas instituições para que se conheça qualquer esfera da realidade, em estreita ligação objetiva com a economia. Um Estado, como um todo único, que determine e regule a tendência do desenvolvimento da economia, estaria fadado ao insucesso. Ao se decomporem, os Estados formam as instituições, com autoridade e independência, que melhor conduzirão as profundas e complexas interligações que existam entre a economia e a administração pública: as entidades reguladoras independentes.

Nenhuma teoria poderia dar respostas a todas as questões e prever antecipadamente a multiplicidade de incidência da vida. Nenhuma ideia se transforma em força material, sem ser compreendida e assimilada. Nenhuma teoria pode surgir e tornar-se realidade sem refletir o surgimento e o desenvolvimento de objetos e fenômenos. Nenhuma soma simples das partes chegará a um objeto acabado, sem as rodas e espirais de seu funcionamento. Não advirão as condições para o desenvolvimento sem a iniciativa de pessoas, sem a sua atividade, sem a sua capacidade de compreender e escolher o que é mais favorável a realizar.

O Estado brasileiro formou-se com abundância de tensos e complexos acontecimentos, em volume tal, que põem em situação difícil qualquer historiador que intente escrever um ensaio histórico relativamente breve. A experiência deste trabalho é a exata medida dessa dificuldade. No desejo de relatar os acontecimentos, mas sem a necessária ordem cronológica de exposição, abandonamos, neste texto, a exatidão dos casos, para explicar a evolução do fenômeno que se pretende destacar.

Os melhores representantes das muitas gerações de nosso país consagraram a vida na luta pelo ideal democrático. Mas a só aparição da democracia como consenso da vontade do povo não foi suficiente. Desde o princípio, amadurecemos a ideia de que toda premissa objetiva de democracia só merecia triunfar se ela se traduzisse em descentralização. A descentralização democrática no Brasil significa descentralização política. No vasto território da nossa República, é a Federação, historicamente, a mais basilar forma de democratização por descentralização, a descentralização política.

Toda essa questão nos leva a afirmar que a estrutura federativa é norteadada pela democracia. E tal dedução prescinde de uma teoria sutil. Outra forma de assinalar esse papel desempenhado pela democracia na federação é a de que essa combinação também não existe como uma peculiaridade de nosso país. Todo governo enfrenta um dilema entre, de um lado, a necessidade de concentrar atividades e recursos na realização de objetivos considerados importantes para a nação e, de outro, a

necessidade de atender interesses mais específicos, de caráter regional ou local. A compatibilidade, sempre relativa, entre essas duas funções depende, basicamente, do grau do desenvolvimento do país e do amadurecimento político do seu povo.

A experiência federativa não é tão difundida como se sabe. A coesão do povo, integrado por leis comuns a todo território nacional e por leis peculiares a certas áreas geográficas, de forma a encontrar um edifício de muitos andares, cada um com direção própria, pressupõe a presença de particularidades socioculturais e sociopolíticas, que refletem o grau de consciência social e política de um povo, um povo de vida democrática. E se o número de nações determinadas pela precisa demarcação de função, forma, método e trabalho, que a federação assinala é bem menor do que se poderia imaginar, em termos abstratos, é porque a vida democrática é pouco diversificada. Ao mesmo tempo, a própria formação política e a estrutura real do poder dependem da distribuição da população e dos recursos econômicos, que transformam, com frequência, as estruturas federais em estados unitários. A concentração de poderes no executivo moderno, na prática, acaba por fortalecer o caráter unitário do país. Esse é, certamente, o caso das federações existentes nas Américas abaixo do Rio Grande. Verifica-se, contudo, que a permanência do equilíbrio federal não depende, apenas, de equilíbrios econômicos regionais, mas, também, de características ligadas à formação política de cada nação.

Se o esquema de Estado federativo constituiu algo sem paralelo em nosso país, é porque as forças descentralizadoras, diferenciadas e fragmentadas de poder, existentes desde a colonização do Brasil, projetaram-se no novo país e fizeram prevalecer seus espíritos mais enraizados na história e na geografia. No imenso território do Brasil, os poderes autônomos locais se firmaram na vida política brasileira, se não pelo seu processo histórico, talvez pela sua geografia invulgar, já que, ao tempo da sua independência, era o maior Estado do Ocidente. Se há uma hierarquia de conceitos e de ideias, a conduzir pesquisas empíricas e teorias particulares, é de se considerar que toda ciência se assenta sempre em determinados valores fundamentais, que constituem a pedra angular de cada ramo concreto do saber.

A Federação brasileira brotou da práxis e da realidade e seguiu estritamente ligada à consciência habitual, para que o processo de auto crescimento do País se tornasse um verdadeiro enigma. As capitanias gerais, em que o Brasil foi dividido para efeitos de administração, governavam-se com ampla autonomia, correspondendo-se, cada uma delas, diretamente com a Corte de Lisboa. Um sentimento local acentuado formou-se e fortaleceu-se, ao ponto dessas antigas capitanias se transformarem em províncias, com as mesmas divisas da Colônia. A convocação de Dom Pedro I pela Corte de Lisboa, que provocou a enérgica reação do príncipe que optou por ficar no Brasil, foi precedida pela fragmentação da

Administração do Estado do Brasil, que deveria, por meio de cada capitania, relacionar-se diretamente com Portugal. O fortalecimento político de D. Pedro I foi duramente combatido pelas Cortes de Lisboa que, em 24 de abril de 1821, declararam independentes do Rio de Janeiro os governos provinciais do Brasil, os quais ficariam sujeitos, única e imediatamente, à administração portuguesa. Essa determinação de Portugal desorganizava, por completo, a administração do país, transformando-o em um grupo de governos desvinculados da capital, de modo a enfraquecer a autoridade de D. Pedro I. Seria ele reduzido a um simples governador do Rio de Janeiro e das províncias do Sul, e não receberia das demais unidades as rendas que passariam a seguir diretamente para Lisboa. A unidade expressa na atitude do Príncipe Regente nem por isso deixou arrefecer o sentimento local das províncias e de nelas se sentir necessidade de governos subalternos, dotados de poderes suficientes para resolver os mais variados problemas locais.

A Constituição Política do Império do Brasil, de 25 de março de 1824, declarava, em seu art. 2º, que o território do Império seria dividido em províncias, que nada mais eram do que reproduções das capitanias então existentes. As províncias foram subordinadas ao poder central, por meio do seu presidente, escolhido e nomeado pelo Imperador, pondo fim a uma liberdade que respondia às condições econômicas, sociais e políticas que era realidade desde a colonização do país. Sob as ruínas de uma relação centralizada, de um Estado fadado à extinção, o Império não logrou êxito em desalojar as diferentes estruturas estamentais e sociais assentadas nas províncias. Os historiadores retratam um império unitário, mas, na verdade, a fiel reprodução da realidade administrativa da época evidencia o que se poderia chamar de um império de províncias.

O principal programa republicano era a Federação. O paradigma era o exemplo dos Estados Unidos da América. Com a ressalva de que a Constituição do Império dava caráter federativo à incorporação da Província Cisplatina (art. 2ª da Constituição imperial), o fato é que estava centralizada a administração do País, de modo que a simples nomeação de um professor de uma faculdade dependia da Corte. Uma especial referência aos municípios se faz necessária: desde os primórdios da colonização, os municípios tiveram administração própria, suprimida por ocasião do Império.

A glorificação e idealização de federação centrípeta, na qual Estados separados buscam a união e a integração, tornou-se lugar-comum do ideal federativo. A federação é reputada perfeita se se apresentasse mediante a união de Estados soberanos. São exemplos os Estados Unidos da América e a Suíça. Os esforços dos que tentam fazer da Federação brasileira um reflexo do que se passa na grande República do Norte passa por uma negação história originária para a forma centrífuga, na qual os estados gozam de autonomia antes centralizada, e distribuída para as novas unidades internas. Esse fato contribui para a falsa ideia de que os problemas

federativos encontrariam sua razão de ser na junção de estados soberanos, que se tornaram autônomos. Os problemas da Federação estão concentrados, fundamentalmente, na (a) repartição de atribuições entre a União e os Estados, (b) na discriminação das rendas tributárias, (c) nos conflitos entre Estados ou entre eles e a União, e (d) na intervenção federal nos Estados.

Países se aglutinaram e se formaram como Federações, mas nem por isso deixaram de suprimir a autonomia das divisões internas. Assim ocorreu com a extinta Iugoslávia, que se formou, voluntariamente, ou também na extinta União das Repúblicas Socialistas Soviéticas, que reuniu, por via militar, antigas repúblicas. O argumento de que o Socialismo impediria a exata formação da estrutura federal é contraditado pelo fato de que os Países Baixos se juntaram em um só Estado, e esse acontecimento não impediu que o país fosse um Estado unitário. A Itália, de um grupo de países, firmou-se como estado unitário, embora sob a forma regional. Por outro lado, a Bélgica, a Áustria, o Canadá a Austrália, com suas histórias peculiares, puderam ser agrupadas como o Brasil, na forma centrípoda, e mesmo assim tornaram-se modelos de federações.

Outros exemplos históricos podem ser acolhidos. A Argentina, que se formou Federação era, por ocasião da Guerra do Paraguai, uma confederação, conquanto tenha se formado a partir da unidade do Vice-Reino do Prata, que era uma unidade. Seria o exemplo de movimento centrípodo-centrípedo-centrípedo? Tanganica e Zanzibar uniram-se para formar a Tanzânia, mas o novo Estado não incorporou a ideia de Federação.

O território da Luisiana, adquirido pelos Estados Unidos da América, foi fracionado em vários Estados; o Texas, por sua vez, foi separado do México e incorporado aos Estados Unidos da América, que se formou através da reunião de vários Estados. Também os territórios adquiridos do México, mais a oeste dos Estados Unidos, foram divididos formalmente, como um tabuleiro de xadrez. Seriam eles mais autônomos do que as partes da Federação belga, na qual, língua, costumes e tradições, pouco se misturam, ao lado da capacidade de editar leis, apenas porque é o Reino da Bélgica uma Federação centrípoda? Os departamentos bolivianos que lutam pela autonomia seriam menos federados que os estados da grande democracia do Norte, onde a crescente ampliação dos poderes implícitos federais consome as autonomias estaduais? A recente divisão política da República da África do Sul torna centrípoda a federação que um dia foi centrípoda, pela união dos estados racistas de Orange, Transvaal, Natal e Província do Cabo?

As mentes mais iluminadas da humanidade sempre compreenderam a realidade de um país segundo um quadro de ordem ideal. É reflexo dessa assertiva a insuficiência dos fatores centrípodo-centrípedos nas relações e conhecimentos das concepções

federativas. Não obstante essas conclusões, o terreno para a concepção de Estado federativo é vasto. E é uma necessidade, que bem expressa os imperativos da vida em sociedade, enunciar as grandes questões a serem respondidas pelos estudiosos.

O conhecimento científico da Federação é inseparável da evolução histórica do regime ao qual se deve sua formação e denominação nos tempos atuais: a Federação dos Estados Unidos da América. Qualquer formação diversa daquela desenvolvida pela República norte-americana pareceria primitiva ao ideal clássico, mesmo que estejam os Estados Unidos repletos de exemplos de inexplicáveis contradições, ante aos que se viam impotentes de contemplação direta. Como se as variações, com todos os acontecimentos inspirados pelas exigências locais de territórios afeitos à vida independente, de origem variada (inglesa, nas treze colônias originais, espanhola na Flórida, francesa na Luisiana, russa no Alasca, mexicana no Texas), pudessem dar a informação exata do que é uma verdadeira federação.

É na Constituição de cada país que deságua a base para as soluções de problemas tão complexos e espinhosos. Em um Estado genuinamente federal, é necessário o equilíbrio político entre as partes, ou seja, descentralizações políticas entre os Estados e entre eles e a União. O mecanismo fundamental dessa estrutura é a Constituição da República. Introduzida como mecanismo fundamental da engenharia federativa, a Constituição, na sua forma rígida, inibe a União de tolher as competências dos Estados, como exigência de preservação da mais elementar concepção federativa. A Federação brasileira, em seu aperfeiçoamento, regula as relações entre as partes de sua estrutura e assegura a unidade nacional, ao fixar, rigidamente, as competências das entidades políticas que a compõem. Tendo em conta a vocação regulatória do projeto econômico do país, como força motora do desenvolvimento, foram melhoradas por diversas emendas constitucionais as formas de atitudes que o Estado brasileiro haveria de tomar, diante das mudanças e dos conflitos, especialmente ligados ao afastamento da Administração Pública da atividade econômica.

Foi com a oposição à ideia de que a economia nacional seria coisa pública e que o Estado seria agente econômico que a *res publica* econômica deixa de existir. Procedeu-se à alienação das empresas paraestatais e ergueu-se a ideia de que o Estado passaria a ser intervencionista. A passagem do Estado-agente econômico para o Estado-intervencionista obedeceu a uma radical mudança na economia, pela venda dos ativos empresariais, que, sinteticamente, chama-se *despublicatio*. Porém, foi com o vocábulo “privatização” que o povo brasileiro conheceu e testemunhou a mais extraordinária mudança da economia nacional, em tempos atuais.

A Constituição, escrita e rígida, é fundamental para que o projeto federativo tenha êxito no Brasil, e foi por meio da edição de emendas ao seu texto que se deu a introdução de todo o sistema interventivo regulatório. Está na Constituição a resposta

aos conceitos e a generalização da intervenção regulatória. É que as partes e o todo da Federação brasileira estão vinculados à Constituição, e somente ela poderia ampliar a competência da União Federal, dos Estados e Municípios, na delimitação de competências normativas, que redundam na intervenção da economia e na mais exata determinação de uma estrutura federativa. Sem uma resposta constitucional, não teríamos como vincular todos os agentes econômicos às competências normativas dos entes federados, de modo a que todos, na complexidade de uma estrutura interna de instituições independentes, pudessem implementar a intervenção regulatória por autoridades independentes.

A necessária constitucionalização da intervenção regulatória e de seus órgãos em nosso país é resultante de um sistema rígido de órgãos de competência normativa, de estrutura federal. É que não socorreria aos agentes uma cláusula geral de liberdade econômica, pois ela, sabidamente, sempre foi limitada pela lei. Apesar do aparente contraste entre liberdade econômica na Constituição e possibilidade de lei para a restrição dessa liberdade, encontramos na própria Constituição da República a conciliação entre os dois temas: a ideia de que o exercício da atividade econômica é dependente de lei.

A definição confirmada de que a regulação encontra previsão constitucional para a afirmação federativa e não para criar uma nova espécie de relação entre a liberdade econômica e a lei está assentada na tendência objetiva de o Estado ter sempre criado formas de restrição da atividade econômica, sem necessidade de alteração do texto constitucional.

A formação do regime regulatório, no Brasil, na fase ascendente do ciclo privatista, a fim de assegurar o desenvolvimento coordenado do capital privado, não encontraria óbice em uma legislação ordinária. O concurso de leis para assegurar a ordem na economia do país tradicionalmente serviu, mesmo nas leis mais restritivas, ao estímulo e ao fomento da produção e do desenvolvimento. O Estado brasileiro, invariavelmente, procurou intensificar a atividade econômica, envolvida quase sempre na espontaneidade do mercado e na sua competitividade, de modo a que a regulação seria apenas uma forma de aproveitamento das potencialidades industriais, agrícolas e da movimentação comercial, de modo a assegurar um ritmo estável de aumento da produção. Ao eliminar os antagonismos que o desenvolvimento e a produção intensa provocam, a regulação econômica consubstancia uma maneira de afirmar a ordem econômica, de realizá-la, de cumprir as necessidades dos agentes econômicos, de fazer avançar a sociedade, de promover a expansão do consumo e o bem-estar geral da população. Se se propõe assegurar o bem-estar e o atendimento do consumo esperado por todos, a regulação está a dar crédito a uma sociedade ordinariamente ávida por leis que a regulem e que assegurem o benefício máximo que possam obter com a ação das entidades reguladoras.

A essência da regulação constitucionalizada é a de alcançar as competências das entidades federadas. Pois a atividade das autoridades de regulação adquire particular envergadura no curso da sua atuação, de modo que a competência dos Estados e Municípios, Distrito Federal e da própria União Federal deixa de existir, na sua feição originária, e passa a ser mais flexível e variada, pela ação das entidades reguladoras.

A experiência de mais de uma década de regulação econômica gera, em nosso país, uma pressão crescente na competência das unidades da Federação e dos Municípios. A variedade de assuntos objeto de regulação permite às entidades reguladoras acentuar, cada vez mais, uma tendência unificadora da atividade econômica nacional, em detrimento dos entes federativos e das suas competências rigidamente estabelecidas na Constituição. A ampliação dos temas regulados propugna o afiançamento da ordenação econômica, mas desbasta a projeção das competências das entidades políticas e agride a sua penosa situação, especialmente os Estados e Municípios, já depauperados no exercício do pouco de competência que, de fato, podem exercer.

A experiência tem mostrado que as decisões dos Tribunais Superiores têm preterido a competência dos Municípios em matéria urbanística, sob o argumento de se tratar de matéria regulada, como é o caso do uso de postes de eletricidades em áreas urbanas, ou mesmo a disciplina do gás pelos Estados, por conta da edição de normas editadas pelas entidades reguladoras.

Seria ingênuo supor que a criação das entidades reguladoras não afetaria as competências dos Estados e Municípios. Por outro lado, a regulação, de fato, atinge e transforma todos os aspectos da vida econômica do país. A possibilidade de um caminho pacífico não deve ser considerada como algo absoluto, nem como renúncia à conquista federativa das competências. Deve-se ter presente, entretanto, que só dispondo de mecanismos constitucionais o exercício das atividades das entidades reguladoras seria possível, já que é esse o único meio de restringir, de modo dinâmico e flexível, as competências das entidades políticas de nosso país.

O DIREITO AOS SERVIÇOS DE SANEAMENTO BÁSICO E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Benedito Gonçalves*

Janaina Gomes Aguiar Cascão*

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo demonstrar a evolução da regulamentação dos serviços de saneamento básico no Brasil, com enfoque na necessidade de sua universalização para a efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana. Perpassa pela crise sanitária mundial decorrente da pandemia da Covid 19, a qual influenciou a aprovação da Lei n. 14.026, de 15 de julho de 2020. Mencionará, ainda, as principais alterações advindas da novel legislação, com ênfase na ação direta de inconstitucionalidade ADI n. 6.492, de Relatoria do eminente Ministro Luiz Fux.

Palavras-chave: Serviços Saneamento Básico. Universalização. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Novo Marco Legal - Lei n. 14.026/2020. ADI n. 6.492. Ministro Luiz Fux.

SUMÁRIO: 1 Introdução 2 Da evolução da regulamentação dos serviços de saneamento básico no Brasil 3 Do novo marco legal do saneamento básico: Lei n. 14.026, de 15 de julho de 2020 4 Da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.492/DF, de relatoria do eminente Ministro Luiz Fux. 5 Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

Há muito se discute a respeito dos graves problemas de acesso ao saneamento básico no Brasil e sobre a necessidade de uniformização da regulamentação deste setor, com o intuito de universalizá-lo.

* Formado em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Especialista em Direito Processual Civil pela UNB/CJF e mestre em Direito pela Universidade Estácio de Sá. Iniciou carreira na magistratura como Juiz Federal em Santa Maria/RS. Foi Desembargador Federal do Tribunal Regional Eleitoral, da 2ª Região (TRF2). Ministro do Superior Tribunal de Justiça (STJ) desde 2008. Atualmente, integra a Corte Especial, a Primeira Seção e a Primeira Turma. É Ministro do Superior Tribunal Superior Eleitoral (TSE), membro do Conselho Superior da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (Enfam) e Direito da Revista do STJ.

* Formada em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (UniCEUB). Especialista em Ordem Jurídica e Ministério Público pela FESMDFT e especialista em Direito Público pela Funcesi. Analista Processual do Ministério Público da União (MPU). Atua como assistente no Gabinete do Ministro do STJ Benedito Gonçalves desde 2013.

Nesse contexto, a inexistência de normativos adequados, com previsibilidade e segurança jurídica, é apontada como um dos fatores que inviabilizou os investimentos necessários à efetiva universalização dos serviços de saneamento básico no país.

As discussões legislativas acerca da necessidade de alterações nesse setor desencadearam nas Medidas Provisórias n. 844/2018 e n. 868/2018, que perderam a sua eficácia por decurso de prazo; e nos Projetos de Lei n. 3.261/2019 e n. 4.162/2019.

Em 2020, a crise sanitária mundial decorrente da pandemia da Covid-19 influenciou a aprovação do referido PL n. 4.162/2019, o qual foi convertido na Lei n. 14.026/2020, de 15 de julho de 2020, a qual institui o novo marco do saneamento básico no país.

A novel legislação visa a implementação de medidas no setor de saneamento básico, a fim de promover a universalização do acesso a esses serviços, os quais são essenciais à promoção dos direitos fundamentais à vida e à saúde da população e, consequentemente, à efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana.

Para tanto, atribuiu à Agência Nacional de Águas (ANA), agora denominada Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico, a competência de editar normas de referência com o escopo de homogeneizar a regulamentação do setor, respeitadas as peculiaridades de cada região brasileira, para conferir maior segurança jurídica, transparência e previsibilidade, de modo a atrair as empresas privadas, considerando a necessidade de investimentos de grande monta e a longo prazo nessa área.

A despeito do exíguo tempo que se encontra em vigor no mundo jurídico¹, alguns dispositivos da Lei n. 14.026/2020 já foram objeto de impugnação por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade: ADI n. 6.492/DF, proposta pelo Partido Democrático Trabalhista – PDT, distribuída a Relatoria do ilustre Ministro Luiz Fux.

O mérito da referida ADI ainda não foi apreciado, e promete importantes discussões e reflexões, haja vista tratar-se de serviços de grande relevância para proporcionar a existência digna da população.

2 DA EVOLUÇÃO DA REGULAMENTAÇÃO DOS SERVIÇOS DE SANEAMENTO BÁSICO NO BRASIL

O acelerado crescimento urbano, a partir do século XX, ensejou inúmeras mudanças socioeconômicas e territoriais, em razão da expansão desordenada das cidades.

¹ A Lei n. 14.026/2020 entrou em vigor em 16 de julho de 2020.

Tal fato também ocasionou a irregular edificação das moradias e a necessidade de acesso aos serviços em questão, a fim de conferir vida digna à população.²

Inicialmente, o serviço público de saneamento básico foi prestado no país por companhias estrangeiras. A partir da década de 1950, o capital estrangeiro foi afastado em virtude de não ter logrado êxito em estender a rede de saneamento a uma parcela significativa da população.³

Na década de 1960, durante o regime militar, o saneamento básico tornou-se prioridade, a fim de promover a sua universalização. Nesse período, foi instituído o Banco Nacional de Habitação (BNH), responsável pela gestão do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS).⁴

Em 1971, foi instituído o Plano Nacional de Água e Saneamento (PLANASA), fundado na centralização dos serviços de saneamento básico em âmbito estadual, com objetivo de promover a infraestrutura e a ampliação das redes.⁵

Em 11 de maio de 1978, foi editada a Lei n. 6.528, regulamentada pelo Decreto n. 82.587/1978, a qual dispôs sobre as tarifas dos serviços públicos de saneamento básico e as condições de operação dos serviços públicos de saneamento básico integrados ao PLANASA.

Os recursos do PLANASA eram repassados aos estados que estabelecessem um Fundo de Águas e Esgotos e criassem, mediante lei estadual, suas próprias companhias de saneamento, as quais poderiam, mediante a concessão do serviço, e sob o regime tarifário estabelecido pela Lei n. 6.528/1978 e pelo Decreto n. 82.587/1978, operar em regime de monopólio nos municípios, desde que obtivessem a respectiva concessão.⁶

Em 1986 o PLANASA foi interrompido, em razão da ausência de planejamento adequado, a despeito do sucesso quanto ao abastecimento de água potável – sucesso parcial em relação ao modelo institucional de companhias estaduais

² SALGADO, Antonio Luiz Nunes; SANTOS, Juliana Janine Trovão. Direitos fundamentais e acesso à água potável e ao esgotamento sanitário. **Revista Magister de Direito Ambiental e Urbanístico**, n. 79, p. 73-89, ago./set. 2018. p. 74.

³ BUSTAMANTE, Maria Magalhães de. Ensaio sobre o Estado da Arte da Regulação do Setor de Saneamento Básico. **Revista Magister de Direito Ambiental e Urbanístico**, n. 67, p. 59-80, ago./set. 2016. p. 64.

⁴ FURLAN, Valéria. Principais aspectos do novo Marco do Saneamento Básico: Lei Ordinária 14.026, de 16 de julho de 2020. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 1022, ano 109, p. 23-38, dez. 2020. p. 26.

⁵ BUSTAMANTE, *op. cit.*, p. 64.

⁶ FURLAN, Valéria. Principais aspectos do novo Marco do Saneamento Básico: Lei Ordinária 14.026, de 16 de julho de 2020. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 1022, ano 109, p. 23-38, dez. 2020. p. 26.

de saneamento – e insucesso no tocante ao tratamento de esgotos, saneamento rural e fundos de água e esgoto.⁷

Com a Constituição Federal de 1988, os estados e os municípios assumem o protagonismo na gestão e implementação dos sistemas de água e esgotamento no país. Antes, a política de saneamento era centralizada pela União através do PLANASA.⁸

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu a competência da União para instituir diretrizes ao saneamento básico⁹, previu a competência privativa da União para legislar sobre águas¹⁰ e fixou a competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para promover programas de saneamento básico¹¹.

Instituiu, ainda, a competência concorrente da União, dos Estados e do Distrito Federal para legislar sobre a defesa do solo e dos recursos naturais, proteção ao meio ambiente e controle da poluição¹², bem como a respeito da proteção e defesa da saúde¹³.

Estabeleceu, por fim, a competência do Sistema Único de Saúde (SUS) para participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico¹⁴.

A CF/88 atribuiu aos municípios a competência de legislar sobre assuntos de interesse local, organizar e prestar, diretamente ou sob o regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, nos termos do art. 30, incisos I e V¹⁵.

A década de 1990 foi marcada por privatizações em vários setores.

A Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, dispôs sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previstos no art. 175, da CF/88, possibilitando a realização de contratos de concessão-convênio, através dos

⁷ *Ibid.*, p. 27.

⁸ ASSED, Gustavo Ferreira; ASSED, Carolina Ferreira. A teoria dos leilões e o novo marco regulatório do saneamento básico brasileiro. **Revista Videre**, Dourados, v. 13, n. 27, p. 78-97, maio/ago. 2021. p. 81.

⁹ Art. 21, XX, da CF/88.

¹⁰ Art. 22, IV, da CF/88.

¹¹ Art. 23, IX, da CF/88.

¹² Art. 24, VI, da CF/88.

¹³ Art. 24, XII, da CF/88.

¹⁴ Art. 200, IV, da CF/88.

¹⁵ A propósito, vide: BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.454/PR**. § 3º do art. 210-A da constituição do paraná, acrescentado pela emenda constitucional n. 24/2008. Exigência de serem prestados os serviços locais de saneamento e abastecimento de água por pessoa jurídica de direito público ou sociedade de economia mista sob controle acionário e administrativo do estado ou do município. Invasão da competência do município para legislar sobre assuntos de Interesse Local: Saneamento Básico. Incs. I e V do art. 30 da Constituição da República. Ação Direta julgada Procedente. Requerente: Partido Humanista da Solidariedade – PHS. Interessado: Assembleia Legislativa do Estado do Paraná. Relatora: Min. Cármen Lúcia, 25 de agosto de 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=3943782>. Acesso em: 21 out. 2021.

quais os municípios concediam às companhias estaduais a prestação dos serviços públicos de saneamento.¹⁶

A Lei n. 9.984, de 17 de julho de 2000, instituiu a Agência Nacional de Águas (ANA), como entidade federal de implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos e de coordenação do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos.

Em 2003, foi criado o Ministério das Cidades, com o objetivo de fortalecimento do papel da União na coordenação de políticas públicas urbanas, vinculada a este Ministério foi criada a Secretaria Nacional de Saneamento Ambiental (SNSA), com o escopo de promover políticas públicas para a universalização do abastecimento de água potável e do esgotamento sanitário.

A Lei n. 11.445, de 5 de janeiro 2007, regulamentada pelo Decreto n. 7.217/2010, revogou a Lei n. 6.528/1978, e institui o marco regulatório do saneamento básico, com o objetivo de promover a reestruturação regulatória do setor, priorizando a atuação municipal diante da diversidade regional do Brasil.

A referida Lei estabeleceu as diretrizes nacionais para o saneamento básico, cujos princípios fundamentais são a universalização do acesso, o abastecimento de água, o esgoto sanitário, a limpeza urbana e a utilização de resíduos sólidos realizados de forma adequada à saúde pública e ao meio ambiente.

A Lei n. 12.305, de 2 de agosto de 2010, instituiu a Política Nacional de Resíduos Sólidos, regulamentada pelo Decreto n. 7.404/2010, a qual traça ações à atividade política e administrativa não focada na punição, mas na evolução da sociedade em busca da melhor alternativa¹⁷.

A Lei n. 12.862, de 17 de setembro de 2013, alterou a Lei n. 11.445/2007, com o intuito de incentivar a economia no consumo de água.¹⁸

Em 2014, foi criado o Plano Nacional de Saneamento Básico (PLANSAB), a fim de estabelecer um conjunto de diretrizes, metas e ações para o alcance de níveis crescentes dos serviços de saneamento básico e sua universalização.

¹⁶ FURLAN, Valéria. Principais aspectos do novo Marco do Saneamento Básico: Lei Ordinária 14.026, de 16 de julho de 2020. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 1022, ano 109, p. 23-38, dez. 2020. p. 27.

¹⁷ LIMBERGER, Têmis; LEDUR, Mariana Leão. Saneamento: política pública preventiva em saúde coletiva. **Revista Interesse Público** – IP, Belo Horizonte, ano 14, n. 76, p. 203-221, nov./dez., 2012. p. 212-213.

¹⁸ Com a inclusão do inciso XIII no art. 2º, do inciso XII no art. 48 e dos incisos XI e XII no art. 49 da Lei n. 11.445/2007.

Em 2016, as Leis 13.308¹⁹, 13.312²⁰ e 13.329²¹ implementaram novas alterações na Lei n. 11.445/2007, determinando, respectivamente, a manutenção preventiva das redes de drenagem pluvial, a obrigatoriedade de medição individualizada do consumo hídrico nas novas edificações condominiais e a criação do Regime Especial de Incentivos para o Desenvolvimento do Saneamento Básico (REISB).

Em 2018, foi apresentada a proposta de emenda à Constituição n. 4, de autoria do Senador Jorge Viana, com o propósito de inserir o acesso à água potável no rol dos direitos fundamentais [chamada de “PEC da água potável”]. Alguns doutrinadores sugerem a inclusão, também, do saneamento básico.²²

Houve importante retomada do investimento público com a implementação dos Programas de Aceleração do Crescimento (PACs). A partir de então, começaram vários debates e discussões sobre a temática acerca do papel da iniciativa privada no setor.²³

Apesar das alterações legislativas acima mencionadas, a Lei n. 11.445/2007 não conseguiu alcançar a universalização dos serviços de saneamento básico, notadamente a respeito da cobertura de domicílios por rede coletora de esgoto e por coleta e destinação adequada do lixo.

Tanto que houve significativa redução do investimento anual por habitante urbano em água e esgoto e um considerável aumento populacional do país. De modo que, atualmente, mais de 40 milhões de brasileiros não tem acesso à água de qualidade e quase 104 milhões sem esgoto tratado adequadamente.²⁴

¹⁹ Com a alteração da redação do inciso IV do art. 2º, a alínea d do inciso I do art. 3º, e o inciso I do § 1º do art. 52, todos da Lei n. 11.445/2007.

²⁰ Com a inclusão do § 3º ao art. 29 da Lei n. 11.445/2007.

²¹ Com a inclusão dos arts. 54-A, 54-B e 54-C à Lei n. 11.445/2007. O REISB foi criado com o objetivo de estimular a pessoa jurídica prestadora de serviços públicos de saneamento básico a aumentar seu volume de investimentos, por meio da concessão de créditos relativos à contribuição para o Programa de Integração Social (PIS) e para o Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público (PASEP) e à Contribuição para Financiamento da Seguridade Social (COFINS).

²² SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna; VIEIRA, Patrícia Albuquerque. O direito à água e ao saneamento básico: interlocuções com o garantismo de Luigi Ferrajoli. **Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v. 18, n. 40, p. 385-409, jan./abr. 2021. p. 394-395. Disponível em: <http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/1899>. Acesso em: 8 out. 2021.

²³ ASSED, Gustavo Ferreira; ASSED, Carolina Ferreira. A teoria dos leilões e o novo marco regulatório do saneamento básico brasileiro. **Revista Videre**, Dourados, v. 13, n. 27, p. 78-97, mai./ago., 2021. p. 82.

²⁴ FURLAN, Valéria. Principais aspectos do novo Marco do Saneamento Básico: Lei Ordinária 14.026, de 16 de julho de 2020. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 1022, ano 109, p. 23-38, dez. 2020. p. 28.

A falta de regulação adequada é um dos fatores que comprometem a prestação universal e efetiva dos serviços de saneamento básico, repercutindo negativamente na qualidade e nos preços desses serviços.

Nesse contexto, em 2018, foi proposta a Medida Provisória n. 844 com a finalidade de atualizar o marco legal do saneamento básico e alterar a Lei n. 9.984/2000 para atribuir à ANA a competência para editar normas de referência nacionais sobre o serviço de saneamento; a Lei n. 10.768/2003, para alterar as atribuições do cargo de Especialista em Recursos Hídricos; e a Lei n. 11.445/2007, para aprimorar as condições estruturais do saneamento básico no país.

Entretanto, a MP n. 844/2018 perdeu sua vigência. Em seguida, seu conteúdo foi reeditado na MP n. 868/2018, com a inclusão de alteração da Lei n. 13.529/2017, para autorizar a União a participar de fundo com a finalidade exclusiva de financiar serviços técnicos especializados. A MP n. 868/2018 foi convertida no Projeto de Lei n. 3.261/2019, de autoria do Senador Tasso Jereissati, o qual foi arquivado em face da aprovação em Plenário do Projeto de Lei n. 4.162/2019.

O Projeto de Lei n. 4.162/2019, de autoria da Câmara dos Deputados, além das alterações acima contidas na MP n. 868/2018, previu alterações na Lei n. 11.107/2005 para vedar a prestação por contrato de programa dos serviços públicos de que trata o art. 175 da CF/88; na Lei n. 12.305/2010, para tratar dos prazos para a disposição final ambientalmente adequada dos rejeitos; e na Lei n. 13.089/2015 (Estatuto da Metrópole), para estender seu âmbito de aplicação às microrregiões.

A discussão acerca da necessidade de regulamentação da matéria e da universalização dos serviços de saneamento básico no país ganhou força diante da crise sanitária mundial ocasionada pela pandemia da Covid-19, notadamente, em virtude do grande número de comunidades carentes sem acesso à água potável e ao esgotamento sanitário.

Além disso, muito embora o principal meio de contágio da Covid-19 seja pelo ar, há estudos que apontam a possibilidade de transmissão do vírus através da água de esgotos não tratados.²⁵

Nesse contexto, em 15 de julho de 2020, o Presidente da República sancionou, com vetos, o referido PL 4.162/2019, o qual foi convertido na Lei n. 14.026/2020, a qual instituiu o novo marco do saneamento básico no Brasil.

²⁵ SION, Alexandre Oheb. Necessidade de investimentos em infraestrutura para universalização do saneamento básico no combate a pandemias: uma análise do enfrentamento à Covid-19 à luz do novo marco legal do saneamento básico. **Revista Ciências Jurídicas e Sociais**, IURJ, v. 1, nº 1, p. 116-122, 2020. p. 117.

3 DO NOVO MARCO LEGAL DO SANEAMENTO BÁSICO: Lei n. 14.026, de 15 de julho de 2020

A Lei n. 14.026, de 15 de julho de 2020, instituiu o novo marco legal do saneamento básico no país.

A novel legislação atualizou o marco legal do setor e promoveu alterações na Lei n. 9.984/2000, para atribuir à ANA competência para editar normas de referência sobre serviço de saneamento; na Lei n. 10.768/2003, para alterar o nome e as atribuições do cargo de Especialista em Recursos Hídricos; na Lei n. 11.107/2005, para vedar a prestação por contrato de programa dos serviços públicos de que trata o art. 175 da CF/88; na Lei n. 11.445/2007, para aprimorar as condições estruturais do saneamento básico no país; na Lei n. 12.305/2010, para tratar dos prazos para a disposição final ambientalmente adequada dos rejeitos; na Lei n. 13.089/2015 (Estatuto da Metrópole), para estender seu âmbito de aplicação a microrregiões; e na Lei n. 13.529/2017, para autorizar a União a participar de fundo com a finalidade exclusiva de financiar serviços técnicos especializados.

O art. 3º, I, da Lei n. 11.445/2007, com a redação conferida pela Lei n. 14.026/2020, reforça o conceito amplo do saneamento básico ao prever que este será constituído pelo conjunto de serviços públicos, infraestruturas e instalações operacionais de abastecimento de água potável, esgotamento sanitário, limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos, drenagem e manejo de águas pluviais urbanas.

O novo marco legal do saneamento é pautado nos princípios²⁶ da universalização²⁷, da integralidade e integração dos serviços²⁸, da regionalização²⁹, da adequação (qualidade) do serviço público³⁰, da seleção competitiva do prestador de

²⁶ ARAÚJO, Florivaldo Dutra de; FAJARDO, Gabriel Ribeiro. Novo Marco Legal do saneamento básico: aspectos administrativos, ambientais, regulatórios e tributários. In: FORTINI, Cristiana *et al.* **Os princípios no novo Marco Legal do Saneamento Básico**. 1. ed. São Paulo: D'Plácido, 2021. p. 26-42.

²⁷ Arts. 3º, III e VII, 11, V, 11-B, § 1º, 2º, 3º, 5º, 7º e 9º, 13 e 29, todos da Lei n. 11.445/2007, com redação dada pela Lei n. 14.026/2020.

²⁸ Arts. 2º, II, VI, XII e XVI, e 3º, I, da Lei n. 11.445/2007, com redação dada pela Lei n. 14.026/2020.

²⁹ Arts. 2º, XIV, 3º, VI, *a, b e c*, e 52, § 3º, da Lei n. 11.445/2007, com redação dada pela Lei n. 14.026/2020.

³⁰ Art. 2º, III, IV, VIII, XI e XIII, da Lei n. 11.445/2007, com redação dada pela Lei n. 14.026/2020.

serviços³¹, da eficiência³², da sustentabilidade econômica³³, da transparência³⁴ e do controle social³⁵.

O art. 2º, I, da Lei n. 11.445/2007, com redação conferida pela Lei n. 14.026/2020, prevê o princípio da universalização do acesso e a efetiva prestação dos serviços públicos de saneamento básico, os quais estão diretamente relacionados ao princípio da dignidade da pessoa humana, na medida em que viabilizam a existência digna à população.

Nesse quadro, ressalta-se que a Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU) inseriu, por meio da Resolução n. 64/292, de 28 de julho de 2010, o direito à água e ao saneamento básico no rol dos direitos humanos, por força da essencialidade destes para uma existência digna.³⁶

Além da efetividade na consecução do serviço, a novel legislação previu metas e cronograma de universalização dos serviços, conforme preconizado em seu art. 11. Já o art. 11-B prevê que essas metas garantam o atendimento de 99% (noventa e nove por cento) da população com água potável e 90% (noventa por cento) da população com coleta e tratamento de esgoto 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. O art. 11-B, § 1º, prevê, ainda, que os contratos vigentes que não possuam tais metas terão até 31 de março de 2022 para incluí-las³⁷.

Os arts. 3º, VIII, e 29 da Lei n. 11.445/2007, com redação conferida pela Lei n. 14.026/2020, dispõem sobre a instituição de subsídios, a fim de contribuir para a universalização do acesso aos serviços públicos de saneamento básico por parte de população de baixa renda.

O novo marco regulatório também é pautado no princípio da regionalização dos serviços, inserido no art. 2º, XIV, da Lei n. 11.445/2007, pela Lei n. 14.026/2020, o qual proporciona o atendimento dos serviços em voga a vários municípios, mesmo aos menos

³¹ Art. 2º, XV, da Lei n. 11.445/2007, com redação dada pela Lei n. 14.026/2020.

³² Art. 2º, VII, VIII, XII e XIII, da Lei n. 11.445/2007, com redação dada pela Lei n. 14.026/2020.

³³ Art. 2º, VII, da Lei n. 11.445/2007.

³⁴ Arts. 2º, IX, 11, § 3º, 21, 27 e 53, § 1º, 3º, da Lei n. 11.445/2007.

³⁵ Arts. 2º, X, e 3º, IV, 9º, V, 11, § 2º, V, e 47, da Lei n. 11.445/2007.

³⁶ UNITED NATIONS ORGANIZATION. **Resolution 64/292**. The human right to water and sanitation. General Assembly, New York, 2010. Disponível em: <http://undocs.org/en/A/RES/64/292>. Acesso em: 16 out. 2021.

³⁷ ARAÚJO, Florivaldo Dutra de; FAJARDO, Gabriel Ribeiro. Novo Marco Legal do saneamento básico: aspectos administrativos, ambientais, regulatórios e tributários. In: FORTINI, Cristiana *et al.* **Os princípios no novo Marco Legal do Saneamento Básico**. 1 ed. São Paulo: D'Plácido, 2021. p. 28.

lucrativos, mediante a compensação econômico-financeira com os municípios maiores, ensejando, com isso, a gradativa efetivação do princípio da universalização.

Nesse diapasão, o art. 8º da Lei n. 11.445/2007, com redação conferida pela Lei n. 14.026/2020, passou a prever como titulares dos serviços de saneamento básico os municípios e o Distrito Federal, na hipótese de interesse local, e a estrutura de governança interfederativa instituída nos termos do § 3º do art. 25 da Constituição, na hipótese de interesse comum.

Destaca-se, ainda, que as espécies de regionalização não exigem que os municípios sejam limítrofes para a sua formação. Isso deve-se à ideia de “subsídio cruzado”, por meio do qual o prestador consegue compensar municípios deficitários com outros superavitários.³⁸

O princípio da sustentabilidade econômica previsto no art. 2º, II, da Lei n. 11.445/2007, com redação conferida pela Lei n. 14.026/2020, também é de relevante importância para a efetiva universalização dos serviços de saneamento, na medida em que estes demandam planejamento suficiente para que as ações hoje empreendidas não tenham viés imediatista, considerando também as necessidades futuras, em razão da essencialidade dos serviços em voga e do alto custo dos investimentos para a sua implementação e execução.³⁹

Sob esse lume, sobreleva mencionar que a exposição de motivos do PL 4.162/2019, que culminou na Lei n. 14.026/2020, enfatiza a necessidade de altos investimentos para alcançar a universalização do acesso a esses serviços, motivo pelo qual é importante a parceria do Governo Federal com a iniciativa privada, com apoio dos estados e municípios, a fim de garantir o acesso à vida digna por meio de tais serviços à população brasileira.

A Lei n. 11.445/2007, em observância ao mandamento constitucional, facultou aos municípios regularem diretamente os serviços de saneamento básico ou delegar a regulação desse setor.

Tal fato ensejou uma grande variedade de regras regulatórias, o que constituiu obstáculo ao desenvolvimento do setor e à universalização dos serviços, devido à baixa capacidade regulatória de alguns dos titulares do serviço e dos custos

³⁸ ARAÚJO, Florivaldo Dutra de; FAJARDO, Gabriel Ribeiro. Novo Marco Legal do saneamento básico: aspectos administrativos, ambientais, regulatórios e tributários. In: FORTINI, Cristiana *et al.* **Os princípios no novo Marco Legal do Saneamento Básico**. 1 ed. São Paulo: D'Plácido, 2021. p. 34.

³⁹ A propósito, é imperioso asseverar que os arts. 10 da Lei n. 11.445/2007 e 13, § 8º, da Lei n. 11.107, de 6 de abril de 2005, ambos com as alterações conferidas pela Lei n. 14.026/2020, vedaram a formalização de novos contratos de programa para a prestação dos serviços públicos de saneamento básico.

de transação relevantes aos prestadores públicos e privados que trabalham para diferentes titulares.⁴⁰

Por outro lado, a ausência de uniformização regulatória entre os Entes Federados, os Planejamentos Urbanísticos e os Planos de Saneamento, somado ao grande vulto de investimento que os serviços de saneamento básico envolvem, ensejaram profunda discussão acerca da necessidade de unificação legislativa a respeito do tema, a fim de promover maior diálogo entre os agentes do setor para supri-lo, considerando que grande parte da população carece de seu acesso efetivo, o que compromete, sobremaneira, a dignidade da pessoa humana.

Diante disso, o art. 25-A da Lei n. 11.445/2007, com a nova redação conferida pela Lei n. 14.026/2020, passou a prever que a ANA instituirá normas de referência (normas quadro reguladoras) para a regulação da prestação dos serviços públicos de saneamento básico por seus titulares e suas entidades reguladoras e fiscalizadoras, observada a legislação federal pertinente, com o escopo de melhorar a qualidade das normas regulatórias e uniformizar a sua regulamentação em âmbito nacional.

Nesse contexto, ressalta-se que a ANA poderá aproveitar a experiência e o trabalho realizados pelas agências subnacionais para a elaboração das normas de referência, porquanto muitas são por estas aplicadas de forma bem-sucedidas, devendo levar em consideração as diversidades regionais e a necessidade de definir parâmetros locais.⁴¹

Para alcançar o objetivo de universalização do acesso estima-se ser necessária a atração de investimentos no montante de R\$ 373 bilhões, conforme apontamentos do Plano Nacional de Saneamento Básico⁴².

Dentre os objetivos das normas de referência estão previstos os deveres de promover a prestação adequada dos serviços, estimular a livre concorrência, a competitividade, a eficiência, a sustentabilidade econômica na prestação dos serviços e a cooperação entre os entes federativos, com vistas à prestação, à contratação e à regulação dos serviços de forma adequada e eficiente para buscar a universalização do setor e a modicidade tarifária⁴³.

⁴⁰ A exposição de motivos ressalta que: “Doze anos após a edição da Lei n. 11.445, de 2007, o país continua convivendo com um arranjo institucional de 49 agências reguladoras responsáveis pela regulação de 2.906 municípios dos 5.570 existentes, ou seja, 48% dos municípios não possuem nenhum tipo de regulação e num ambiente em que cada município pode ter a sua agência reguladora.” (grifo do autor)

⁴¹ OLIVEIRA, Carlos Roberto de *et al.* **Novo marco do saneamento básico no Brasil**. Indaiatuba-SP: Editora Foco, 2021. p. 42-45.

⁴² GUZELA, Rafaella Peçanha. Normas de referência para o setor de saneamento: um exame conceitual. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 19, n. 74, p. 187-206, abr./jun. 2021. p. 188.

⁴³ *Ibid.*, p. 189-190.

Sob esse prisma, destaca-se que o Decreto n 10.588, de 24 de dezembro de 2020, prevê que a efetiva observância às normas de referência possibilita o acesso aos recursos públicos federais. Por outro lado, na hipótese de não aderência às normas de referência, a lei não traz punição, mas prevê que não será conferido tal incentivo, de modo a fomentar o setor privado, sem impedir a livre iniciativa.

Dessa forma, observa-se que as inovações e alterações realizadas pelo novo marco regulatório do saneamento básico são bem relevantes para homogeneizar a regulamentação do setor, respeitadas as peculiaridades de cada região brasileira, a fim de conferir maior segurança jurídica, transparência e previsibilidade, de modo a atrair as empresas privadas ao setor, haja vista a necessidade de investimentos de grande monta e a longo prazo nessa área para, com isso, propiciar a efetiva universalização dos serviços e, por conseguinte, viabilizar vida digna à população.

4 DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 6.492/DF, DE RELATORIA DO EMINENTE MINISTRO LUIZ FUX

Apesar do exíguo tempo que se encontra em vigor no mundo jurídico, o Partido Democrático Trabalhista – PDT ajuizou ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, objetivando impugnar os seguintes artigos da Lei n. 14.026/2020: a) art. 3º, na parte em que acrescentou o art. 4º-A, § 1º, I, II e III, à Lei n. 9.984/2000; b) art. 5º, na parte em que alterou o art. 1º, *caput* e I, da Lei n. 10.768/2003; c) art. 7º, nas partes em que acrescentou os arts. 10-A e 53-A, *caput*, e alterou os arts. 17, § 3º, 22, III e IV, 29, *caput*, I, II, III e §§ 2º, 3º e 4º, 35, *caput*, II, IV e V e §§ 1º e 2º, 44, *caput* e § 1º, e 45, *caput* e § 4º, todos da Lei n. 11.445/2007; d) art. 11, na parte em que alterou o art. 54, *caput*, I, II, III e IV, da Lei n. 12.305/2010, e; e) arts. 13, *caput*, V, VI e § 2º, 14, *caput* e §§ 1º e 2º, e 18, *caput*.

Como parâmetro de controle, foram indicados como violados os artigos 3º, III e IV, 21, XX, 23, IX, 29, *caput*, 30, I e V, 37, *caput* e XXI, 165, § 7º, 170, VII, e 241 da CF/88 e o art. 113 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT).

O PDT alega a possibilidade de criação de monopólio do setor privado nos serviços de fornecimento de água e esgoto sanitário, em prejuízo à universalização do acesso aos serviços públicos de saneamento básico e à modicidade das tarifas, diante da incompatibilidade da necessidade de lucro das empresas privadas com a vulnerabilidade social da população das áreas mais carentes.

Aduz ofensa ao princípio federativo, em virtude da regulamentação tarifária e da padronização dos instrumentos negociais pela ANA, além do aumento de despesa com a ampliação dos quadros desta Agência e a criação do Comitê Interministerial de Saneamento Básico (CISB), sem o acompanhamento de estimativas de impacto fiscal e financeiro.

Sustenta, ainda, o risco ao sistema de subsídio cruzado, em que os municípios superavitários compensam os deficitários, além de enfraquecimento das empresas estaduais que atuam no setor com a extinção abrupta dos contratos de programa firmados sem uma fase de transição, ensejando prejuízo a essas empresas, tendo em vista a impossibilidade de amortização gradual dos investimentos já realizados.

A ADI n. 6.492/DF foi distribuída à Relatoria do ilustre Ministro Luiz Fux, que, em decisão proferida em 3 de agosto de 2020, publicada no DJe em 5 de agosto de 2020, indeferiu o pedido liminar, ao argumento de ausência dos pressupostos para o seu deferimento.

Na oportunidade, em um juízo perfunctório, afastou o perigo de dano, ao fundamento de necessidade de imediata atuação do poder público para conferir o acesso da população a esses serviços, diante da precariedade sanitária do país. Consignou que “a manutenção do *status quo* perpetua a violação à dignidade de milhares de brasileiros e a fruição de diversos direitos fundamentais.”⁴⁴

Além disso, enfatizou que a novel legislação prevê um cronograma de implementação das medidas propostas, cujos prazos dilargados afastam o *periculum in mora*.

De outro lado, o Min. Luiz Fux afastou a probabilidade do direito, haja vista a impossibilidade de a Federação servir de empecilho para a não realização dos serviços básicos à dignidade da população, ressaltando que o Plenário da excelsa Corte já destacou que a Federação atual exige a gestão compartilhada entre os entes com o escopo de promover direitos e eficiência estatal.

Asseverou, ainda, que especialistas propõem a ampliação da participação do setor privado no serviço em voga, bem como o fortalecimento dos entes reguladores e o desenvolvimento institucional dos prestadores públicos.

Alfim, frisou a urgência de políticas voltadas a sanar a situação de grande gravidade do setor, o que afasta a concessão da cautelar. Além de que os compromissos regulatórios assumidos, em princípio, não parecerem ofender a Carta

⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.492/DF**. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade. Direito administrativo. Artigos 3º, 5º, 7º, 11, 13, 14 e 18 da Lei Federal 14.026/2020. Novo marco legal do saneamento básico. Alegada ofensa aos artigos 3º, III e IV; 21, XX; 23, IX; 29, caput; 30, I e V; 37, caput e XXI; 165, § 7º; 170, VII; e 241 da Constituição Federal e ao artigo 113 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias - ADCT. [...]. Requerente: Partido Democrático Trabalhista – PDT. Interessado: Presidente da República. Relator: Min. Luís Fux, 5 de agosto de 2020. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22ADI%206492%22&base=decisoese&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true. Acesso em: 21 out. 2021.

Magna, mas promove o acesso a condições mínimas de dignidade como água potável e tratamento de esgoto.

Em 19 de agosto de 2020, a Advocacia Geral da União apresentou informações no sentido de observância da Lei n. 14.026/2020 aos princípios constitucionais e seu escopo de viabilizar melhores condições de saneamento básico à toda sociedade, inclusive, aos municípios mais carentes.

Em 5 de outubro de 2020, a ADI n. 6.536 foi apensada à ADI n. 6.492.

Em 19 de novembro de 2020, o Ministério do Desenvolvimento Regional – MDR apresentou memorial com argumentos técnicos contrários às referidas ADIs e favoráveis à Lei n. 14.026/2020, pugnando pela improcedência daquelas.⁴⁵

Na oportunidade, o MDR apresentou dados do Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento com estudo detalhado a respeito da situação da prestação dos serviços de saneamento básico em todos os estados brasileiros e no Distrito Federal, o qual demonstra que a prestação dos sobreditos serviços está dividida da seguinte forma: 1,4% por empresas públicas; 0,1% por organizações sociais; 2,9% por empresas privadas; 9,3% por autarquias; 17,4% por administração pública direta; e 68,9% por companhias estaduais, cujo grau de endividamento corresponde a 89,2%.

Em 13 de maio de 2021, o Ministério Público Federal, em parecer de lavra do ilustre Procurador Geral da República, Augusto Aras, opinou pelo não conhecimento da ação direta, ou, alternativamente, pelo seu conhecimento parcial e, nessa extensão, pela improcedência dos pedidos.

Em 14 de setembro de 2021, a ADI n. 6.882 também foi apensada à ADI n. 6.492, e admitido o Partido Novo, na qualidade de *amicus curiae*.

O julgamento do mérito da ADI n. 6.492 encontra-se previsto para o dia 24/11/2021, ocasião em que os demais Ministros da Suprema Corte se manifestarão a respeito do tema, apresentando argumentos jurídicos acerca da constitucionalidade, ou não, dos dispositivos da Lei n. 14.026/2020 ora questionados.

A princípio, o Supremo Tribunal Federal sinalizou pela constitucionalidade do novo marco regulatório. É certo, contudo, que sob um juízo superficial, inerente às medidas cautelares.

⁴⁵ Na ocasião, o MDR ressaltou que: “os principais pilares presentes na Lei n.º 14.026/20 revelam-se constitucionais pois permitem: a concorrência entre os diversos prestadores do setor independente da natureza jurídica, visando a entrada de novos investimentos; a uniformização regulatória e segurança jurídica com atribuição à ANA de edição das Normas de Referência Regulatórias, a Constituição do Comitê Interministerial de Saneamento Básico - Cisb para articular com os diversos órgãos federais atuantes no setor e assegurar uma focalização dos investimentos federais em Saneamento; a prestação dos serviços de forma regionalizada; o fortalecimento da contratualização e o estabelecimento de metas de universalização a serem atingidas.”

O julgamento do mérito da referida ADI promete relevantes discussões e reflexões, por cuidar de serviços de grande relevância para proporcionar a existência digna para toda a sociedade.

5 CONCLUSÃO

Os serviços de saneamento básico estão diretamente relacionados à viabilização dos direitos fundamentais à vida e à saúde e, por conseguinte, à realização do princípio da dignidade da pessoa humana.

Tal fato amplia a relevância jurídica, social, política e econômica do setor, e demanda a implementação de políticas públicas com o propósito de garantir a universalização do acesso efetivo a esses serviços.

A discussão sobre a necessidade de regulamentação da matéria e a universalização dos serviços de saneamento básico no país foi potencializada, sobretudo em face do quadro sanitário agravado pela pandemia mundial da Covid-19, a qual impulsionou a aprovação do novo marco regulatório do saneamento básico, por meio da edição da Lei n. 14.026, de 15 de julho de 2020.

A novel legislação promoveu relevantes atualizações e alterações no setor, a exemplo da atribuição à ANA da competência para editar normas de referência, com o escopo de homogeneizar a regulamentação do setor, respeitadas as peculiaridades de cada região brasileira para conferir maior segurança jurídica, transparência e previsibilidade, de modo a atrair as empresas privadas, considerando a necessidade de investimentos de grande monta e a longo prazo nessa área.

Todavia, para alcançar seu objetivo, são necessárias não somente a implementação de políticas público e sanitárias, com o diálogo efetivo entre todos os agentes participantes do setor, mas, também, a mudança de postura da população com relação ao uso adequado e racional da água.

A despeito das alegações aduzidas no bojo da ADI n. 6.492, acerca da suposta inconstitucionalidade de alguns dos dispositivos legais da Lei n. 14.026/2020, os apontamentos realizados pelo eminente Min. Luiz Fux no julgamento da medida cautelar, mesmo que em caráter preliminar, são de extrema relevância para a reflexão acerca da importância da efetivação dos serviços em apreço para viabilizar a existência digna da população.

REFERÊNCIAS

ASSED, Gustavo Ferreira; ASSED, Carolina Ferreira. A teoria dos leilões e o novo marco regulatório do saneamento básico brasileiro. **Revista Videre**, Dourados, v. 13, n. 27, p. 78-9, mai./ago. 2021.

BUSTAMANTE, Maria Magalhães de. Ensaio sobre o Estado da Arte da Regulação do Setor de Saneamento Básico. **Revista Magister de Direito Ambiental e Urbanístico**, n. 67, p. 59-80, ago./set. 2016.

BRASIL. **Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007**. Estabelece as diretrizes nacionais para o saneamento básico; cria o Comitê Interministerial de Saneamento Básico; altera as Leis nos 6.766, de 19 de dezembro de 1979, 8.666, de 21 de junho de 1993, e 8.987, de 13 de fevereiro de 1995; e revoga a Lei nº 6.528, de 11 de maio de 1978. (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020). Brasília-DF: Presidência da República. [2007]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/11445.htm. Acesso em: 22 out. 2021.

_____. **Lei nº 14.026, de 15 de julho de 2020**. Atualiza o marco legal do saneamento básico e altera a Lei nº 9.984, de 17 de julho de 2000, para atribuir à Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico (ANA) competência para editar normas de referência sobre o serviço de saneamento, a Lei nº 10.768, de 19 de novembro de 2003, para alterar o nome e as atribuições do cargo de Especialista em Recursos Hídricos, a Lei nº 11.107, de 6 de abril de 2005, para vedar a prestação por contrato de programa dos serviços públicos de que trata o art. 175 da Constituição Federal, a Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007, para aprimorar as condições estruturais do saneamento básico no País, a Lei nº 12.305, de 2 de agosto de 2010, para tratar dos prazos para a disposição final ambientalmente adequada dos rejeitos, a Lei nº 13.089, de 12 de janeiro de 2015 (Estatuto da Metrópole), para estender seu âmbito de aplicação às microrregiões, e a Lei nº 13.529, de 4 de dezembro de 2017, para autorizar a União a participar de fundo com a finalidade exclusiva de financiar serviços técnicos especializados. Brasília-DF: Presidência da República [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/14026.htm. Acesso em: 22 out. 2021.

_____. **Projeto de Lei nº 4162, de 2019**. Atualiza o marco legal do saneamento básico e altera a Lei nº 9.984, de 17 de julho de 2000, para atribuir à Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico (ANA) competência para editar normas de referência

sobre o serviço de saneamento; [...]. Brasília-DF: Câmara dos Deputados, [2019]. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8062567&ts=1630417584620&disposition=inline>. Acesso em: 21 out. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.492/DF**. Medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade. Direito administrativo. Artigos 3º, 5º, 7º, 11, 13, 14 e 18 da lei federal 14.026/2020. Novo marco legal do saneamento básico. Alegada ofensa aos artigos 3º, III e IV; 21, XX; 23, IX; 29, caput; 30, I e V; 37, caput e XXI; 165, § 7º; 170, VII; e 241 da Constituição Federal e ao artigo 113 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias - ADCT. [...]. Requerente: Partido Democrático Trabalhista – PDT. Interessado: Presidente da República. Relator: Min. Luiz Fux, 5 de agosto de 2020. Brasília: Supremo Tribunal Federal, [2020]. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22ADI%206492%22&base=decisoes&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true. Acesso em: 21 out. 2021.

_____. _____. (Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.454/PR**. § 3º do art. 210-A da constituição do paraná, acrescentado pela emenda constitucional n. 24/2008. Exigência de serem prestados os serviços locais de saneamento e abastecimento de água por pessoa jurídica de direito público ou sociedade de economia mista sob controle acionário e administrativo do estado ou do município. Invasão da competência do município para legislar sobre assuntos de Interesse Local: Saneamento Básico. Incs. I e V do art. 30 da Constituição da República. Ação Direta julgada Procedente. Requerente: Partido Humanista da Solidariedade – PHS. Interessado: Assembleia Legislativa do Estado do Paraná. Relatora: Min. Cármen Lúcia, 25 de agosto de 2020. Brasília: Supremo Tribunal Federal, [2020]. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=3943782>. Acesso em: 21 out. 2021.

FORTINI, Cristiana *et al.* **Os princípios no novo Marco Legal do Saneamento Básico**. 1. ed. São Paulo: D'Plácido, 2021.

FURLAN, Valéria. Principais aspectos do novo Marco do Saneamento Básico: Lei Ordinária 14.026, de 16 de julho de 2020. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 1022, ano 109, p. 23-38, dez. 2020.

GUZELA, Rafaella Peçanha. Normas de referência para o setor de saneamento: um exame conceitual. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 19, n. 74, p. 187-206, abr./jun. 2021.

LIMBERGER, Têmis; LEDUR, Mariana Leão. Saneamento: política pública preventiva em saúde coletiva. **Revista Interesse Público– IP**, Belo Horizonte, ano 14, n. 76, p. 203-221, nov./dez., 2012.

OLIVEIRA, Carlos Roberto de *et al.* **Novo marco do saneamento básico no Brasil**. Indaiatuba-SP: Editora Foco, 2021.

SALGADO, Antonio Luiz Nunes; SANTOS, Juliana Janine Trovão. Direitos fundamentais e acesso à água potável e ao esgotamento sanitário. **Revista Magister de Direito Ambiental e Urbanístico**, n. 79, p. 73-89, ago./set. 2018.

SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna; VIEIRA, Patrícia Albuquerque. O direito à água e ao saneamento básico: interlocuções com o garantismo de Luigi Ferrajoli. **Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v. 18, n. 40, p. 385-409, jan./abr. 2021. Disponível em: <http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/1899>. Acesso em: 8 out. 2021.

SION, Alexandre Oheb. Necessidade de investimentos em infraestrutura para universalização do saneamento básico no combate a pandemias: uma análise do enfrentamento à Covid-19 à luz do novo marco legal do saneamento básico. **Revista Ciências Jurídicas e Sociais, IURJ**, v. 1, nº 1, p. 116-122, 2020.

UNITED NATIONS ORGANIZATION. **Resolution 64/292**. The human right to water and sanitation. General Assembly, New York, 2010. Disponível em: <http://undocs.org/en/A/RES/64/292>. Acesso em: 16 out. 2021.

A ALIENAÇÃO DO CONTROLE ACIONÁRIO DE EMPRESAS ESTATAIS DE SANEAMENTO BÁSICO

Bernardo Santoro*

Douglas Estevam*

RESUMO: Trata-se de estudo sobre o art. 14, parágrafos, da Lei n.º 14.026, de 15 de julho de 2020. O objetivo do texto é analisar a legalidade da substituição de contratos de programa por contratos de concessão com empresas estatais prestadoras de serviços públicos de saneamento básico. Para tanto, o artigo lançará mão de pesquisa jurisprudencial, consulta legislativa, exame de documentos públicos e pesquisa doutrinária. O resultado da análise coligirá as premissas jurídicas que fundamentam a aplicação do dispositivo no novo Marco Legal do Saneamento Básico. Por conclusão, entender-se-á que a alienação do controle acionário deverá ser concomitante à concessão do serviço.

Palavras-chave: Licitação. Controle acionário. Empresas estatais. Contratos de programa. Contratos de concessão.

ABSTRACT: This is a study on Article 14, paragraphs, of Law No. 14,026 of July 15, 2020. The aim of the text is to analyze the legality of replacing program contracts with concession agreements with state-owned sanitation companies. To this end, it will be done jurisprudential research, legislative consultation, examination of public documents and doctrinal research. The result of the analysis shall collect the legal premises underlying the application of the New Legal Framework for Basic Sanitation's provision. By conclusion, it will be understood that the transfer of control must be done in concurrent with bidding of concession of public services.

Keywords: Bidding. Share control. State-owned companies. Program contracts. Concession agreements.

* Advogado, Presidente do Instituto Rio Metrópole, Mestre em Teoria e Filosofia do Direito no PPGD/UERJ.

* Advogado, Assessor da Diretoria de Planejamento e Projetos do Instituto Rio Metrópole, Mestrando em Direito da Cidade no PPGD/UERJ.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Formas de prestação dos serviços públicos de saneamento básico. 3 O art. 14 do Novo Marco Legal do Saneamento Básico. 4 Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

Dentre os fatores que compõem o Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) está a saúde¹, uma das dimensões fundamentais à medida das capacidades e das oportunidades necessárias ao bem-estar humano. Sabe-se, inclusive, que “cada R\$ 1,00 investido em saneamento gera economia de R\$ 4,00 na saúde”², razão por que sua infraestrutura é um dos serviços mais basilares a serem prestados pelo Poder Público.

Na esteira desse problema, o novo Marco Legal do Saneamento Básico, consubstanciado na Lei n.º 14.026, de 15 de julho de 2020, foi concebido para um único fim: propiciar a universalização dos serviços públicos de distribuição de água potável, além da coleta e do tratamento de esgoto à população brasileira. Isso porque, no Brasil, há 33.228.277 (trinta e três milhões, duzentos e vinte e oito mil, duzentos e setenta e sete) pessoas sem acesso à água potável e mais 93.730.492 (noventa e três milhões, setecentos e trinta mil, quatrocentos e noventa e duas) pessoas sem coleta de esgoto³.

À vista dessa situação desumana, foi editada uma série de mudanças em diversos diplomas legais, principalmente na Lei n.º 11.445, de 5 de janeiro de 2007, que estabelece as diretrizes nacionais para o saneamento básico. De todas essas modificações, a finalidade precípua está no seguinte dispositivo:

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).⁴

¹ PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO. **O que é IDH?** Disponível em: <https://www.br.undp.org/content/brazil/pt/home/idh0/conceitos.html>. Acesso em: 12 out. 2021.

² TRATA BRASIL. **Saneamento é saúde**. Disponível em: <http://www.tratabrasil.org.br/saneamento-e-saude>. Acesso em: 12 out. 2021.

³ PAINEL SANEAMENTO BRASIL. **Localidades**. Disponível em: <https://www.painelsaneamento.org.br/>. Acesso em: 12 out. 2021.

⁴ BRASIL. **Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007**. Estabelece as diretrizes nacionais para o saneamento básico; cria o Comitê Interministerial de Saneamento Básico; altera as Leis n.ºs 6.766, de 19 de dezembro de 1979, 8.666, de 21 de junho de 1993, e 8.987, de 13 de fevereiro

Ou seja, desde julho de 2020, foi dada a largada para que a federação brasileira conjugue, o quanto antes, todos os esforços necessários à viabilidade de infraestrutura de saneamento básico à população. O pontapé inicial foi dado pela União, conforme sua competência federativa para instituir diretrizes sobre saneamento básico, nos termos do art. 21, XX, da Constituição Federal.

Isto é, o ente nacional decidiu induzir o desenvolvimento da infraestrutura no setor por meio do novo Marco Legal do Saneamento Básico. Embora a todos os entes federativos interesse o escopo de alteração dessas normas, seus principais destinatários ainda são os titulares do serviço público, aqueles a quem o ordenamento jurídico imputa a atribuição de planejar, regular, fiscalizar e prestá-lo⁵.

Confirmando o entendimento doutrinário e jurisprudencial quanto à predominância do interesse local para a prestação do serviço público de saneamento básico, a lei definiu os Municípios e o Distrito Federal como seus titulares. E, na situação jurídica de interesse comum sobre a função pública, o Estado em conjunto com os Municípios:

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).⁶

Este último inciso necessita ser interpretado à luz da ADI 1.842/RJ, na qual foram reconhecidos o poder concedente e a titularidade do serviço ao “colegiado

de 1995; e revoga a Lei n.º 6.528, de 11 de maio de 1978 (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Lei/L11445.htm. Acesso em: 12 out. 2021.

⁵ COSTA, Eduardo Cunha da; LOUREIRO, Gustavo Kaercher. **O problema da titularidade dos serviços públicos de saneamento básico e os interesses federativos intermediários**. Rio de Janeiro: FGV, 2021. p. 6. Disponível em: <https://ceri.fgv.br/sites/default/files/publicacoes/2021-09/titularidade-dos-servicos-de-saneamento.pdf>. Acesso em: 12 out. 2021.

⁶ BRASIL. **Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007**. Estabelece as diretrizes nacionais para o saneamento básico; cria o Comitê Interministerial de Saneamento Básico e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Lei/L11445.htm. Acesso em: 12 out. 2021.

formado pelos municípios e pelo estado federado”⁷. Segundo o acórdão, algumas funções públicas, dado o interesse comum sobre elas, podem ser legalmente coordenadas e integradas em estruturas de governança interfederativa, no qual participem o Estado — quem organiza a unidade regional por lei complementar — e seus respectivos Municípios atingidos⁸.

Na decisão entre o princípio da predominância do interesse e a autonomia municipal, estabeleceu-se que o interesse público deixa de ser local e passa a ser metropolitano, quando tais serviços se tornem, de algum modo, dependentes, concorrentes ou confluentes entre si⁹. Contudo, a instituição da região metropolitana não pode, de nenhum modo, configurar transferência dessa titularidade ao Estado.

Portanto, na linha do dispositivo legal acima citado, em caso de regiões metropolitanas formalmente instituídas mediante lei complementar estadual, a titularidade dos serviços de saneamento básico — ou parcela deles — é atribuída à instância colegiada composta por tais entes federativos¹⁰. Ou seja, dentro da governança interfederativa de funções públicas de interesse comum, determinadas competências constitucionais só podem ser exercidas, em conjunto, pelos entes federativos no respectivo órgão deliberativo.

2 FORMAS DE PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS DE SANEAMENTO BÁSICO

Dentre as mudanças mais radicais do novo Marco Legal do Saneamento Básico, aquela que mais se faz sentir é a vedação aos titulares do serviço de estabelecerem contratos de programa com empresas estatais de outros entes da federação. Trata-se, por seu turno, de um instrumento jurídico no qual são constituídas

⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI n. 1.842**. Relator Min. Luiz Fux. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630026>. Acesso em: 12 out. 2021.

⁸ ESTEVAM, Douglas. O regime constitucional das regiões metropolitanas. **ConJur**, 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-out-12/estevam-regime-constitucional-regioes-metropolitanas>. Acesso em: 12 out. 2021.

⁹ ESTEVAM, Douglas. ADI 1.842 e as funções públicas de interesse comum: por que o Rio de Janeiro está na vanguarda das regiões metropolitanas? **JOTA**, 2021. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/adi-1-842-e-as-funcoes-publicas-de-interesse-comum-26092021>. Acesso em: 12 out. 2021.

¹⁰ ESTEVAM, Douglas; SANTORO, Bernardo. Regiões Metropolitanas e o novo Marco do Saneamento. In: AIETA, Vânia; FROTA, Leandro (Coord.). **Marco Regulatório do Saneamento Básico**: Lei nº 14.026/2020. Brasília: OAB Editora, 2021. p. 85-102. Disponível em: https://www.academia.edu/51500498/Regioes_Metropolitanas_e_o_Novo_Marco_do_Saneamento. Acesso em: 12 out. 2021.

e reguladas as obrigações entre entes federativos para a gestão associada do serviço público. Agora, nos termos lei, passou-se a dispor:

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).¹¹

Sua grande relevância reside no fato de que os Municípios, até então em sua grande maioria, constituíam gestão associada de serviços públicos de saneamento básico com os Estados por meio de convênios de cooperação, e delegavam sua prestação à respectiva companhia estadual por meio de contratos de programa¹². Em sentido contrário, o novo Marco Legal do Saneamento Básico parte do princípio de que a desestatização do serviço é a meta mais adequada à sua universalização¹³.

Nesse ínterim, os contratos existentes até a publicação do novo Marco Legal do Saneamento Básico poderão permanecer em vigor¹⁴ até o advento do seu termo contratual¹⁵, desde que comprovem a capacidade econômico-financeira para

¹¹ BRASIL. **Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007**. Estabelece as diretrizes nacionais para o saneamento básico e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Lei/L11445.htm. Acesso em 12 out. 2021.

¹² Cite-se, como exemplo, os contratos até então operados por CASAN, CEDAE, COPASA, CORSAN, SABESP e SANEPAR.

¹³ cf. CHERNAVSKY, Emilio. O infundado entusiasmo com a participação privada em infraestrutura. **Brazilian Journal of Political Economy**. 2021, v. 41, n. 3, p. 563-587. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/0101-31572021-3208>. Acesso em: 12 out. 2021.

¹⁴ cf. “Art. 10. § 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)” BRASIL. **Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007**. Estabelece as diretrizes nacionais para o saneamento básico e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Lei/L11445.htm. Acesso em: 12 out. 2021.

¹⁵ cf. “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.” BRASIL. **Lei nº 14.026, de 15 de julho de 2020**. Atualiza o marco legal do saneamento básico e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Lei/L14026.htm#art7. Acesso em: 12 out. 2021.

viabilizar a universalização dos serviços¹⁶, nos termos do Decreto Federal n.º 10.710, de 31 de maio de 2021¹⁷.

Agora, os administradores públicos dispõem de apenas três possibilidades de prestação dos serviços de saneamento básico. A primeira delas é a outorga a pessoas jurídicas de direito privado por meio de concessão, nos termos do art. 10, *caput*, da Lei n.º 11.445/2007, com redação dada pela Lei n.º 14.026/2020. Nessa forma de prestação, a concessão do serviço deverá ser precedida de procedimento licitatório, a fim de assegurar o tratamento isonômico entre os licitantes e selecionar a proposta mais vantajosa à Administração Pública.

Incluem-se agora, nessa primeira hipótese, as empresas estatais dos Estados que manifestem interesse em firmar novos vínculos jurídicos com os titulares do serviço. Isso porque o novo Marco Legal do Saneamento Básico disciplinou a aplicação do artigo 241 da Constituição Federal, para excluir a possibilidade jurídica de novos convênios de cooperação em matéria de saneamento.

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 n.º 19, de 1998).¹⁸

A segunda hipótese é a execução do serviço público por meio de órgão da administração direta do titular ou por meio de entidade de sua administração

¹⁶ cf. “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)” BRASIL. **Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007**. Estabelece as diretrizes nacionais para o saneamento básico e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Lei/L11445.htm. Acesso em: 12 out. 2021.

¹⁷ BRASIL. **Decreto n.º 10.710, de 31 de maio de 2021**. 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, considerados os contratos regulares em vigor, com vistas a viabilizar o cumprimento das metas de universalização previstas no *caput* do art. 11-B da Lei nº 11.445, de 2007. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/decreto/D10710.htm. Acesso em: 12 out. 2021.

¹⁸ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 12 out. 2021.

indireta, corolário da própria reserva de titularidade (*publicatio*) sobre as atividades de saneamento básico:

Art. 9.º O titular dos serviços formulará a respectiva política pública de saneamento básico, devendo, para tanto:

II - **prestar diretamente os serviços**, ou conceder a prestação deles, e definir, em ambos os casos, a entidade responsável pela regulação e fiscalização da prestação dos serviços públicos de saneamento básico; (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020)

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)¹⁹ (grifos nossos)

Ou seja, podem os municípios criar órgãos (secretarias, departamentos etc.) diretamente subordinados ao Poder Executivo local²⁰, para a prestação dos serviços de saneamento básico. Outra opção mais eficiente, levando em conta a descentralização administrativa, é a criação de autarquia²¹ ou empresa estatal²² vinculadas à Prefeitura.

No caso de regiões metropolitanas, a solução mais prática, dentro dessa possibilidade, seria a criação de uma autarquia — enquanto instância executiva da governança interfederativa²³ — para a prestação do serviço público. Por mandamento do art. 37, inciso XIX, da Constituição Federal, é conveniente que a entidade seja criada pela mesma lei complementar estadual que instituir a unidade regional.

¹⁹ BRASIL. **Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007**. Estabelece as diretrizes nacionais para o saneamento básico e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Lei/L11445.htm. Acesso em: 12 out. 2021.

²⁰ No Município de São José do Cedro (SC), há o Serviço Municipal de Água e Esgoto (SEMAE).

²¹ Um exemplo no Estado do Rio de Janeiro é a Autarquia Municipal de Água e Esgoto de Cachoeiras de Macacu (AMAE-CM), criada pela Lei nº 1.601, de 15 de dezembro de 2005.

²² Outro exemplo no Estado do Rio de Janeiro é Companhia de Saneamento de Maricá (SANEMAR), sociedade de economia mista autorizada pela Lei Complementar nº 183, de 22 de junho de 2009, e regulamentada pelo Decreto nº 198, de 17 de agosto de 2018.

²³ “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” BRASIL. **Estatuto da Metrópole**: Lei nº 13.089, de 12 de janeiro de 2015. Institui o Estatuto da Metrópole, altera a Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13089.htm. Acesso em: 13 out. 2021.

Por fim, a terceira e última hipótese é a prestação do serviço por meio de gestão associada em consórcio público. Trata-se de associação voluntária entre entes federativos, inicialmente consubstanciada em protocolo de intenções assinado pelos Prefeitos e, posteriormente, ratificado pelas respectivas Câmaras Municipais por lei ordinária. Para tanto, os Municípios são obrigados a cumprir todos os requisitos previstos na Lei n.º 11.107/2005²⁴, ora regulada pelo Decreto n.º 6.017, de 17 de janeiro de 2007²⁵.

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: (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020)

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 autarquia intermunicipal; (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020).²⁶

Quanto à questão, duas notas devem ser ressaltadas. Primeiro, o novo Marco Legal do Saneamento Básico estabeleceu que, para tal propósito, somente os Municípios poderão participar do consórcio público, excluindo-se os Estados e a União. Segundo, passou a ser proibida a constituição de pessoa jurídica de direito privado, no âmbito do consórcio público, para a prestação dos serviços de saneamento básico. Nos termos do art. 8.º, §1.º, I, da Lei n.º 11.445/2007, o consórcio público deverá constituir-se como associação pública com a personalidade jurídica de direito público.

Em síntese, a nova lei previu, em regra, três possibilidades de prestação dos serviços de saneamento básico: (i) concessão a pessoas jurídicas de direito privado mediante licitação; (ii) criação de órgão ou entidade na própria Administração do titular; ou (iii) delegação à entidade intermunicipal de consórcio público. Destaca-se que, a partir de agora, as companhias estaduais deverão concorrer em licitação como se privadas fossem, considerando a uniformidade do regime jurídico estabelecido pelo novo Marco.

²⁴ BRASIL. **Lei n.º 11.107, de 6 de abril de 2005**. Dispõe sobre normas gerais de contratação de consórcios públicos e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111107.htm. Acesso em: 13 out. 2021.

²⁵ BRASIL. **Decreto n.º 6.017, de 17 de janeiro de 2007**. Regulamenta a Lei n.º 11.107, de 6 de abril de 2005, que dispõe sobre normas gerais de contratação de consórcios públicos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Decreto/D6017.htm. Acesso em: 13 out. 2021.

²⁶ BRASIL. **Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007**. Estabelece as diretrizes nacionais para o saneamento básico e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Lei/L11445.htm. Acesso em: 12 out. 2021.

3 O ART. 14 DO NOVO MARCO LEGAL DO SANEAMENTO BÁSICO

Ao lado das regras acima dispostas, a nova lei também previu uma exceção a esse quadro normativo, visando facilitar o processo de desestatização das companhias estaduais de saneamento básico. De acordo com o novo dispositivo, os contratos de programa entre os municípios e a empresa estatal poderão ser substituídos por contratos de concessão, em caso de alienação do controle acionário da empresa estatal.

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 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.²⁷

Inicialmente, cumpre ressaltar que a norma dispõe sobre dois tipos de contratos administrativos (contratos de concessão e contratos de programa), que poderão ser substituídos por novos contratos de concessão. A natureza jurídica dos dois tipos de contratos faz parte do conceito de delegação administrativa, que é o

²⁷ BRASIL. **Lei nº 14.026, de 15 de julho de 2020.** Atualiza o marco legal do saneamento básico e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Lei/L14026.htm#art7. Acesso em: 17 out. 2021.

“cometimento do exercício de certas atividades da administração pública a entes privados”²⁸, com a distinção de que os contratos de programa podiam ser delegados mediante ajustes administrativos entre os entes federativos sem a necessidade de licitação²⁹, enquanto os contratos de concessão sempre tiveram o procedimento licitatório por pressuposto³⁰.

Após o novo Marco Legal do Saneamento Básico, a delegação dos serviços de saneamento básico tanto à iniciativa privada quanto às empresas estatais de outros entes da federação passou a reclamar o mesmo procedimento administrativo. Isso porque os novos contratos de programa, em regra³¹, são agora enquadrados no artigo 175, *in fine*, da Constituição Federal: “[i]ncumbe ao Poder Público, na forma da lei, [...] sob regime de concessão [...], sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos”³².

De qualquer modo, previu a nova lei uma regra específica para esses ajustes administrativos no caso de alienação do controle acionário da empresa estatal. Antes de tudo, é importante destacar que a substituição de tais ajustes por novos contratos de concessão não é uma obrigação do gestor público, razão pela qual, inclusive, é juridicamente possível a manutenção dos contratos de programa entre os Municípios e a sociedade empresária, mesmo após sua desvinculação da Administração Estadual.

O fundamento dessa excepcional situação jurídica encontra-se na própria Lei dos Consórcios Públicos, que dispõe sobre as normas gerais atinentes aos contratos de

²⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**: parte introdutória, parte geral e parte especial. 16. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 91-92.

²⁹ cf. “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 n.º 14.026, de 2020)” BRASIL. **Lei n.º 11.107, de 6 de abril de 2005**. Dispõe sobre normas gerais de contratação de consórcios públicos e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111107.htm. Acesso em: 17 out. 2021.

³⁰ Neste caso, há a hipótese em que a companhia estadual tenha participado de procedimento licitatório concorrendo com outras sociedades empresárias, sagrando-se vencedora do certame.

³¹ Há uma exceção à exigência de licitação prévia, na qual se aplica o art. 75, XI, da Lei n.º 14.133, de 1.º de abril de 2021 (correspondente ao art. 24, XXVI, da Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993): “Art. 10-A. § 2º As outorgas de recursos hídricos atualmente detidas pelas empresas estaduais poderão ser segregadas ou transferidas da operação a ser concedida, permitidas a continuidade da prestação do serviço público de produção de água pela empresa detentora da outorga de recursos hídricos e a assinatura de contrato de longo prazo entre esta empresa produtora de água e a empresa operadora da distribuição de água para o usuário final, com objeto de compra e venda de água. (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020)” BRASIL. **Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007**. Estabelece as diretrizes nacionais para o saneamento básico e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Lei/L11445.htm. Acesso em: 17 out. 2021.

³² BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 17 out. 2021.

programa em gestão associada. Antes do novo Marco Legal do Saneamento Básico, havia expressa previsão de que, caso o contratado deixasse de integrar a Administração Pública, o contrato de programa seria automaticamente extinto.

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.

§ 4º O contrato de programa continuará vigente mesmo quando extinto o consórcio público ou o convênio de cooperação que autorizou a gestão associada de serviços públicos.

§ 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.

~~§ 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.~~

§ 6º (Revogado). (Redação dada pela Lei n.º 14.026, de 2020)³³

Todavia, o art. 13, §6.º, da Lei dos Consórcios Públicos, foi expressamente revogado pelo art. 9.º, da Lei n.º 14.026, de 15 de julho de 2020. Desde então, os contratos de programa, excepcionalmente, podem ser mantidos entre a sociedade empresária e os entes municipais, ainda após a alienação do controle acionário da empresa estatal. A intenção consubstanciada na revogação foi justamente preservar o vínculo jurídico entre o poder concedente e a sociedade empresária, como regra de transição ao novo regime jurídico, cuja *mens legis* o intérprete não pode enjeitar³⁴.

Por outro lado, dispõem os parágrafos do art. 14 da Lei n.º 14.026/2020 sobre a necessidade de anuência do poder concedente acerca de eventual proposta de alteração

³³ BRASIL. **Lei n.º 11.107, de 6 de abril de 2005**. Dispõe sobre normas gerais de contratação de consórcios públicos e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/11107.htm. Acesso em: 17 out. 2021.

³⁴ “Eis a razão porque [sic] em caso de disputas, recorre-se ao juiz. Dirigir-se a um juiz é dirigir-se à justiça. De fato, o juiz é como se fosse a justiça dotada de alma.” [1132a20] ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução, textos adicionais e notas de Edson Bini. São Paulo: EDIPRO, 2014. p. 190-191.

contratual³⁵. Desse modo, é importante consignar que os entes municipais não têm atribuição legal para se manifestar sobre a alienação do controle acionário da companhia estadual, mas apenas sobre alterações contratuais relativas à delegação dos serviços.

Tal situação jurídica contrariaria, aparentemente, o art. 27 da Lei Geral de Concessões³⁶. Trata-se, pois, de um conflito de normas, em que é necessário recorrer-se aos critérios de resolução de antinomia. Nesse sentido, tem-se que a Lei n.º 14.026, de 15 de julho de 2020, regula especificamente o setor de saneamento básico e é posterior à Lei Geral de Concessões, ambas possuindo a mesma hierarquia normativa de lei ordinária³⁷. Utilizando-se, portanto, os critérios de especialidade e tempo³⁸, conclui-se que a disposição do art. 27, *caput*, da Lei n.º 8.987/1995, não se aplica aos casos de alienação do controle acionário de empresas estatais de saneamento básico.

Além disso, exclusivamente na situação jurídica dos contratos de programa (*i.e.*, sem considerar eventuais contratos de concessão existentes), o art. 27, *caput*, da Lei n.º 8.987/1995, a eles nunca foi aplicável. Nem poderia sê-lo, pois a Lei Geral de

³⁵ Por razões de espaço, não faz parte do escopo deste texto a discussão jurídica sobre a necessidade de lei autorizativa para que o Poder Executivo Municipal se manifeste sobre “alteração de prazo, de objeto ou de demais cláusulas do contrato”. Antes de tudo, a jurisprudência tem endossado a desnecessidade de autorização legislativa para as concessões públicas, por entender tratar-se de matéria reservada à Administração. cf. BELSITO, Bruno Gazzaneo; TANNURE, Ricardo Tomaz. Discussão sobre a necessidade de autorização legislativa para concessões de serviços públicos. **Revista BNDES**, Rio de Janeiro, v. 25, n. 50, p. 345-400, dez. 2018. Disponível em: <https://web.bndes.gov.br/bib/jspui/handle/1408/16862>. Acesso em: 7 nov. 2021.

³⁶ BRASIL. **Lei n.º 8.987, de 13 de fevereiro de 1995**. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8987cons.htm. Acesso em: 17 out. 2021.

³⁷ Os autores devem essa interpretação ao precioso diálogo travado com o dr. Luiz Gustavo Kaercher Loureiro, Pesquisador Associado do Centro de Estudos em Regulação de Infraestrutura da Fundação Getúlio Vargas (CERI-FGV), e principalmente em razão de seu parecer jurídico sobre o processo de desestatização da Companhia Riograndense de Saneamento (CORSAN), que nos foi gentilmente disposto. LOUREIRO, Gustavo Kaercher; MOREIRA, Egon Bockmann. **Parecer**. Porto Alegre e Curitiba, 28 mai. 2021. p. 23.

³⁸ “Art. 2.º Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue. § 1.º A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior. § 2.º A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior.” BRASIL. **Decreto-Lei n.º 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (Redação dada pela Lei nº 12.376, de 2010). Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657compilado.htm. Acesso em: 17 out. 2021.

Concessões regulamenta o art. 175, da Constituição Federal, enquanto tais contratos de programa se fundamentam no art. 241, da Constituição Federal³⁹.

Desse modo, de acordo com a lei setorial do saneamento básico, o poder concedente só deverá se manifestar em caso de eventuais alterações nas cláusulas do contrato de programa (ou de concessão), exceto quanto àquelas relacionadas às metas de universalização⁴⁰.

Ressalta-se que, ao lado da posição contratual entre o Município e a empresa estatal⁴¹, a operação de alienação do controle acionário da companhia estadual deverá estar fundamentada em estudos econômico-financeiros, com o propósito de verificar a necessidade de eventual pagamento ao poder concedente pela outorga da concessão. Isso porque a alteração contratual no momento da alienação pode ensejar benefícios econômicos à sociedade empresária, cabendo ao ente municipal a justa retribuição.

Por outro lado, algumas implicações jurídicas daí podem surgir, se o programa de desestatização da empresa estatal prever alterações contratuais, ressalvadas as dispostas no § 1º do art. 11-B da Lei nº 11.445/2007. Diz a lei que, se o poder concedente deixar de se manifestar após cento e oitenta dias da notificação de alteração do contrato, o silêncio administrativo terá efeito positivo, configurando anuência à proposta apresentada. E, caso o poder concedente não seja notificado, as alterações contra ele não produzirão efeito.

³⁹ A lei nova não modificou a natureza jurídica dos contratos de programa existentes: “Art. 10. § 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)” BRASIL. **Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007**. Estabelece as diretrizes nacionais para o saneamento básico e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Lei/L11445.htm. Acesso em: 17 out. 2021.

⁴⁰ “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.” BRASIL. **Lei nº 14.026, de 15 de julho de 2020**. Atualiza o marco legal do saneamento básico e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Lei/L14026.htm#art7. Acesso em: 17 out. 2021.

⁴¹ “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)” BRASIL. **Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007**. Estabelece as diretrizes nacionais para o saneamento básico e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Lei/L11445.htm. Acesso em: 17 out. 2021.

É importante, contudo, afirmar que o ente estadual – controlador da empresa pública ou da sociedade de economia mista – não tem direito potestativo sobre os contratos entre a empresa estatal e os municípios (ao contrário do que faz parecer o art. 14, §5.º, da Lei n.º 14.026/2020). A melhor interpretação, à luz do poder concedente que emana da própria Constituição Federal, é que o silêncio administrativo não importará anuência à proposta, devendo o contrato ser mantido em seus termos por ausência de mútuo acordo entre as partes.

De um modo ou de outro, o objetivo da norma é preservar o patrimônio da empresa estatal (os contratos de programa ou de concessão existentes), a fim de assegurar o sucesso de um eventual processo de desestatização. Assim, o desenho normativo escolhido pela União, em sua competência para editar normas gerais sobre saneamento básico, promana do caráter técnico e político do setor. Frise-se, mais uma vez, que a desestatização do serviço público de saneamento básico é a meta preconizada pela nova lei, para sua célere e adequada universalização.

4 CONCLUSÃO

Superados, portanto, os aspectos intestinos do novo Marco Legal do Saneamento Básico, resta saber se a norma prevista no art. 14, *caput*, da Lei n.º 14.026/2020, tem fundamento constitucional. Tal justificativa se impõe, pois — ressalvada a decisão administrativa pela manutenção dos contratos de programa⁴² — a venda do controle sobre a empresa estatal deverá ser concomitante à outorga do serviço público.

E, sempre que o Poder Público manifestar interesse em prestar um serviço por meio de concessão, deverá fazê-lo através de procedimento licitatório. Trata-se de preceito constitucional estampado no art. 175, *in fine*, da Lei Maior, que deverá ser observado na desestatização da companhia estadual de saneamento básico⁴³.

Em outros termos, haverá duas operações simultâneas em um mesmo procedimento administrativo: a alienação do controle acionário da companhia estadual e a delegação dos serviços públicos municipais, através de novos contratos

⁴² Como sustentado anteriormente, caso a Administração Pública mantenha os contratos de programa, sem substituí-los por novos contratos de concessão, dentro de sua discricionariedade baseada no art. 14, *caput*, da Lei n.º 14.026/2020, tais ajustes administrativos manterão sua natureza jurídica com fundamento no art. 241, da Constituição Federal. Destarte, não haveria por que se exigir procedimento licitatório para tanto, pois o novo Marco Legal do Saneamento do Básico não retroagiu seus efeitos para alterar a causa desses negócios jurídicos, mas, pelo contrário, garantiu sua vigência até o advento de seu termo contratual.

⁴³ ESTEVAM, Douglas; SANTORO, Bernardo. A desestatização das companhias estaduais de saneamento básico. **ConJur**, 15 set. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-set-15/opinioao-desestatizacao-companhias-estaduais-saneamento>. Acesso em: 17 out. 2021.

de concessão. A concomitância das duas operações se deve ao fato de serem os contratos de prestação os ativos mais relevantes da empresa estatal.

Nesse sentido, o art. 14, *caput*, da Lei n.º 14.026/2020, determina que se observe o respectivo Programa Estadual de Desestatização, quando aplicável. Dessa maneira, o procedimento licitatório fará parte de um programa desencadeado por autorização legislativa⁴⁴, seguido de um decreto do Chefe do Poder Executivo Estadual. E, somente após o devido processo administrativo, nos termos do Programa Estadual de Desestatização, poderá ser realizada a oferta pública de ações mediante licitação.

Caso o Programa Estadual de Desestatização não disponha expressamente sobre a modalidade do certame ou caso a legislação estadual deixe de prever regra específica para a licitação da alienação do controle acionário da companhia, a Administração Estadual poderá realizá-la na modalidade de leilão⁴⁵, conforme art. 2.º, §4.º, c/c art. 4.º, §3.º, da Lei n.º 9.491/1997⁴⁶.

⁴⁴ SOUTO, Marcos Jurueña Villela. Parcerias decorrentes do Programa Estadual de Desestatização. **Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, n.º 59, p. 151, 2005. Disponível em: <https://pge.rj.gov.br/revista-de-direito/2005-volume-59>. Acesso em: 17 out. 2021.

⁴⁵ Registre-se que o prof. Alexandre Santos de Aragão adota posição contrária, segundo a qual o Programa Nacional de Desestatização seria apenas uma lei aplicável a nível federal, por destinar-se “exclusivamente aos ativos da União”. Nesse sentido, argumenta que o art. 2.º, da Lei n.º 9.491/1997, em diversas passagens, destaca exclusivamente sua aplicação à União, o que tornaria suas normas inextensíveis aos Estados e aos Municípios. Discordamos dessa opinião, pois o Programa Nacional de Desestatização, inicialmente instituído pela Lei n.º 8.031/1990, revogada posteriormente pela Medida Provisória n.º 1.481-52/1997, então convertida na Lei n.º 9.491/1997, com alterações promovidas por diversas leis posteriores, dispõe sobre normas gerais de licitação aplicáveis à desestatização de empresas estatais e serviços públicos objeto de concessão (conforme o art. 22, XXVII, da Constituição Federal) e evidentemente chama-se “nacional” (ao contrário, por exemplo, do Programa de Parcerias de Investimentos – PPI, que se aplica apenas à Administração Federal, nos termos da Lei n.º 13.334/2016). As diversas menções à União no art. 2.º da referida lei prestam-se, em verdade, a delimitar as normas gerais daquelas que os entes federativos, em sua autonomia, podem dispor diversamente em seus respectivos Programas Estaduais de Desestatização. Contudo, não restam dúvidas de que, na ausência de legislação estadual específica, a lei geral aplicável seja o Programa Nacional de Desestatização, admitindo-se o leilão como modalidade licitatória. Por outro lado, o prof. Alexandre Santos de Aragão sustenta a aplicação do artigo art. 2.º, II, da Lei n.º 8.987/1995, na ausência de norma estadual específica, o que atrairia a incidência da modalidade de concorrência ao certame (consigne-se que a modalidade de diálogo competitivo foi incluída pela Lei n.º 14.133/2021). cf. ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Parecer n.º 07/2019 – ASA**. P.A. n.º E-14/001.053834/2019. Rio de Janeiro, 19 nov. 2019. p. 13. Disponível em: <https://documentacao.pge.rj.gov.br/bnportal/pt-BR/search/77985>. Acesso em: 19 out. 2021.

⁴⁶ BRASIL. **Programa Nacional de Desestatização**: Lei n.º 9.491, de 9 de setembro de 1997. Altera procedimentos relativos ao Programa Nacional de Desestatização, revoga a Lei n.º 8.031, de 12 de abril de 1990, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9491.htm. Acesso em: 17 out. 2021.

Na mesma linha, possui o Supremo Tribunal Federal um precedente de 2002, no bojo da ADI n.º 1.582-6/DF⁴⁷, ocasião em que foi instado pelo Conselho Federal da OAB a se manifestar sobre a constitucionalidade da alienação do controle acionário de empresas estatais simultaneamente à outorga ou à prorrogação da concessão⁴⁸. Em decisão unânime, a Corte declarou a compatibilidade do referido procedimento licitatório com o preceito do art. 175, *in fine*, da Constituição Federal.

Mais recentemente, o Supremo Tribunal Federal teve a oportunidade de reiterar esse entendimento na ementa do Referendo na Medida Cautelar na ADI 5.624/DF, segundo a qual “[a] alienação do controle acionário de empresas públicas e sociedades de economia exige autorização legislativa e licitação pública”⁴⁹.

Portanto, desde que a alienação do controle acionário da companhia estadual seja concomitante à concessão dos serviços públicos municipais em devido processo licitatório, restará assegurado o adequado princípio da seleção competitiva do prestador dos serviços, mandamento de otimização previsto no art. 2.º, XV, do novo Marco Legal do Saneamento Básico.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Parecer n.º 07/2019 – ASA**. P.A. n.º E-14/001.053834/2019. Rio de Janeiro, 19 nov. 2019. p. 13. Disponível em: <https://documentacao.pge.rj.gov.br/bnportal/pt-BR/search/77985>. Acesso em: 19 out. 2021.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução, textos adicionais e notas de Edson Bini. São Paulo: EDIPRO, 2014.

BELSITO, Bruno Gazzaneo; TANNURE, Ricardo Tomaz. Discussão sobre a necessidade de autorização legislativa para concessões de serviços públicos. **Revista BNDES**, Rio de Janeiro, v. 25, n. 50, p. 345-400, dez. 2018. Disponível em: <https://web.bndes.gov.br/bib/jspui/handle/1408/16862>. Acesso em: 7 nov. 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 12 out. 2021.

⁴⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI n. 1.582**. Relator Min. Carlos Velloso. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur99302/false>. Acesso em: 17 out. 2021.

⁴⁸ Mais uma vez, os autores prestam seus agradecimentos ao dr. Luiz Gustavo Kaercher Loureiro, pela indicação da jurisprudência.

⁴⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI n. 5.624 MC-Ref/DF**. Relator Min. Ricardo Lewandowski. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur415929/false>. Acesso em: 17 out. 2021.

BRASIL. Decreto n.º 6.017, de 17 de janeiro de 2007. Regulamenta a Lei n.º 11.107, de 6 de abril de 2005, que dispõe sobre normas gerais de contratação de consórcios públicos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Decreto/D6017.htm. Acesso em: 13 out. 2021.

BRASIL. Decreto n.º 10.710, de 31 de maio de 2021. Regulamenta o art. 10-B da Lei n.º 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, considerados os contratos regulares em vigor, com vistas a viabilizar o cumprimento das metas de universalização previstas no *caput* do art. 11-B da Lei n.º 11.445, de 2007. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/decreto/D10710.htm. Acesso em: 12 out. 2021.

BRASIL. Decreto-Lei n.º 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (Redação dada pela Lei n.º 12.376, de 2010). Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657compilado.htm. Acesso em: 17 out. 2021.

BRASIL. Estatuto da Metrópole: Lei n.º 13.089, de 12 de janeiro de 2015. Institui o Estatuto da Metrópole, altera a Lei n.º 10.257, de 10 de julho de 2001, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113089.htm. Acesso em: 13 out. 2021.

BRASIL. Lei n.º 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8987cons.htm. Acesso em: 17 out. 2021.

BRASIL. Lei n.º 11.107, de 6 de abril de 2005. Dispõe sobre normas gerais de contratação de consórcios públicos e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111107.htm. Acesso em: 13 out. 2021.

BRASIL. Lei n.º 11.445, de 5 de janeiro de 2007. Estabelece as diretrizes nacionais para o saneamento básico; cria o Comitê Interministerial de Saneamento Básico; altera as Leis n. os 6.766, de 19 de dezembro de 1979, 8.666, de 21 de junho de 1993, e 8.987, de 13 de fevereiro de 1995; e revoga a Lei n.º 6.528, de 11 de maio de 1978

(Redação pela Lei nº 14.026, de 2020). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Lei/L11445.htm. Acesso em: 12 out. 2021.

BRASIL. **Lei nº 14.026, de 15 de julho de 2020**. Atualiza o marco legal do saneamento básico e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Lei/L14026.htm#art7. Acesso em: 12 out. 2021.

BRASIL. **Programa Nacional de Desestatização**: Lei nº 9.491, de 9 de setembro de 1997. Altera procedimentos relativos ao Programa Nacional de Desestatização, revoga a Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9491.htm. Acesso em: 17 out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI n. 1.582**. Relator Min. Carlos Velloso. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur99302/false>. Acesso em: 17 out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI n. 1.842**. Relator Min. Luiz Fux. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630026>. Acesso em: 12 out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI n. 5.624 MC-Ref/DF**. Relator Min. Ricardo Lewandowski. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur415929/false>. Acesso em: 17 out. 2021.

CHERNAVSKY, Emilio. O infundado entusiasmo com a participação privada em infraestrutura. **Brazilian Journal of Political Economy**. 2021, v. 41, n. 3, p. 563-587. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/0101-31572021-3208>. Acesso em: 12 out. 2021.

COSTA, Eduardo Cunha da; LOUREIRO, Gustavo Kaercher. **O problema da titularidade dos serviços públicos de saneamento básico e os interesses federativos intermediários**. Rio de Janeiro: FGV, 2021. Disponível em: <https://ceri.fgv.br/sites/default/files/publicacoes/2021-09/titularidade-dos-servicos-de-saneamento.pdf>. Acesso em: 12 out. 2021.

ESTEVAM, Douglas. ADI 1.842 e as funções públicas de interesse comum: por que o Rio de Janeiro está na vanguarda das regiões metropolitanas? **JOTA**, 2021. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/adi-1-842-e-as-funcoes-publicas-de-interesse-comum-26092021>. Acesso em: 12 out. 2021.

ESTEVAM, Douglas. O regime constitucional das regiões metropolitanas. **ConJur**, 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-out-12/estevam-regime-constitucional-regioes-metropolitanas>. Acesso em: 12 out. 2021.

ESTEVAM, Douglas; SANTORO, Bernardo. A desestatização das companhias estaduais de saneamento básico. **ConJur**, 15 set. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-set-15/opinioao-desestatizacao-companhias-estaduais-saneamento>. Acesso em: 17 out. 2021.

ESTEVAM, Douglas; SANTORO, Bernardo. Regiões Metropolitanas e o novo Marco do Saneamento. *In*: AIETA, Vânia; FROTA, Leandro (Coord.). **Marco Regulatório do Saneamento Básico: Lei nº 14.026/2020**. Brasília: OAB Editora, 2021. p. 85- 102. Disponível em: https://www.academia.edu/51500498/Regioes_Metropolitanas_e_o_Novo_Marco_do_Saneamento. Acesso em: 12 out. 2021.

LOUREIRO, Gustavo Kaercher; MOREIRA, Egon Bockmann. **Parecer**. Porto Alegre e Curitiba, 28 maio 2021.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**: parte introdutória, parte geral e parte especial. 16. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PAINEL SANEAMENTO BRASIL. **Localidades**. Disponível em: <https://www.painelsaneamento.org.br/>. Acesso em: 12 out. 2021.

PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO. **O que é IDH?** Disponível em: <https://www.br.undp.org/content/brazil/pt/home/idh0/conceitos.html>. Acesso em: 12 out. 2021.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. Parcerias decorrentes do Programa Estadual de Desestatização. **Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, n.º 59, p. 151, 2005. Disponível em: <https://pge.rj.gov.br/revista-de-direito/2005-volume-59>. Acesso em: 17 out. 2021.

TRATA BRASIL. **Saneamento é saúde**. Disponível em: <http://www.tratabrasil.org.br/saneamento-e-saude>. Acesso em: 12 out. 2021.

DESCENTRALIZAÇÃO DOS SERVIÇOS DE SANEAMENTO BÁSICO NO BRASIL: entre universalização e eficiência

Bruno Cavalcanti de Araújo*

Rodrigo Numeriano Dubourcq Dantas*

RESUMO: A universalização do acesso aos serviços públicos de saneamento básico constitui um problema histórico no Brasil. Não obstante os avanços trazidos pela Lei n. 11.445/2007, pontos sensíveis careciam de soluções de segurança jurídica. Neste sentido, a Lei n. 14.026/2020, gestada no âmbito do Ministério das Cidades, veio consagrar novos arranjos institucionais, aptos à descentralização da prestação desses serviços, com potenciais ganhos de eficiência.

Palavras-chave: Saneamento. Concessões. Federalismo Cooperativo. Eficiência.

ABSTRACT: The universalization of access to public basic sanitation services is a historic problem in Brazil. Notwithstanding the advances brought by Law 11.445/2007, sensitive points still demanded legal solutions. In this sense, Law 14.026/2020, created under the Ministry of Cities, enshrines new institutional arrangements capable of decentralizing the provision of these services with potential gains in efficiency.

SUMÁRIO: 1 Entre a eficácia dos direitos sociais e o imperativo de universalização do acesso aos serviços de saneamento básico na agenda do Estado brasileiro – Introdução. 2 Ferramentas de descentralização da atuação estatal na prestação eficiente de serviços públicos. 3 As soluções de segurança jurídica ao compartilhamento da prestação dos serviços de saneamento básico com particulares dadas pela Lei n. 14.026/2020. 4 Compartilhamento da prestação de serviços públicos entre Estados e Municípios no modelo constitucional de federalismo cooperativo

* Advogado. É graduado pela Faculdade de Direito do Recife/UFPE. Atualmente, ocupa a presidência do Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB). Foi Deputado Federal pelo Estado de Pernambuco por três mandatos consecutivos. Foi Ministro de Estado das Cidades entre maio de 2016 e novembro de 2017.

* Advogado. É graduado e Mestre em Direito do Estado, Regulação e Tributação Indutora pela Faculdade de Direito do Recife/UFPE e Doutor em Direito Econômico, Financeiro e Tributário pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Foi Coordenador do Núcleo de Direito Administrativo da Escola Superior da Advocacia Professor Ruy Antunes. Foi Consultor Jurídico do Ministério de Estado das Cidades.

densificado pela Lei n. 14.026/2020. 5 A caminho da universalização do saneamento básico no Brasil – Síntese conclusiva.

1 DA EFICÁCIA DOS DIREITOS SOCIAIS AO IMPERATIVO DE UNIVERSALIZAÇÃO DO ACESSO AOS SERVIÇOS DE SANEAMENTO BÁSICO NA AGENDA DO ESTADO BRASILEIRO – Introdução

A Constituição de 1988, em reforço ao compromisso do Estado com a justiça social, para além da consagração de vasto leque de direitos e garantias individuais, também se revelou pródiga em direitos sociais, igualmente alçados à condição de direitos fundamentais, como se infere da posição em que situados na topografia constitucional.

Neste contexto, a universalização do acesso aos serviços de saneamento básico, tema caro à política de saúde pública no País (art. 200 da CF), carece de efetiva incorporação à agenda do Estado brasileiro. Para tanto, não basta que a União exerça a parcela de competência legislativa que lhe foi confiada pelo inciso XX do art. 21 da Constituição de 1988, positivando diretrizes gerais para o desenvolvimento urbano.

Inversamente, são necessários arranjos institucionais que autorizem juridicamente o compartilhamento dos serviços de saneamento básico entre os entes federados, à luz do que autorizam os arts. 23, IX, e 241 da Constituição de 1988, e entre esses entes e a iniciativa privada. Eis a tônica da Lei n. 14.026 que, apesar de sancionada em 15 de julho de 2020, tem origem mais antiga. Nasceu de tratativas iniciadas, já em 2016, no âmbito do extinto Ministério das Cidades, a partir da identificação de necessidades de aprimoramento da Lei n. 11.445/2007, com vistas à atualização do marco legal do saneamento básico no País.

Em 2017 o Ministério das Cidades encaminhou a Presidência da República proposta de Medida Provisória que seria editada em Dezembro de 2018, e na sequência mediante acordo no parlamento perdeu sua eficácia para dar lugar ao Projeto de Lei 4.162/2019, transformado na Lei n. 14.026/2020.

A universalização do acesso aos serviços de saneamento básico relaciona-se dinamicamente com os compromissos do Estado brasileiro orientados à realização da cidadania, da dignidade da pessoa humana (art. 1º, II e III, da CF) e, especialmente, dos direitos sociais à saúde e à moradia (art. 6º da CF).

Está-se diante de direitos – individuais e sociais – que mantêm relação de complementariedade entre si, revelando-se dotados de eficácia jurídica plena. Exigem, pois, atuação positiva do Poder Público.¹ Afinal, o Estado Democrático de Direito

¹ TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 797.

brasileiro (art. 1º da CF)², para além da defesa de direitos e liberdades individuais, não deve descurar, em seu programa de ação, do garantismo de direitos sociais.

Esta perspectiva de difusão e fortalecimento dos direitos sociais à saúde e à moradia, a partir da universalização do acesso aos serviços de saneamento básico, bem conduziu a atuação do Ministério das Cidades entre 2016 e 2017.

Considerando que, após mais de uma década de vigência da Lei n. 11.445/2007, aproximadamente, 35 milhões de brasileiros permanecem sem acesso à água potável e cerca de 100 milhões não possuem serviço de coleta de esgotos³, revelava-se mesmo indispensável a instituição de novos arranjos institucionais, aptos a descentralizar as estruturas de prestação existentes, com estímulo ao compartilhamento de esforços, tanto entre os entes federados, bem como entre eles e a iniciativa privada.

A Lei n. 14.026/2020, neste contexto, amolda-se ao dever da União de editar *normas gerais*, com soluções sistemáticas e vinculantes para todos os entes federados que, por certo, poderão adequá-las à realidade e aos interesses locais (CF, 30, I), com vistas à realização otimizada dos direitos sociais à saúde e à moradia.

A partir dos influxos do devido processo legislativo, tem-se lei ciosa do federalismo cooperativo (arts. 1º, 3º, II e III, 18, 60, § 4º, I, e 174, § 1º, todos da CF) e da eficiência (art. 37 da CF) que devem pautar a atuação esmerada do Poder Público, ao implementar a mencionada agenda de direitos sociais que lhe foi confiada pelo Constituinte de 1988.

Deveras, referido produto legislado, denominado de Novo Marco Legal do Saneamento Básico brasileiro confere segurança jurídica às próximas relações jurídicas a serem constituídas, quer entre os próprios entes federados, colaborando entre si, quer entre eles e os particulares que decidirem conjugar esforços com a Administração Pública no segmento em apreço.

Em razão da legalidade que deve pautar toda e qualquer ação estatal válida (art. 5º, II, 37 e 174, todos da CF), a opção por regime administrativo, isto é, por regime de direito público, por regime de direito privado ou por um regime jurídico híbrido, para fins da prestação eficiente dos serviços de saneamento básico, ficava a

² Cf. TORRES, Heleno Taveira. **Direito constitucional tributário e segurança jurídica** – Metodologia da segurança jurídica do Sistema Constitucional Tributário. São Paulo: RT, 2011. p. 127; SAMPAIO, José Adércio Leite. O Estado Democrático de Direito. In: HORBACH, Carlos Bastide; ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; AMARAL JR., José Levi Mello do; LEAL, Roger Stiefelmann (coords.). **Direito Constitucional, Estado de Direito e democracia**. São Paulo: Quartier Latin, 2011. p. 406-411.

³ Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/radioagencia-nacional/saude/audio/2021-03/saneamento-basico>. Acesso em: 30 out. 2021.

depender de escolhas do legislador⁴ da União, no espaço que lhe foi reservado pelo art. 21, XX, da Constituição de 1988.

Como bem reconhece Maria Sylvia Zanella di Pietro, não pode a Administração Pública, “por ato próprio, de natureza administrativa, optar por um regime jurídico não autorizado em lei; isto em decorrência da sua vinculação ao princípio da legalidade.”⁵ Indiscutível, logo, a importância da Lei n. 14.026/2020 e das novas escolhas públicas que consagra, em matéria de saneamento básico.

Desde a Lei n. 11.445/2007, é bem verdade, dirimiram-se dúvidas acerca da natureza jurídica de serviço público, bem assim da extensão das ações estatais orientadas ao saneamento básico, que contemplam o abastecimento de água potável, o esgotamento sanitário, a limpeza urbana, o manejo de resíduos sólidos, a drenagem e manejo de águas pluviais urbanas (art. 2º). Pendia grave insegurança jurídica, no entanto, sobre temas sensíveis, especialmente relacionados à descentralização e ao compartilhamento da prestação desses serviços.

Neste sentido, a Lei n. 14.026/2020, em breve síntese, ocupou-se em: (i) garantir que os contratos de prestação de serviços de saneamento básico possuam metas de desempenho e de universalização do acesso a esses serviços; (ii) consagrar, como premissa, a regionalização da prestação dos serviços de saneamento básico; (iii) estimular a concorrência no setor, estabelecendo inclusive igualdade de condições entre agentes do setor público e do setor privado, mediante licitações com escolha da proposta mais vantajosa, a ensejar aperfeiçoamento da infraestrutura existente; (iv) estimular a privatização das empresas públicas de saneamento, bem assim a atração de capitais privados; (v) ampliar as competências da Agência Nacional de Águas – ANA, criada pela Lei n. 9.984/2000, garantindo maior estabilidade e coerência à regulação setorial no País, desde a política tarifária a ser aplicada até os conteúdos mínimos para o balizamento de novas contratações e avaliação de metas dos contratos de saneamento básico. Tudo isso se reverte em redução de custos de transação⁶ para o segmento e seus agentes.

TamANHOS os aperfeiçoamentos normativos previstos na Lei n. 14.026/2020, traçou o legislador metas de desempenho ambiciosas para fins de universalização do acesso aos serviços de saneamento básico no País. Objetivou o “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”, prazo este que poderá ser prorrogado, mediante anuência prévia da agência reguladora, até 1º de janeiro de 2040 (art. 11-B da Lei 11.445/2007). Mais do que

⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27. ed. SP: Atlas, 2014, p. 63.

⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 61.

⁶ COASE, Ronald H. The Nature of the Firm. **Economica**, New Series, v. 4, n. 16, p. 386-405, nov. 1937, p. 388.

nunca, a demanda por eficiência enseja a descentralização da atuação estatal no setor, mediante distintos mecanismos jurídicos de colaboração, pública ou público-privada.

2 FERRAMENTAS DE DESCENTRALIZAÇÃO DA ATUAÇÃO ESTATAL NA PRESTAÇÃO EFICIENTE DE SERVIÇOS PÚBLICOS

Não se ocupou o Constituinte de 1988 em conceituar o saneamento básico como serviço público. Esta aparente lacuna, desde 2007, foi integrada pelo legislador da União, ao cunhar o art. 2º da referida Lei 11.445/2007.

Está-se diante de um monopólio natural, tamanhos os investimentos em infraestrutura e os custos fixos necessários ao saneamento básico. Isto não conduz, todavia, à manutenção do serviço público, com exclusividade, nas mãos da Administração Pública. A realização eficiente do interesse público, inversamente, reclama arranjos institucionais diversos, que tragam maior competitividade ao setor.

É bem verdade que essas peculiaridades associadas aos custos do saneamento básico tolgem a liberdade de concorrência no setor, em sua concepção mais tradicional, dado ser economicamente inviável a duplicação da infraestrutura necessária ao atendimento de uma mesma localidade.

Não se justifica, porém, que o Estado explore de forma ineficiente os ativos integrantes de seu patrimônio. Devem ser superadas antigas posições, segundo as quais os serviços públicos estariam confiados, com exclusividade, ao Estado.

Sobre o tema, merecem relevo as reflexões de Luis Martín Rebollo, *verbis*:

Pero la idea última del servicio público como quería DUGUIT permanece. La finalidad subsiste, aunque cambien los nombres, la naturaleza o el régimen jurídico. Es más, el viejo concepto de servicio público recupera algunos de sus perfiles originarios para justificar y visualizar mejor la excepción al Derecho privado es porque hay finalidades diferentes. Si hay intervención pública regulando o, eventualmente, prestando es porque hay finalidades que superan lo individual, finalidades de servicio público, actividades de interés general. Se trata, por tanto, de percibir el criterio finalista insito en la expresión tradicional que, más allá de las formas y de la titularidad, quiere lograr objetivos reales.⁷

⁷ REBOLLO MARTÍN, Luis. Servicios públicos y servicios de interés general: la nueva concepción y operatividad del servicio público en el Derecho Administrativo Español. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (coord.). **Uma avaliação das Tendências Contemporâneas do Direito Administrativo**: Obra em homenagem a Eduardo García de Enterría. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 112.

No modelo de Estado Democrático de Direito vigente (art. 1º da CF), apenas, não deverá o Estado perder o monopólio de regulamentação desses serviços de saneamento básico.⁸ Tudo a garantir o equilíbrio entre o interesse público, a preservação de direitos dos usuários e também dos prestadores desses serviços, sejam eles provenientes da Administração Pública ou da iniciativa privada.

Eis o que determinam os arts. 174 e 175 da Constituição de 1988, que bem admitem o compartilhamento de esforços entre Estado e particulares, para fins de prestação de serviços públicos, por meio de concessões ou permissões, “sempre através de licitação”. Nisto, há descentralização, que estimula, por via jurídica, a mencionada competição entre as tradicionais empresas estaduais e municipais de saneamento básico e agentes privados, garantindo o aprimoramento do nível das utilidades entregues aos usuários desses serviços.

Como virá demonstrado, a Lei n. 14.026/2020, ao determinar a extinção dos antigos contratos de programa, outrora celebrados sem licitação, entre Municípios e empresas estaduais de saneamento, consagra a *concessão*⁹ como o modelo jurídico das novas contratações dos serviços públicos de saneamento básico no País. Deste modo, os Municípios deverão realizar licitações para seleção das propostas mais vantajosas, retirando quaisquer privilégios de que pudessem se beneficiar as empresas estatais, em face dos particulares.

Nesta remodelagem da ação estatal, cara à ambiciosa meta de universalização fixada pelo legislador, Estado e particulares, com segurança jurídica, poderão conjugar esforços, de modo eficiente, por meio de novos arranjos tradicionais

⁸ Como bem aduziu Emerson Affonso da Costa Moura: “O eixo central da atuação administrativa, concentrado na racionalidade procedimental e exteriorizado na observância à legalidade estrita e na criação de processos de controle prévios, desloca-se para o vetor desempenho, de forma a imprimir qualidade nos gastos públicos com a avaliação constante dos custos, resultados e satisfação dos usuários. Isto envolveu a redefinição dos papéis dos atores sociais e estatais na gestão do interesse público, através da dissociação do espaço público da esfera estatal e a coordenação de suas respectivas atuações, voltando a sociedade à atividade de promoção dos bens e interesses almejados e o Estado à função de mediador do serviço, da competitividade e dos conflitos.” Cf. MOURA, Emerson Affonso da Costa. *Agências, expertise e profissionalismo: o paradigma da técnica na administração pública. Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n. 254, p. 68, maio/ago. 2010.

⁹ Na definição proposta por Floriano de Azevedo Marques Neto: “É a concessão, nesse sentido, um instrumento jurídico voltado a atribuir a um privado direitos ou poderes próprios da administração. Confere, então, ao receptor dessa atribuição (concessionário) uma condição jurídica destacada, desigual, em relação aos demais administrados, pois o pacto concessório confere o exercício privativo de direitos cometidos pelo poder público concedente”. (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Concessões*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016. p. 164-165).

que, em absolutamente nada, retiram a natureza de serviço público do saneamento básico no País.¹⁰

Respeitadas as balizas da Lei n. 14.026/2020, o caso é de trespasse de “atividades estatais de administração de interesses públicos” a entidades privadas, na escorregia expressão cunhada por Pedro Gonçalves¹¹. Nisto, há verdadeira abertura a *public-privatemixes*¹², a partir de uma “empresa mista e partilhada”, em setor em que a ação exclusivamente estatal se revelou pouco eficiente.

3 AS SOLUÇÕES DE SEGURANÇA JURÍDICA AO COMPARTILHAMENTO DA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS DE SANEAMENTO BÁSICO COM PARTICULARES DADAS PELA LEI N. 14.026/2020

Em sua feição contemporânea, a atuação do Estado brasileiro como agente econômico é marcada pela excepcionalidade.¹³ A hipertrofia do Estado prestacional fez pouco funcionais e eficientes as suas estruturas.¹⁴ Neste sentido, a descentralização da atuação do Poder Público coaduna-se com o princípio da subsidiariedade de sua participação na atividade econômica, ora positivada expressamente sob a forma do art. 2º, III, da Lei n. 13.874/2019.

¹⁰ Sobre a evolução contemporânea dos serviços públicos, recomenda-se: BERLINGERIO, Gianna Elisa. **Studi sul pubblico servizio**. Milão: Giuffrè, 2003, p. 417.

¹¹ GONÇALVES, Pedro. **Entidades Privadas com Poderes Públicos**. Coimbra: Almedina, 2005, p. 139.

¹² A expressão foi tomada, por empréstimo, da obra de Pedro Gonçalves que a utiliza para designar a execução cooperada de tarefas e responsabilidades públicas com tarefas e responsabilidades privadas. Cf. GONÇALVES, Pedro. **Entidades Privadas com Poderes Públicos**. Coimbra: Almedina, 2005, p. 161.

¹³ Como destaca Eros Roberto Grau, a atividade econômica é o gênero do qual são espécies os serviços públicos e a atividade econômica em sentido estrito (GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988. São Paulo: RT, 1990, p. 136 e ss). Sobre a participação da iniciativa privada em áreas tradicionalmente confiadas ao Estado, confira-se: Cf. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A Natureza Jurídica dos Serviços Sociais Autônomos. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, v. 207, p. 80-81, jan./mar. 1997.

¹⁴ Nas palavras de Caio Tácito: “Tivemos, em nossa história administrativa, momentos sucessivos de descentralização, caracterizados pela criação de entes personalizados da administração indireta, dotados, ao menos na letra da lei, de autonomia relativa: autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista, fundações públicas. O atual programa de reforma administrativa se reveste, porém, em sua concepção, de uma nova tônica. A descentralização de poderes administrativos se faz acompanhar de um mecanismo específico de planejamento e, especialmente, de controle de resultados efetivos.” Cf. TÁCITO, Caio. Transformações do Direito Administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 214, p. 32 e 33, out./dez. 1998.

O contexto é de “privatização” que, na acepção ampla, proposta por Maria Sylvia Zanella di Pietro, alcança “todas as medidas adotadas com o objetivo de diminuir o tamanho do Estado.” Eis, precisamente, o que passa com a desmonopolização da participação do Poder Público na prestação direta de serviços de saneamento básico, tamanhos os estímulos que a Lei n. 14.026/2020 conferiu à concessão desses serviços à iniciativa privada, bem assim às técnicas de *contracting-out*, por meio das quais a Administração Pública celebra diversos acordos com vistas a conjugação de esforços com outros entes – públicos ou privados.¹⁵ Consagrando esta abertura do saneamento básico ao setor privado, tem-se que o inciso XV do art. 2º da Lei n. 11.445/2007, incluído pela Lei n. 14.026/ 2020, alçou, à condição de princípio fundamental deste serviço público, a necessidade de “seleção competitiva do prestador dos serviços”.

Trata-se de seleção que, em regra, deve operar-se por meio da celebração de contratos de concessão, precedidos de licitação, como bem assenta o art. 10 da Lei n. 11.445/2007, com redação conferida pela Lei n. 14.026/2020. De se ver, inclusive, que este dispositivo expressamente vedou que os serviços de saneamento sigam prestados mediante “contrato de programa, convênio, termo de parceria ou outros instrumentos de natureza precária”, devendo ser respeitadas, apenas, aquelas avenças com prazo de vigência em curso (§ 3º), por força da proteção do ato jurídico perfeito (art. 5º, XXXVI, da CF).

Contratos precários, na forma do § 8º do art. 11-B da Lei n. 11.445/2007, com redação conferida pela Lei n. 14.026/2020, são, precisamente, aqueles “provisórios não formalizados e os vigentes prorrogados em desconformidade com os regimentos estabelecidos nesta Lei”.

Também se ocupou o legislador em dirimir antiga dúvida, acerca da possibilidade de estruturação de parcerias público-privadas, nos termos da Lei n. 11.079/2004, para fins de prestação de serviços de saneamento básico. Colmatando antiga lacuna deixada pela Lei n. 11.445/2007, o caput de seu atual art. 11-A, com redação conferida pela Lei n. 14.026/2020, admitiu expressamente este arranjo institucional de *government downsizing*.

E, como forma de ampliar ainda mais o compartilhamento de tarefas entre Estado e particulares, o mencionado art. 11-A da Lei n. 11.445/2007 assentou que, diante de previsão contratual ou de autorização expressa do titular dos serviços, poderá ser subdelegado, em até 25% do valor do contrato, o objeto contratado, a prestador com capacidade técnica comprovada (§ 1º). Isto não deverá redundar, no entanto, em

¹⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 17-18.

sobreposição de custos administrativos ou gerenciais, que onerem o usuário final dos serviços, em razão da garantia de modicidade tarifária que lhes é assegurada (§ 3º).

No contexto normativo vigente, afirma-se que, enfim, foi expressamente reconhecida a “capacidade privada para servir a objectivos públicos” em matéria de saneamento básico.¹⁶ Nesta redistribuição de direitos e obrigações entre Estado e particulares, assomam-se os ganhos em eficiência. Superou-se, logo, antigo *critério orgânico*, para fins de definição de um serviço ou função como públicos.

Na atualidade, essas ações nem sempre serão desempenhadas, com exclusividade, pelo Estado. Diversamente, deve prevalecer *critério material*, sendo certo que os serviços e funções públicas, em última análise, voltam-se à *realização do interesse público*, numa conjugação funcional entre meios e fins¹⁷, mesmo quando geridos por particulares.

Serviço público é conceito jurídico-positivo, a ser compreendido teleologicamente, como bem observou Régis de Oliveira:

Importante notar, de outra parte, que a Administração Pública, ao prestar os serviços que lhe são atribuídos, pode optar por dois caminhos: valer-se do regime de direito privado, através da concessão ou delegação, ou utilizar-se do direito público, prestando diretamente a atividade. Tal característica não retira, todavia, do usuário o direito a que o serviço lhe seja prestado, nem seu caráter público. O serviço público é uma técnica institucional finalística, não somente instrumental, impensável fora do contexto político-social e da ideia de Estado vigente em determinado momento histórico.¹⁸

Nos setores em que Estado identifica que não possui organização adequada para prestar serviços públicos com a mesma eficiência atribuída à iniciativa privada, a opção pela descentralização e pela subsidiariedade da ação pública legitima-se juridicamente. Apenas, deverá o Estado preservar o monopólio das funções de

¹⁶ GONÇALVES, Pedro. **Entidades Privadas com Poderes Públicos**. Coimbra: Almedina, 2005, p. 14.

¹⁷ Como bem prevê a Lei n. 8.666/1993, em seu art. 3º, II, constitui serviços públicos “toda atividade destinada a obter determinada utilidade de interesse para a Administração, tais como: demolição, conserto, instalação, montagem, operação, conservação, reparação, adaptação, manutenção, transporte, locação de bens, publicidade, seguro ou trabalhos técnico-profissionais”.

¹⁸ OLIVEIRA, Régis Fernandes de. Serviços públicos e tributação. Natureza jurídica da contraprestação de serviços concedidos e permitidos. In: TORRES, Heleno Taveira (Coord.). **Serviços públicos e direito tributário**. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 161-211.

regulação e fiscalização setorial (art. 174 da CF). Tudo a garantir a preponderância do interesse público.¹⁹

Em matéria de saneamento, esta regulação e fiscalização dos serviços de saneamento básico, quando confiados aos particulares, está prevista no atual art. 11-B da Lei n. 11.445/2007, com redação conferida pela Lei n. 14.026/2020. Não por acaso, este dispositivo expressamente assentou que os contratos em vigor carentes de metas de universalização e de metas quantitativas de não intermitência do abastecimento, de redução de perdas e de melhoria dos processos de tratamento, deverão incluí-las até 31 de março de 2022 (§ 1º). O mesmo deve passar com os contratos, já firmados por meio de procedimentos licitatórios pretéritos, que possuam metas diversas (§ 2º).

Previu, ademais, o § 5º do mencionado art. 11-B que o cumprimento dessas metas de universalização e não intermitência do abastecimento, de redução de perdas e de melhoria dos processos de tratamento deverá ser verificado anualmente por agência reguladora, de acordo com as métricas que estipula, sob pena de procedimento sancionador, que poderá mesmo redundar na declaração de caducidade da concessão.

Sejam prestados diretamente pelo Estado ou por particulares em regime de concorrência, como ora bem se admite para o saneamento básico, importa perceber que os serviços públicos permanecem marcados pela essencialidade, pela continuidade, pela modicidade tarifária e demais princípios previstos no § 1º do art. 6º da Lei n. 8.987/1995.²⁰

Conclui-se, portanto, que a prestação dos serviços de saneamento básico, quando confiada a particulares, deve orientar-se à melhoria da qualidade, da continuidade e da eficiência de ações que, outrora, remanesciam em mãos do Estado. *Deveras, as atividades essenciais à coletividade não podem ficar à mercê somente do jogo do mercado*, como bem percebido por Odete Medauar.²¹

O compartilhamento com a iniciativa privada não altera a finalidade ou a natureza jurídica de serviços públicos das ações de saneamento básico no Brasil. Neste contexto, os contratos de concessão que vierem a ser celebrados, sob a égide da Lei n. 14.026/2020, enquanto arranjos bilaterais, comutativos e onerosos, que conjugam regimes

¹⁹ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O serviço público e a Constituição brasileira de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 53-54.

²⁰ 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.

§1º. Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.

²¹ MEDAUAR, Odete. Ainda Existe Serviço Público? In: TORRES, Heleno. **Serviços Públicos e Direito Tributário**. São Paulo: Quartin Latin, 2005, p. 30-39.

de direito público e de direito privado²², terão a difícil tarefa de equilibrar o interesse público do Estado com as garantias inerentes à atuação da iniciativa privada²³, cujo patrimônio não pode ser involuntariamente sacrificado para a consecução de fins públicos, que ordinariamente estavam a cargo da Administração Pública.

Justifica-se, portanto, o dirigismo do legislador sobre o conteúdo mínimo desses contratos. Eis porque a Lei n. 14.026/2020, especificamente em seus arts. 10-A e 10-B, ao traçar diretrizes nacionais e gerais a serem adotadas em todas as contratações de saneamento básico, no âmbito da federação brasileira, antecipadamente, criou programas de metas e formas de fiscalização, bem assim vetou a interrupção dos serviços, determinou a redução de perdas na distribuição de água tratada, imprimiu dever de aperfeiçoamento qualitativo na prestação dos serviços e nos processos de tratamento de esgotos, além do reuso e reaproveitamento de águas pluviais, tratou das fontes de receitas dos concessionários e dos mecanismos de indenização de bens reversíveis, além de critérios de repartição de riscos contratuais, inclusive decorrentes de casos fortuitos. Tudo isso se reverte em aprimoramento das condições estruturais do sistema nacional de saneamento, ao qual deverão ser incorporadas novas tecnologias e métodos, conferindo-lhe maiores alcance e confiabilidade.²⁴

Esta abertura do Direito Administrativo ao compartilhamento com a iniciativa privada da prestação dos serviços de saneamento básico não resvala na disponibilidade do interesse público. Pelo contrário: a complexidade e as dificuldades de universalização que ora circundam a questão, conduz à celebração de acordos funcionem como instrumentos de segurança jurídica, evitando-se divergências entre os termos e condições de negociações entre o poder concedente e os concessionários

²² “A concessão é uma relação jurídica complexa, composta de um ato regulamentar do Estado que fixa unilateralmente condições de funcionamento, organização e modo de prestação do serviço, isto é, as condições em que será oferecido aos usuários; de um ato-condição, por meio do qual o concessionário voluntariamente se insere debaixo da situação jurídica objetiva estabelecida pelo Poder Público, e de contrato, por cuja via se garante a equação econômico-financeira resguardando os legítimos objetivos de lucro do concessionário. (...) Para o concessionário, a prestação do serviço é um meio através do qual obtém o fim que almeja: o lucro. Reversamente, para o Estado, o lucro que propicia é o meio por cuja via busca sua finalidade, que é a boa prestação do serviço.” (MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 700-701).

²³ “Contrato de concessão de serviço público é o ajuste por meio do qual a Administração delega a execução de um serviço do Poder Público ao particular, para que o explore por sua conta e risco, pelo prazo e nas condições ajustadas, mediante remuneração por tarifa cobrada dos usuários.” (MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e contrato administrativo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 330).

²⁴ Previu-se, por exemplo, a extinção dos lixões a céu aberto, presente na realidade dos Municípios brasileiros.

que com ele conjugam esforços, em benefício da realização eficiente da parcela do interesse público confiada aos últimos.

4 COMPARTILHAMENTO DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS ENTRE ESTADOS E MUNICÍPIOS NO MODELO CONSTITUCIONAL DE FEDERALISMO COOPERATIVO DENSIFICADO PELA LEI N. 14.026/2020

Consoante antecipado, a Lei n. 14.026/2020 não se limitou a tutelar o compartilhamento da prestação dos serviços de saneamento básico com a iniciativa privada. Foi além. Trouxe soluções de segurança jurídica que põem fim a antigos entraves relacionados ao compartilhamento de tarefas entre entes federados distintos.

Relata Camila Pezzino Balaniuc Dantas que, até a década de 1970, a oferta de serviços de saneamento básico restou sob a competência dos Municípios, tendo sido criados empresas municipais de águas e esgotos com estruturas autônomas e distintas entre si. Este modelo resultou em grave insuficiência e precariedade dos serviços, mormente diante das dificuldades de custeio desses entes, diante do acelerado processo de urbanização pelo qual passou o País. Por iniciativa da União, formulou-se, então, o Plano Nacional de Saneamento – Planasa, com recursos do Banco Nacional de Habitação – BNH e do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço – FGTS. Neste contexto do Sistema Financeiro do Saneamento, cada Estado deveria criar um Fundo de Financiamento para Águas e Esgotos e uma Companhia Estadual de Saneamento, que operaria nos Municípios sob o regime de monopólio.

Nem todos os Municípios, contudo, aderiram ao Planasa: uns seguiram com as operações de antigas empresas municipais; outros, permaneceram com autonomia parcial e, atualmente, operam mediante convênios com o Ministério da Saúde, executando os serviços por meio de autarquias municipais.

Ademais, tem-se que pequenos Municípios receberam auxílio financeiro dos Estados, por meio da formação de blocos, encarregados de implementar planos municipais e regionais de saneamento. As dificuldades de financiamento da custosa infraestrutura necessária à prestação dos serviços nesses Municípios, de fato, afastam o interesse privado.

Evidenciava-se necessária, portanto, a instituição de arranjos institucionais aptos a conferir maior segurança jurídica à conjugação de esforços entre os distintos entes federados, como forma de realizar o desenvolvimento nacional (art. 3º, II, da CF). A Lei n. 14.026/2020 serviu, precisamente, a este propósito de integração federativa.

Não se ignora competência outorgada, pelo Constituinte de 1988, à União, para fins de regulação – geral e nacional – da utilização de águas, recursos hídricos e

da temática do saneamento básico, presente nos incisos XIX e XX do art. 20, bem assim no art. 22, IV, da Constituição de 1988.

Esta competência regulamentar não se confunde, porém, com a competência para prestar diretamente este complexo serviço público que, como visto, deste 2007, contempla juridicamente quatro segmentos distintos: o abastecimento de água potável, o esgotamento sanitário, a limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos e a drenagem e manejo de águas pluviais urbanas.

Não se olvide que, nos termos dos arts. 30, V, 175 e 241 da Constituição de 1988, deve ser estimulado o compartilhamento de tarefas, outrora confiadas com exclusividade ao Estado, não só com os particulares, mas também com os demais entes federados que se revelem interessados em cooperar entre si.²⁵

Excetuadas as reservas representadas por monopólios especificamente delimitados no texto constitucional, não há óbices para que um dado serviços público possa ser prestado indiretamente, com o auxílio de terceiros. E a assertiva resta ainda mais robustecida quando verificado que os serviços públicos estaduais ou municipais apenas foram ilustrativamente previstos nos arts. 25, § 2º, e 30, V, da Constituição de 1988.

Sobre a repartição de competências, em matéria de saneamento básico, entre União, Estados e Municípios, relembra-se a lição sempre segura de Carlos Maximiliano, ao assentar, já em comentários à Constituição de 1946, que os temas de “interesse local” são “melhor conhecidos em suas particularidades pelos habitantes da cidade ou vila.”²⁶

Na forma do art. 5º da Lei n. 6. 528/1978, no entanto, as ações de saneamento básico haviam sido confiadas a empresas estaduais, sob controle acionário do Poder Público. Aponta Ricardo Marcondes Martins que esta realidade persistiu na vigência da Constituição de 1988, especialmente no que toca aos serviços individualizáveis, como é o caso do abastecimento de água potável, remunerado por tarifas, sendo certo que os serviços *uti universi*, como passa com a drenagem de águas pluviais e a limpeza urbana, nesta condição remunerados por impostos, restaram a cargo dos Municípios.²⁷

Neste particular, não se devem confundir a titularidade de bens públicos com a competência para a prestação direta de serviços públicos. Não obstante os recursos

²⁵ No mesmo sentido: MARTINS, Ricardo Marcondes. Saneamento Básico. In: VALIM, Rafael; BERCOVICI, Gilberto (coord.). **Elementos de Direito da Infraestrutura**. São Paulo: Contracorrente, 2015, 179.

²⁶ MAXIMILIANO, Carlos. **Comentários à Constituição Brasileira**. 5. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1954. v. 1, p. 359.

²⁷ MARTINS, Ricardo Marcondes. Saneamento Básico. In: VALIM, Rafael; BERCOVICI, Gilberto (coord.). **Elementos de Direito da Infraestrutura**. São Paulo: Contracorrente, 2015. p. 184.

hídricos, como regra, estarem sob a guarida da União ou dos Estados, nada impede que seja confiada aos Municípios a atividade de abastecimento de água potável.

Andou bem o legislador ao assentar, no *caput* do art. 4º da Lei n. 11.445/2007 que: “Os recursos hídricos não integram os serviços públicos de saneamento básico.” Bastará, então, que os Municípios interessados obtenham outorgas de uso dos recursos hídricos estaduais ou federais, nos termos do art. 12 da Lei n. 9.433/1997.

Com efeito, as funções do Estado podem ser cumpridas com *centralização* total ou com máxima *descentralização*, quando os governos locais desempenham suas competências com plena autonomia. O Federalismo cooperativo adequa-se a esta segunda dimensão, seja para fins de “financiamento”, seja para execução conjunta de tarefas orientadas à realização eficiente do interesse público, na redução de desigualdades regionais,²⁸ erradicação da pobreza e realização do desenvolvimento nacional equilibrado e sustentável.²⁹

Deve, logo, o federalismo cooperativo nortear a interpretação de todos os arranjos institucionais orientados à integração dos entes federados³⁰, com vistas à universalização do acesso aos serviços de saneamento básico no País. Esta tônica, inclusive, deverá pautar o recém-criado Comitê Interministerial de Saneamento.

O federalismo é meio para cumprimento das funções do Estado. Não se limita à preservação do *dever de reciprocidade na preservação das autonomias dos entes federados*.³¹ Muitos deles, de forma realista, enfrentam graves dificuldades para custear e gerir a parcela do interesse público que lhes foi originalmente confiada, como passa com o saneamento básico em muitos Municípios.

A segurança jurídica do federalismo brasileiro demanda, nessas situações, a prestação de auxílios mútuos, como bem conclui Gilberto Bercovici:

O grande objetivo do federalismo, na atualidade, é a busca da cooperação entre União e entes federados, equilibrando a descentralização federal com os imperativos da integração econômica nacional. Assim, o fundamento do federalismo cooperativo, em termos fiscais, é a cooperação financeira, que se desenvolve em virtude da necessidade de solidariedade federal

²⁸ Cf. BONAVIDES, Paulo. **A Constituição aberta**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 337 e ss.

²⁹ Não por acaso, o art. 43 da Constituição de 1988 autoriza a União a instituir mecanismos de incentivos regionais.

³⁰ DERZI, Misabel Abreu Machado; COELHO, Sacha Calmon Navarro. Federalismo e autonomia dos Estados. A competência do Senado Federal e a emissão de letras financeiras do Tesouro do Estado de Pernambuco. **Revista de Direito Tributário**, São Paulo, n. 41, p. 161-162.

³¹ Cf. FERREIRA, Pinto. **Princípios gerais do direito constitucional moderno**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1983. v. 2, p. 909.

por meio de políticas públicas conjuntas e de compensações das disparidades regionais.³²

A integração regional, no âmbito do saneamento básico brasileiro, não é novidade. A Lei n. 11.445/2007 já a havia enunciado, ao alçar, como princípio fundamental, em seu art. 2º, V, a “adoção de métodos, técnicas e processos que considerem as peculiaridades locais e regionais”. Em reforço a esta diretriz, o atual inciso VI do dispositivo em apreço, com redação conferida Lei n. 14.026/2020, reclamou ademais: “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”.

E o atual inciso XIV do referido art. 2º tratou da “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 Lei n. 11.445/2007, com redação conferida Lei n. 14.026/2020, foi expressa ao reconhecer que exercem a titularidade dos serviços públicos de saneamento básico, de um lado, os Municípios e o Distrito Federal, no caso de interesse local, de outro, 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.

Previu, ademais, que o exercício da titularidade desses serviços de saneamento poderá ser desempenhado por gestão associada, mediante consórcio público ou convênio de cooperação, nos termos do art. 241 da Constituição de 1988, sendo 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 autarquia intermunicipal.

Está-se diante de eficiente ferramenta de captação de recursos para 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, vedadas a formalização de contrato de programa com sociedade de economia mista ou empresa pública, bem assim a

³² BERCOVICI, Gilberto. **Desigualdades regionais, Estado e Constituição**. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 157. No mesmo sentido: SILVEIRA, Alessandra. **Cooperação e compromisso constitucional nos Estados compostos**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 97.

subdelegação do serviço prestado pela autarquia intermunicipal sem prévio procedimento licitatório (art. 8º, § 1º).

De se ver, inclusive, que esses convênios de cooperação sequer dependem de autorização legal. Caberá ao Chefe dos Poderes Executivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios formalizar a gestão associada para o exercício de funções relativas aos serviços públicos de saneamento básico (art. 8º, § 4º).

Deveras, os Estados somente são titulares de serviços que ultrapassam os limites de um mesmo Município. Isto passa com o transporte, mas não com o saneamento, porquanto não se podem confundir o deslocamento físico dos recursos hídricos com a prestação direta dos serviços a eles vinculados.³³ Neste particular, a competência regulamentar dos Estados, centrada no interesse regional (art. 25, § 3º, da CF), deve se conjugar, harmonicamente, com a autonomia dos Municípios para fins de prestação dos serviços de interesse local.

No mesmíssimo sentido, merece relevo o voto do Ministro Eros Grau, no julgamento da Medida Cautelar na Ação Direita de Inconstitucionalidade n. 2.077, ocorrido em 08.03.2006, sob a Relatoria do Ministro Carlos Britto, *verbis*:

(...) Note-se bem que nesses Municípios o interesse local é enriquecido pelo acréscimo, a si, do interesse interlocal [= regional]. Pois justamente a fim de que se assegure, sem violação da autonomia municipal, o atendimento a esse interesse interlocal, ao Estado-membro é atribuída competência para integrar a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum, sem que isso afete a competência municipal.

Em síntese, a competência para a prestação dos chamados serviços comuns permanece sob a titularidade dos Municípios; a eles incumbe a delegação a entidade da Administração Indireta ou a outorga de concessão a empresa privada, quando a sua prestação for empreendida não diretamente por eles. Isso ocorre ainda quando se trate de Municípios integrados em região metropolitana, aglomeração urbana ou microrregião instituída por lei complementar estadual. Neste caso incumbirá ao Estado membro tão somente prover no sentido integrar a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum, isto é, execução dos serviços comuns.

As novas prescrições legislativas, acerca do compartilhamento federativo da prestação dos serviços de saneamento básico, vêm consolidar posição, de há muito, consagrada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, acerca das Regiões Metropolitanas, dirimindo antigos conflitos de competência.

³³ MARTINS, Ricardo Marcondes. Saneamento Básico. In: VALIM, Rafael; BERCOVICI, Gilberto (coord.). **Elementos de Direito da Infraestrutura**. São Paulo: Contracorrente, 2015. p. 187.

Não obstante o referido esclarecimento quanto à titularidade dos serviços de saneamento básico de interesse local, o atual art. 8º-A confere aos Municípios a faculdade de adesão às estruturas e formas de prestação regionalizada desses serviços.

Ocupou-se mesmo o legislador em definir o conceito de “prestação regionalizada”, a qual correspondente à “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”.

Neste particular, as alíneas do art. 3º, IV, da Lei n. Lei n. 11.445/2007, com redação conferida pela Lei n. 14.026/2020, enunciou os distintos arranjos institucionais aptos ao compartilhamento de tarefas entre os entes federados. São eles: a) a *região metropolitana*, entendida como aglomeração urbana ou microrregião, instituída pelos Estados mediante lei complementar, de acordo com o § 3º do art. 25 da Constituição de 1988, composta de agrupamento de Municípios limítrofes e instituída nos termos da Lei n. 13.089/2015; b) a *unidade regional de saneamento básico*, 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; e c) o *bloco de referência*, agrupamento de Municípios não necessariamente limítrofes, formalmente criado por meio de gestão associada voluntária dos titulares dos serviços, estabelecido pela União, de forma subsidiária aos Estados.

Em reforço a esta integração federativa, tratou o art. 17 da Lei n. 11.445/2007, com redação conferida pela Lei n. 14.026/2020, de planos regionais de saneamento básico, em caso de prestação regionalizada desses serviços, o qual poderá ser elaborado com suporte de órgãos e entidades das administrações públicas federal, estaduais e municipais, além de prestadores de serviço (§ 4º) e deverá ser elaborado conjuntamente pelos Municípios atendidos. Suas disposições, inclusive, têm prevalência sobre aquelas constantes dos planos municipais (§ 2º) e dispensam a necessidade de elaboração e publicação desses planos municipais (§ 3º).

5 A CAMINHO DA UNIVERSALIZAÇÃO DO SANEAMENTO BÁSICO NO BRASIL – Síntese conclusiva

O Constituinte de 1988, visivelmente, não adotou regime de tipicidade cerrada, com vistas a limitar os diversos arranjos institucionais, a serem celebrados pelos entes federados, com vistas à realização eficiente do interesse público.

No âmbito dos serviços de saneamento básico, como visto, não basta a mera outorga jurídica de competência, aos Municípios, para que os prestem diretamente. A titularidade dessas atividades não soluciona por si mesma os graves desafios da

ausência de acesso à água potável e ao esgotamento sanitário, que ainda acometem dezenas de milhões de brasileiros.

Cumpra mesmo à União, exercendo a sua função de regulação nacional e geral do saneamento básico no País (art. 21, XX, da CF) estimular o compartilhamento de tarefas e a cooperação não só entre os entes federados, mas entre eles e a iniciativa privada, conferindo maior competitividade e eficiência ao setor.³⁴

Com efeito, a universalização dos serviços públicos em geral constitui um princípio constitucional implícito, mormente quando orientados à realização de direitos sociais, como passa com o saneamento básico, intimamente relacionado à saúde e à moradia digna (art. 6º da CF). Andou bem, portanto, o legislador ao positivá-lo, por meio do ambicioso programa de metas, previsto no art. 11-B da Lei 11.445/2007, com redação dada pela Lei n. 14.026/2020. Diante da difícil realidade dos serviços de saneamento básico no País, há um grande caminho a ser percorrido, com rapidez, a fim de que, nos próximos 12 anos, 99% da população seja atendida com água potável e 90% com coleta e tratamento de esgotos. Mais do que nunca, a demanda por eficiência enseja a descentralização da atuação estatal.

Rogemos que os novos arranjos institucionais, autorizados pela Lei n. 14.026/2020, acelerem a marcha nacional por eficiência.

REFERÊNCIAS

BERCOVICI, Gilberto. **Desigualdades regionais, Estado e Constituição**. São Paulo: Max Limonad, 2003.

BERLINGERIO, Gianna Elisa. **Studi sul pubblico servizio**. Milão: Giuffrè, 2003.

BONAVIDES, Paulo. **A Constituição aberta**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

COASE, Ronald H. The Nature of the Firm. **Economica**, New Series, v. 4, n. 16, p. 386-405, nov. 1937.

DERZI, Misabel Abreu Machado; COELHO, Sacha Calmon Navarro. Federalismo e autonomia dos Estados. A competência do Senado Federal e a emissão de letras

³⁴ MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. A universalização como princípio fundamental do regime jurídico do saneamento básico e do Estatuto das Cidades. In: PICINI, Juliana; FORTINI, Cristiana (orgs.). **Saneamento Básico**: estudos e pareceres à luz da Lei n. 11.445/2007. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 240.

financeiras do Tesouro do Estado de Pernambuco. **Revista de Direito Tributário**, São Paulo, n. 41, p. 161-162.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27. ed. SP: Atlas, 2014.

_____. **Parcerias na Administração Pública**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

FERREIRA, Pinto. **Princípios gerais do direito constitucional moderno**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1983. v. 2.

GONÇALVES, Pedro. **Entidades Privadas com Poderes Públicos**. Coimbra: Almedina, 2005.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: RT, 1990.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O serviço público e a Constituição brasileira de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2003.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Concessões*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Saneamento Básico. In: VALIM, Rafael; BERCOVICI, Gilberto (coord.). **Elementos de Direito da Infraestrutura**. São Paulo: Contracorrente, 2015.

MAXIMILIANO, Carlos. **Comentários à Constituição Brasileira**. 5. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1954, v. I.

MEDAUAR, Odete. Ainda Existe Serviço Público? In: TORRES, Heleno. **Serviços Públicos e Direito Tributário**. São Paulo: Quartin Latin, 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e contrato administrativo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (coord.). **Uma avaliação das Tendências Contemporâneas do Direito Administrativo**: Obra em homenagem a Eduardo García de Enterría. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. A Natureza Jurídica dos Serviços Sociais Autônomos. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, v. 207, p. 80-81, jan./mar. 1997.

MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. A universalização como princípio fundamental do regime jurídico do saneamento básico e do Estatuto das Cidades. *In*: PICINI, Juliana; FORTINI, Cristiana (org.). **Saneamento Básico**: estudos e pareceres à luz da Lei n. 11.445/2007. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

MOURA, Emerson Affonso da Costa. Agências, expertise e profissionalismo: o paradigma da técnica na administração pública. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n. 254, p. 68, maio/ago. 2010.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; DAL POZZO, Augusto Neves (coord.). **Estudos sobre o marco regulatório de saneamento básico no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de. Serviços públicos e tributação. Natureza jurídica da contraprestação de serviços concedidos e permitidos. *In*: TORRES, Heleno Taveira (coord.). **Serviços públicos e direito tributário**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

SAMPAIO, José Adércio Leite. O Estado Democrático de Direito. *In*: HORBACH, Carlos Bastide; ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; AMARAL JR., José Levi Mello do; LEAL, Roger Stiefelmann (coord.). **Direito Constitucional, Estado de Direito e democracia**. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

SILVEIRA, Alessandra. **Cooperação e compromisso constitucional nos Estados compostos**. Coimbra: Almedina, 2007.

TÁCITO, Caio. Transformações do Direito Administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 214, p. 32 e 33, out./dez. 1998.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

TORRES, Heleno Taveira. **Direito constitucional tributário e segurança jurídica**: Metodica da segurança jurídica do Sistema Constitucional Tributário. São Paulo: RT, 2011.

AS PERSPECTIVAS REGULATÓRIAS E OS DESAFIOS SUSTENTÁVEIS PARA A REGIONALIZAÇÃO E A UNIVERSALIZAÇÃO DO NOVO MARCO LEGAL DO SANEAMENTO BÁSICO: reflexões debatidas na COP26

Daniela Janaina Pereira Miranda*

Leandro Mello Frota*

SUMÁRIO: 1 Os desafios do Saneamento e da Água no Brasil e no Mundo. 2 Princípios fundamentais. 3 A COP26. 4 Novo marco regulatório do saneamento. 5 Exemplo Paraná. 6 Retomada Verde. 7 Conclusão.

1 OS DESAFIOS DO SANEAMENTO E DA ÁGUA NO BRASIL E NO MUNDO

O Brasil possui 12% da água doce do mundo e ainda assim vive uma crise ambiental e humanitária sem precedentes. O uso da água doce vem aumentando desde a década de 1980, com o crescimento de 1% ao ano. Alguns fatores apontados para esse crescimento são: crescimento populacional, aumento do consumo, desenvolvimento econômico e mudanças no padrão de consumo, conforme relatório das nações unidas para o desenvolvimento dos recursos hídricos.

A ausência de saneamento básico afeta 100 milhões de brasileiros, o que equivale a população somada da Colômbia, Argentina e o Uruguai. São 36 milhões de brasileiros sem água limpa e segura para beber, o que equivale a duas vezes a população da Holanda, conforme os dados do Trata Brasil.

* Pedagoga (FAFICOP), Graduada em Bacharelado em Administração (UNINTER), Especialista em Auditoria e Gestão Ambiental (UTFPR), Mestre em Geografia (UFPR), Doutoranda em Meio Ambiente e Desenvolvimento (UFPR), Diretora Administrativo Financeiro da Agência Reguladora AGEPAR- Paraná.

* Advogado e Cientista Político. Doutorando em Ciência, Tecnologia e Inovação-UFRRJ. Mestre em Ciência Política e Relações Internacionais-IUPERJ. Presidente da Comissão Especial de Saneamento, Recursos Hídricos e Sustentabilidade e Procurador Especial Ambiental da CFOAB. Membro do Comitê de monitoramento do ODS6 do Pacto Global da ONU. Coordenador do Observatório de Saneamento Básico do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa-IDP. Foi diretor da Fundação Nacional da Saúde-FUNASA e diretor do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade-ICMBio. Membro da banca do XVII Concurso Público para Juiz Federal substituto do TRF2. Professor do IDP, PUC Minas e CEPED-UERJ.

No Brasil são despejadas mais de 7.300 piscinas olímpicas de esgoto in natura nos rios, lagos e oceano. Sem falar nos famigerados lixões, milhares em nosso país, problema grave social e ambiental que foi retratado na novela “Avenida Brasil”.

Segundo os dados da UNICEF, mais de 2.000 crianças morrem diariamente de diarreia no mundo, sendo que 90% dos casos estão ligados a água contaminada, ausência de saneamento e hábitos de higiene.

No mundo mais de 2 bilhões de pessoas vivem estresse hídrico. Cerca de 1,6 bilhão de pessoas enfrentam escassez econômica de água, conforme os dados do Trata Brasil. São 2,4 bilhões de pessoas sem saneamento adequado. São 13% da população não tem banheiro químico e 892 milhões de pessoas no mundo ainda praticam a defecação a céu aberto.

2 PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS

As Organizações das Nações Unidas - ONU reconhece o Direito a água potável e ao esgotamento sanitário desde 2010 por meio da resolução 64/292 como condição para que outros direitos possam ser desfrutados. O Direito a água e ao esgoto estão relacionados a vida e a dignidade da pessoa humana.

Os Direitos Humanos à água abrangem o uso pessoal e doméstico, de forma a atender as necessidades humanas. O Direito Humano ao esgotamento sanitário engloba a coleta, transporte e o tratamento ambiental, a proteção a privacidade e a dignidade da pessoa humana. O país precisa avançar no entendimento que saneamento é política de Direitos Humanos e que hoje vivemos uma das maiores catástrofes humana e ambiental. A pandemia da Covid-19 nos trouxe um outro fator de avaliação do saneamento básico. Investir em saneamento é investir em saúde.

A primeira conferência internacional sobre a promoção da saúde, realizada no ano de 1986, no Canadá, foi um marco na promoção das políticas públicas de saúde, já que na conferência nasceu o conceito de saúde ampliado, não apenas com o foco nas doenças e sim uma visão multidimensional da saúde, com a sua inter-relação com os setores sociais, políticos, econômicos e ambientais.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 encampou o conceito de saúde ampliada na criação do Sistema Único de Saúde - SUS. No artigo 200, IV da CRFB/88 cabe ao SUS participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico. A saúde passa a ter o papel de promover a cidadania e o saneamento passa a compreender como uma política eficaz de promoção da saúde.

A extrema pobreza é um dos grandes males do século XXI. A pobreza é o vilipêndio mais cruel dos Direitos Humanos mais fundamental. A desigualdade na distribuição de renda e elevados níveis de pobreza no Brasil, fica inquestionável tratar-

se de um país injusto, o qual com dados e fatos históricos exprime falha ao desenvolver oportunidades de inclusão econômica e social. Na pobreza não existe dignidade. O ser humano perde o sentimento de pertencimento da sociedade. A erradicação da pobreza é princípio fundamental da República Federativa do Brasil e está positivado no artigo 3^a da CRFB/88.

A falta de acesso à água, só no Brasil são 36 milhões de brasileiros, está relacionada a pobreza extrema. O estudo publicado pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento - PNUD famílias mais pobres chegam a pagar 10 vezes mais por água do que as famílias mais ricas.

Em visita ao Brasil a representante da ONU para os Direitos Humanos a professora Catarina de Albuquerque, afirma que: “Sem água potável ou saneamento básico, muitos outros Direitos Humanos, inclusive o Direito à vida, não podem ser garantidos”.

No ano de 2015 os países membros da ONU aprovaram por consenso a Agenda 2030. Trata-se de um plano de ação para tentar acabar com a pobreza e proteger o clima e o meio ambiente até o ano de 2030. São ao todo 17 Objetivos Desenvolvimento Sustentável - ODS e a sexta é que trata da água e do esgoto.

O papel da ODS6 é garantir água e saneamento para todos, tendo oito metas como sendo prioritárias, são elas:

- i. Até 2030, alcançar o acesso universal e equitativo a água potável e segura para todos;
- ii. Até 2030, alcançar o acesso a saneamento e higiene adequados e equitativos para todos, e acabar com a defecação a céu aberto, com especial atenção para as necessidades das mulheres e meninas e daqueles em situação de vulnerabilidade;
- iii. Até 2030, melhorar a qualidade da água, reduzindo a poluição, eliminando despejo e minimizando a liberação de produtos químicos e materiais perigosos, reduzindo à metade a proporção de águas residuais não tratadas e aumentando substancialmente a reciclagem e reutilização segura globalmente;
- iv. Até 2030, aumentar substancialmente a eficiência do uso da água em todos os setores e assegurar retiradas sustentáveis e o abastecimento de água doce para enfrentar a escassez de água, e reduzir substancialmente o número de pessoas que sofrem com a escassez de água;
- v. Até 2030, implementar a gestão integrada dos recursos hídricos em todos os níveis, inclusive via cooperação transfronteiriça, conforme apropriado;
- vi. Até 2020, proteger e restaurar ecossistemas relacionados com a água, incluindo montanhas, florestas, zonas úmidas, rios, aquíferos e lagos;

- vii. Até 2030, ampliar a cooperação internacional e o apoio à capacitação para os países em desenvolvimento em atividades e programas relacionados à água e saneamento, incluindo a coleta de água, a dessalinização, a eficiência no uso da água, o tratamento de efluentes, a reciclagem e as tecnologias de reuso,
- viii. Apoiar e fortalecer a participação das comunidades locais, para melhorar a gestão da água e do saneamento.

As metas da ODS6 é melhorar a qualidade da água, evitar o fim da defecção em locais inapropriados, a universalização do saneamento e a distribuição da água de forma igualitária.

3 A COP26

A Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança Climática (UNFCCC) é um tratado internacional com o objetivo de estabilizar as concentrações de gases de efeito estufa na atmosfera.

A COP26 - Conferência das Nações Unidas Sobre as Mudanças Climáticas de 2021, foi realizada em Scottish Event Campus, Glasgow, Reino Unido, entre as datas de 31 de outubro e 12 de novembro de 2021. Existia um alto nível de expectativa para a COP26, tendo em vista que a reunião era para ocorrer em 2020, porém devido a pandemia ela foi adiada para 2021.

Os debates em relação “ao futuro comum”, continuam sendo complexos. Muitas são as avaliações, as inovações, as legislações ambientais, econômicas, sociais e culturais que objetivam e vão de encontro com as reflexões debatidas na recente COP26.

Durante a COP26, foram colocados em pauta diversas teses de mitigação climática. O resultado da conferência foi menor do que o esperado. O rascunho do documento final de Glasgow, intensifica o compromisso dos países para a redução de emissões de gases do efeito estufa, mas não cumpre a meta de 1,5° C.

Foi discutida a necessidade de que os países em desenvolvimento recebam mais recursos para enfrentar o aumento das temperaturas, sendo reconhecida a vulnerabilidade desses países que também estão sofrendo perdas e danos com a crise climática. Além disso, é solicitado pela primeira vez, que os países acelerem a eliminação do uso de carvão e combustíveis fósseis.

Uma das temáticas da COP26, foi a degradação e esgotamento dos recursos hídricos, foi apontado pelo Ministro do Desenvolvimento Regional Rogério Simonetti Marinho como um dos graves problemas atuais. O ministro citou o a Lei 14.026/2020 como exemplo brasileiro de combate as desigualdades: “Com o Marco Legal do Saneamento, vamos levar água tratada para 99% do território brasileiro até 2033. Nas residências, esgoto doméstico para 100 milhões de brasileiros”.

4 O NOVO MARCO DO SANEAMENTO

O marco regulatório do Saneamento básico foi sancionado no dia 15 de julho de 2020. A ideia de construir um novo marco foi em razão do cenário caótico, com pouca segurança jurídica e com pouco investimento privado. O setor é predominantemente público, operando 94% do saneamento no país.

O estudo da Associação Brasileira de Concessionárias Privadas de Serviços Públicos de Águas e Esgoto juntamente com a KPMG aponta que caso mantido os investimentos públicos no montante anual a universalização dos serviços de água e esgoto só ocorreriam em 2055.

A prestação dos serviços de saneamento básico tem sido tema de grande relevância, quando sancionada a Lei nº 14.026, de 15 de julho de 2020 ao instituir o Novo Marco Legal do Saneamento Básico no Brasil. A complexidade que abrange os princípios da seguridade do saneamento básico, são polêmicas e transversais. Pois, envolve direta e indiretamente políticas públicas e esferas que tratam a concepção sobre qualidade de vida, infraestrutura e outros debates que vão além de registros que revelam o número de brasileiros que não possuem acesso à água tratada e/ou coleta de esgoto. Os índices qualitativos e quantitativos correspondem segundo o artigo 4º da Lei nº 14.026/20, em seu inciso XXIII:

Declarar a situação crítica de escassez quantitativa ou qualitativa de recursos hídricos nos corpos hídricos que impacte o atendimento aos usos múltiplos localizados em rios de domínio da União, por prazo determinado, com base em estudos e dados de monitoramento, observados os critérios estabelecidos pelo Conselho Nacional de Recursos Hídricos, quando houver.

O panorama que desenha a crise ambiental referente à escassez dos recursos hídricos, reflete as falhas de investimento público e fiscalização no setor, o próprio Marco Regulatório dispõe sobre a criação de um Comitê Interministerial de Saneamento, afirmando a possibilidade de uma maior integração entre ministérios, essa vinculação necessária entre os órgãos. Certifica a celeridade dos procedimentos, o que busca garantir igualdade ao acesso.

Por saneamento entende-se um conjunto de ações integradas, que envolvem as diferentes fases do ciclo da água e compreende: a captação ou derivação da água, seu tratamento, adução e distribuição, concluindo com o esgotamento sanitário e a efusão industrial² (BARROSO, Luís Roberto. Saneamento básico: competências constitucionais da União, Estados e Municípios. **Revista eletrônica de direito administrativo econômico**, nº 11, p. 2).

A nova organização para as diretrizes de saneamento básico instituída pela Lei nº14.026/20, tornou possível a participação de prestadoras de serviços ambientais que identificam e apresentam soluções, para orientar e providenciar os objetivos estabelecidos no Novo Marco Regulatório do Saneamento Básico, a qual requer desempenho técnico para o manejo correto do resíduo sólido, além do tratamento dos fluídos.

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.

Nesse sentido, se faz importante registrar o cenário de estudos/pesquisas sobre assuntos interligados ao contexto do Marco regulatório do Saneamento Básico, sob conceitos e fundamentos de áreas correlatas que debatem sobre mudanças climáticas, programas de investimentos sustentáveis, regionalização, universalização impactos socioambientais urbanos e o direito ambiental e urbanístico, ressaltando as escalas do importante papel do planejamento e da gestão num processo que objetiva o desenvolvimento e crescimento de um habitat que vida a qualidade de vida do interesse local e regional.

Percebe-se a magnitude do Novo Marco Regulatório, que além da ampliação sobre os projetos e restaurações ambientais, a Lei nº14.026/20, ainda fortalece o ideal de que água potável é um bem disponível a todos, a universalização de acesso ao saneamento básico, os programas ambientais que demonstram a necessidade de ter o manejo correto desse bem natural não renovável, consolidando que ao tratar, ao dispor de tratamento sanitário e educação ambiental à população, será possível manter padrões de qualidade e eficiência. O Excelentíssimo Senhor Ministro Luiz Fux (2020), ADI 6492 MC/ DF, apontou que:

É inegável que o desenho normativo do marco regulatório de um setor tão sensível a todos os brasileiros não pode ser isento a um controle social e jurídico rigorosos, sobretudo diante dos imperativos constitucionais de universalização, adequação e eficiência. Nada obstante, em um juízo perfunctório, inerente à sede cautelar, os compromissos regulatórios a serem assumidos pelo setor não parecem violar a Constituição Federal, senão justamente promover o acesso a condições mínimas de dignidade como água potável e a tratamento de esgoto.

Ao adquirir uma nova perspectiva ao garantir livre concorrência para atuação de empresas privadas em igualdade de condições com as estatais, os chamados contratos de concessão, tem como meta buscar a universalização do saneamento básico, considerando o artigo 48 da Lei nº 14.026/2020:

IX - adoção de critérios objetivos de elegibilidade e prioridade, considerados fatores como nível de renda e cobertura, grau de urbanização, concentração populacional, porte populacional municipal, áreas rurais e comunidades tradicionais e indígenas, disponibilidade hídrica e riscos sanitários, epidemiológicos e ambientais;

Destaca-se que é necessário ser adotado medidas socioeconômicas ambientais durante todo o procedimento de inserção do Novo Marco Regulatório, que argumentam estudos/pesquisas diversas como assuntos sobre mudanças climáticas, programas de investimentos sustentáveis observados em projetos como a produção de água, possibilitando qualidade do conjunto de serviços prestados com a devida universalização.

Dentro deste contexto, tratamos que uma das fundamentações do Novo Marco Regulatório do Saneamento retrata o planejamento e a modelagem da vida econômica e social (local/regional) ao ser materializado em espaços articulados por suas atividades concretas, onde possamos por meio de metodologias de gestão de resultados, mensurar indicadores e as metas dos serviços de saneamento, ao monitorar o processo de contratações das empresas licitadas e seus contratos incompatíveis as vulnerabilidades e aos impactos socioambientais.

Tal planejamento e modelagem, geram instrumentos que reforçam a reforma das normas de controle sociais apontadas pela Agência Nacional das Águas – ANA, de um marco regulatório regionalizado de forma universalizada sob princípios de gestão integrada ao buscar a efetividade e a transparência de ferramentas que visam garantir a segurança hídrica, bem como, a qualidade da prestação de serviços de tratamento de água e esgoto, como também a melhoria contínua de responsabilidades compartilhadas dos serviços de limpeza urbana e resíduos sólidos, bem como, outras atribuições do poder público.

Nesse contexto, o artigo 225, caput, da Constituição Federal, aponta o controle social, a importância de que os atores devem estar envolvidos no andamento, monitoramento, fiscalização de serviços de saneamento básico. Nessa linha, a Lei 11.445 de 2007 remete, controle social, sendo um conjunto de mecanismos e procedimentos que visam garantir a toda sociedade os dados e informações técnicas necessárias para que a mesma, esteja participando dos processos de formulações de políticas públicas sobre a temática direta e indireta sobre saneamento básico.

Na Lei 14.026 de 2020, foi mantida sua definição, ou seja, em linhas gerais os instrumentos de planejamento, comunicação e avaliação relacionados à prestação

de serviços públicos de saneamento básico são fundamentais para que sejam minimizadas as vulnerabilidades socioambientais do ordenamento territorial/regional. Outro ponto relevante a ser mencionado sobre as alterações na referida lei, está no art. 3 quando se trata da regionalização como um aspecto de planejamento para a realização de prestação dos serviços de saneamento básico

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, 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 do ano de 2015 no Estatuto da Metrópole; 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. C) bloco de referência: agrupamento de municípios não necessariamente limítrofes, estabelecidos pela União nos termos do § 3º do art. 52 desta Lei e formalmente criado por meio de gestão associada voluntária dos titulares;

5 O EXEMPLO PARANÁ

Nesse sentido, destacamos o Governo do Estado do Paraná, pois realizou consulta pública sobre o "Projeto de Lei Complementar" da qual foi debatido sobre a "Instituição das Microrregiões de Águas e Esgoto do Oeste, do Centro-leste e do Centro-litoral e suas respectivas estruturas de governança", sendo o objetivo debater a Prestação Regionalizada dos Serviços Públicos de Abastecimento de Água e Esgotamento Sanitário. Visando a determinar o panorama da regionalização até a data de 15 de julho de 2021, conforme descreve o Novo Marco Regulatório de Saneamento Básico ao exigir que os contratos dos serviços públicos de saneamento, garantam 99% de atendimento de água tratada e 90% com os serviços de tratamento de esgoto e coleta de resíduos até o ano de 2023.

O relatório final da consulta pública do Paraná, apresenta a proposta de regionalização de prestação dos Serviços Públicos de Abastecimento de Água e Esgotamento Sanitário que divide o estado em 3 microrregiões: Centro-Litoral, Centro-Leste e Oeste.

A proposta foi desenvolvida mediante estudos de econometria espacial, visando a melhor estrutura para a prestação dos serviços públicos de saneamento básico sob diretrizes econômicas, ambientais, sociais e territoriais que estejam coerentes com a organização espacial de regionalização a fim de poder cumprir e assegurar os melhores resultados para a universalização do saneamento nos municípios ao estarem mapeadas por microrregiões.

Imagem 1: Mapa do Estado do Paraná: Proposta de Regionalização para a Universalização dos Serviços de Saneamento Básico (2021).



Fonte: <http://www.consultapublica.sedu.pr.gov.br/Lei-Complementar>.

Nessa ordem, de acordo com relatório final da consulta pública 001/2021 da Secretaria de Desenvolvimento Urbano e Obras Públicas do Estado do Paraná, o objetivo visa estruturar a prestação regionalizada dos serviços de tratamento de água e esgoto sob o Decreto 7.267, de 8 de abril de 2021 / Resolução nº 621, de 13 de abril de 2021.

Em linhas gerais, a proposta de regionalização para a universalização dos serviços de saneamento no estado do Paraná, por meio das microrregiões são desafios da gestão pública, pois visam promover orientações técnicas para as microrregiões de forma integrada de desenvolvimento, a fim de garantir a participação efetiva dos municípios, ao estabelecer critérios técnicos que indiquem e estabeleçam as melhores

diretrizes para a viabilidade de prestação de serviços de saneamento básico, por meio de metas de integração e seus prazos (curto, médio e longo prazo), observando que as mesmas sejam mensuráveis para a prática e aplicação, pois devem ser atendidas a universalização do saneamento sendo exigência primordial da Lei 14.026 de 2021.

Desta forma apresenta-se o estudo apresentado/realizado pela FUNDACE é profundo e extenso referente as microrregiões de águas e esgoto do estado do paraná, destaca-se:

O Novo Marco Legal do Saneamento (Lei n  14.026/2020) estabeleceu metas de expansão do atendimento de serviços de saneamento básico em anos limites (2033 ou 2040), que podem ser atingidas por metas graduais, e permitiu a consideração de métodos alternativos e distintos da área urbana na prestação dos serviços em áreas rurais, remotas ou núcleos urbanos informais consolidados. Porém, o presente estudo trata exclusivamente do planejamento da expansão do atendimento para a população urbana do estado do Paraná. Portanto, as estimativas anuais das populações urbanas municipais no período considerado nas análises dos EVTEs são de suma importância. (FUNDACE, 2021, fl. 205).

Nesse sentido, acredita-se que a atualização, ou melhor, a reforma das normas de saneamento básico para a prestação de serviços do saneamento no Brasil, traz em seu ordenamento jurídico retratar as competências da Agência Nacional de  guas e Saneamento Básico (ANA), entre eles destacamos que pelo Novo marco do Saneamento, Lei 14.026 de 2021, a questão da universalização da regulação é que os municípios precisam indicarem uma Agência Reguladora para a fiscalização dos serviços e, por essa razão as normas viabilizam maiores investimentos por meio de concessões privadas.

6 A RETOMADA VERDE

O mundo mudou, a sociedade mudou e as empresas também. O ano de 2020 foi de sacrifícios e de aprendizados. A pandemia da Covid-19 serviu para acelerar o processo de transformação do capitalismo mundial.

No  ltimo Fórum Econômico Mundial, os CEOs das maiores multinacionais defenderam um novo modelo de capitalismo, chamado de capitalismo de *stakeholder*. O papel do *Stakeholder*   voltar os interesses da empresa para todos que, em algum grau, dependa dela. O capitalismo de *Stakeholder* veio para substituir o capitalismo de *Shareholder* (acionista). Muda a visão que o papel da empresa é obter lucros para um papel mais consciente voltado para acionistas, funcionários, comunidade local e cadeia produtivas.

As empresas passam a querer deixar um legado para o planeta. Nas palavras de Mark Benioff, CEO e fundador da Salesforce: “A economia '*shareholder*' nos trouxe desigualdade e uma crise climática”.

Os grandes fundos de investimentos, em carta para seus acionistas, apontaram que não vão investir em empresas que não respeitem o meio ambiente e a política de gênero e raça. Laurence Fink, fundador da Blackrock, em carta aos seus acionistas, apresentou o futuro dos investimentos da empresa. Entre as questões apontadas estão a proteção do meio ambiente, aposentadoria, defesa da igualdade de gênero e raça:

Frustrada com as mudanças econômicas fundamentais e a incapacidade do governo em fornecer soluções duradouras, a sociedade está cada vez mais buscando em empresas de capital aberto e fechado soluções para problemas sociais e econômicos. Dentre essas questões estão a proteção do meio ambiente, aposentadoria e igualdade de gênero e raça. Parte dessas pressões da população sobre as empresas vem das mídias sociais, que está ganhando cada vez mais força e alcance de uma forma nunca vista antes. Além dessas pressões, as empresas devem lidar com as complexidades de um ambiente financeiro em final de ciclo, incluindo o aumento da volatilidade, que pode criar incentivos para maximizar os retornos de curto prazo em detrimento do crescimento no longo prazo.

O último relatório do Painel Internacional de Alterações Climáticas (IPCC) aponta para uma ligação muito clara entre as mudanças climáticas e a água. São 771 milhões de pessoas sem água limpa perto de casa.

Para os mais pobres, crise climática significa crise de água. Os dados são alarmantes. Apenas 5% do financiamento climático global é para auxiliar os países em desenvolvimento a se adaptarem as mudanças climáticas. O Brasil tem condições de liderar esse movimento. O país necessita apresentar políticas públicas voltadas para investimentos em infraestrutura verde e com isso ser um dos grandes líderes da retomada verde.

A retomada verde é um movimento global que visa rediscutir o modelo de sociedade, vida e consumo e que pode trazer benefícios para o país. O fortalecimento da bioeconomia, investimentos em economia circular, fortalecimento das políticas públicas de energia renovável, criação de cidades inteligentes, investimentos em água e esgoto, políticas de baixo carbono, projetos de infraestrutura verdes, são pontos importantes e de interesse dos investidores.

A retomada verde passa necessariamente por investimentos em água e esgoto. Segundo o Fórum Econômico Mundial, a água e o esgoto são a linha crítica de defesa contra as mudanças climáticas. Para alcançar a tão sonhada universalização

dos serviços de água e esgoto até 2033, serão necessários investimentos de 700 bilhões de Reais, conforme estudo da ABCON/KPMG.

7 CONCLUSÃO

Os serviços de água e esgoto são fundamentais para o desenvolvimento da vida humana. O movimento global de retomada verde faz com que o Brasil seja um país com grandes possibilidades de investimentos. A aprovação da Lei 14.026/2020 vem sendo fundamental para atrair novos investimentos privados.

Apesar do novo marco regulatório do saneamento só ter 1 ano, o país passa por um “boom” de concessões. Os estados estão tentando atrair investimentos com o foco na universalização dos serviços de água e esgoto e o Paraná vem demonstrando ser um bom exemplo de práticas regulatórias.

A temática água e esgoto ganhou força nos grandes fóruns internacionais. A percepção dos cientistas e empresários é que investir em água e esgoto pode ajudar a resolver o risco climático.

A conferência das partes-COP26 trouxe uma sinalização importante sobre aumento dos investimentos climáticos para países em desenvolvimento. O Brasil tem capacidade de liderar um movimento global por uma retomada verde nos investimentos. Os investimentos em infraestrutura verde é um caminho para resolver a crise econômica. Só os investimentos em saneamento básico o valor pode chegar a 700 bilhões até 2033.

A política de água e esgoto é transversal. Ao investir, o estado alcança políticas públicas que são essenciais para o desenvolvimento da pessoa humana. Investir em água e esgoto significa atacar a extrema pobreza, prevenção na saúde, turismo, educação e resolve um dos graves problemas ambientais do mundo e auxilia no combate as mudanças climáticas. Como foi dito no Fórum Econômico Mundial, “Para os mais pobres, crise climática é crise de água”.

REFERÊNCIAS

BRASIL, Abcon. <https://www.abconsindcon.com.br/noticias/abcon-sindcon-lanca-o-panorama-2021-e-divulga-investimento-recorde-e-avanco-na-cobertura-dos-operadores-privados-no-saneamento/>. Acesso em: 15 nov. 2021.

BRASIL, Organização das Nações Unidas – ONU. <https://brasil.un.org/>. Acesso em: 15 nov. 2021.

BRASIL, Gov.br – Ministério do Desenvolvimento Regional – **Agência Nacional de Água e Saneamento Básico**. <https://www.gov.br/ana/pt-br>. Acesso em: 14 nov. 2021.

BRASIL, Planalto, **Lei 14.026/2020**. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L14026.htm. Acesso em: 15 nov. 2021.

BRASIL, **Painel Saneamento Brasil**, <https://www.painelsaneamento.org.br/>. Acesso em: 15 nov. 2021.

BRASIL, **Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento – SNIS** - <http://snis.gov.br/>. Acesso em: 15 nov. 2021.

BRASIL, **Novo Marco de Saneamento Básico**, <https://www.gov.br/pt-br/noticias/transito-e-transportes/2020/07/novo-marco-de-saneamento-e-sancionado-e-garante-avancos-para-o-pais>. Acesso em: 15 nov. 2021.

BRASIL, Senado Federal – **citação Agência Senado** - <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/06/24/senado-aprova-novo-marco-legal-do-saneamento-basico/>. Acesso em: 15 nov. 2021.

BRASIL, **Portal Saneamento Básico**: <https://www.saneamentobasico.com.br/tecnologias-saneamento-brasil/>. As 5 tecnologias que estão revolucionando o saneamento no Brasil. Acesso em: 15 nov. 2021.

BRASIL, Engenharia 360 - Por Hélien Reis – **Saneamento 4.0** - O que esperar com a indústria 4.0 e a Sociedade 5.0: <https://engenharia360.com/saneamento-4-0-o-que-esperar-com-a-industria-4-0-e-a-sociedade-5-0/>. Acesso em: 15 nov. 2021.

BRASIL, Fundação Instituto de Administração – FIA – **Sociedade 5.0**: o que é, Objetivos e Como funciona: <https://fia.com.br/blog/sociedade-5-0/>. Acesso em: 16 nov. 2021.

BRASIL, **Fundação Nacional da Saúde – Funasa** - http://www.funasa.gov.br/todas-as-noticias/-/asset_publisher/lpnzx3bJYv7G/content/-cada-real-gasto-em-saneamento-economiza-nove-em-saude-disse-ministro-da-saude?inheritRedirect=false. Acesso em: 16 nov. 2021.

BRASIL, **Fundação Nacional da Saúde - Funasa**: http://www.funasa.gov.br/documents/20182/38564/MNL_PNSR_2019.pdf. Acesso em: 16 nov. 2021.

BRASIL, Comissão Especial de Saneamento, Recursos Hídricos e Sustentabilidade - **Cartilha Saneamento Básico** – Ordem dos Advogados do Brasil – OAB Nacional, 1ª Edição, 2020, Coordenada por Leandro Mello Frota e Rodrigo Santos Hosken.

BRASIL, Comissão Especial de Saneamento, Recursos Hídricos e Sustentabilidade - **Cartilha Saneamento Básico** – Ordem dos Advogados do Brasil – OAB Nacional, 2ª Edição, 2021, Coordenada por Leandro Mello Frota e Rodrigo Santos Hosken.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, **Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.842 Rio de Janeiro**, <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630026>. Acesso em: 16 nov. 2021.

BRASIL, Instituto Trata Brasil, **Saneamento é saúde** - <http://www.tratabrasil.org.br/>. Acesso em: 16 nov. 2021.

BRASIL, Planalto, **Decreto nº 9.254/2017**, http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Decreto/D9254.htm. Acesso em: 16 nov. 2021.

BARROSO, Luís Roberto. Saneamento básico: competências constitucionais da União, Estados e Municípios. **Revista de Informação Legislativa**, v. 38, n. 153, p. 255- 270, jan./mar. 2002. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/762>. Acesso em: nov. 2021.

BRASIL. Constituição. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: nov. 2021.

BRASIL. **Lei Nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007**. Diário Oficial da União, DF 5 de janeiro de 2007. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/11445.htm. Acesso em: nov. 2021.

BRASIL. **Lei Nº 14.026, de 15 de julho de 2020**. Diário Oficial da União, DF, 15 de julho de 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/14026.htm. Acesso em: nov. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade**. Brasília: STF, 2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho1123540/false>. Acesso em: nov. 2021.

CORACCINI, Raphael. COP26: Marinho fala em “produzir água” e recuperar bacias para próximas gerações. **CNN Brasil**, 2021. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/politica/cop26-marinho-fala-em-produzir-agua-e-recuperar-bacias-para-proximas-geracoes/>. Acesso em: nov. 2021.

FUNDACE. Estudo de Regionalização. **Regionalização do Saneamento Básico do Estado do Paraná. Microrregiões de Águas e Esgoto do Estado do Paraná**. Ribeirão Preto, SP. Junho de 2021.

FROTA, Leandro Mello; LEITE, Maria Isabelle Souto. **O Novo Marco Regulatório do Saneamento: Lei n. 14.026/2020**. Ensaio sobre a transformação digital no direito. Brasília, 2021, p. 341-350.

ONU – **Organização das Nações Unidas** - <https://www.ipcc.ch/report/sixth-assessment-report-working-group-i/>. Acesso em: 13 nov. 2021.

ONU – Organização das Nações Unidas- <https://washmatters.wateraid.org/pt-pt/blog/minha-mensagem-na-%C3%A1gua-de-vi%C3%A7o-e-saneamento-cr%C3%ADtico-defesa-agravamento-agravamento-climato-mudan%C3%A7a>. Acesso em: 13 nov. 2021.

ONU - Organização das Nações Unidas. <https://washmatters.wateraid.org/sites/g/files/jkxooof256/files/just-add-water-a-landscape-analysis-of-climate-finance-for-water.pdf>. Acesso em: 13 nov. 2021.

PODER 360. <https://www.poder360.com.br/meio-ambiente/onu-metas-de-emissao-propostas-na-cop26-sao-menores-do-que-o-esperado/>. Acesso em: 12 nov. 2021.

PLATAFORMA AGENDA 2030 - Organização das Nações Unidas – ONU – <https://www.agenda2030.org.br/>. Acesso em: 15 nov. 2021.

PLATAFORMA AGENDA 2030 - Organização das Nações Unidas – ONU <https://news.un.org/pt/tags/forum-economico-mundial>. Acesso em: 15 nov. 2021.

PLATAFORMA AGENDA 2030- Organização das Nações Unidas – ONU
<https://news.un.org/pt/story/2020/11/1733352>. Acesso em: 15 nov. 2021.

PLATAFORMA AGENDA 2030- Organização das Nações Unidas – ONU
<https://www.ipcc.ch/report/sixth-assessment-report-working-group-i/>. Acesso em: 15 nov. 2021.

PLATAFORMA AGENDA 2030- Organização das Nações Unidas – ONU
<https://brasil.un.org/pt-br/123077-agencias-da-onu-lancam-relatorio-mundial-sobre-o-desenvolvimento-dos-recursos-hidricos> Acesso em 16 nov. 2021.

SOUTO, Maria Isabelle Leite; FROTA, Leandro Mello. Qual a finalidade do novo marco do saneamento? **Marco Regulatório do Saneamento Básico**. Brasília, 2021, p. 319-332.

NOVO MARCO LEGAL DO SANEAMENTO BÁSICO E ARBITRAGEM

Eduardo Abreu Biondi*

Antonio Ricardo Corrêa*

Antonio Ricardo Corrêa Junior*

RESUMO: O presente artigo busca fazer uma análise das inovações trazidas pela Lei nº 14.026/2020 principalmente no que tange à atuação da ANA na esfera arbitral. A intenção é estabelecer a natureza jurídica da arbitragem sob a ótica das agências reguladoras. No final, o objetivo é deixar claras as diferenças existentes entre a Arbitragem Comercial prevista na Lei nº 9.307/96 e o procedimento arbitral no âmbito regulatório.

Palavras-chave: Novo marco legal do saneamento. Métodos alternativos de solução de conflitos. Arbitragem. Administração Pública. Agências Reguladoras.

ABSTRACT: This essay seeks to analyze the innovations brought about by Law No. 14.026/2020, especially regarding to ANA's role in the arbitration area. The purpose is to establish the legal classification of arbitration by regulatory agencies. Finally, it seeks to clarify the differences between the Commercial Arbitration provided for in Law No. 9,307/1996 and the arbitration procedure in the regulatory area.

Keywords: New national sanitation policy. Alternative methods of conflict resolution Arbitration. Government. Regulatory agency.

1 INTRODUÇÃO: Análise inicial do novo marco do saneamento básico

Saneamento básico pode ser definido como um conjunto de serviços essenciais capazes de propiciar uma vida digna a todos. Entre eles, podemos destacar acesso à água potável, coleta de lixo e esgotamento sanitário. Podem até parecer questões simples, no entanto ter acesso a tais condições ainda é algo raro no cenário brasileiro.

* Advogado, UCAM, Doutor em Direito Público.

* Advogado, UCAM, Doutor em Direito Público.

* Advogado, IBMEC, Especialista.

Nessa linha, conforme pesquisa realizada pelo Instituto Trata Brasil, cerca de 35 milhões de pessoas não possuem acesso à água potável e 100 milhões de brasileiros sequer possuem serviço de coleta de esgoto¹.

O Ministro do Supremo Federal Luiz Fux, no âmbito da Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.492 define a importância do saneamento básico para uma população:

O saneamento compreende o abastecimento de água potável, o esgotamento sanitário, a limpeza urbana e o manejo de resíduos sólidos, e drenagem e manejo das águas pluviais urbanas. Além de fundamental para a dignidade humana, o acesso universal ao saneamento configura premissa básica de saúde pública e agrega benefícios ao meio ambiente, ao mercado de trabalho e à produtividade de uma economia. Sua essencialidade foi reconhecida pela Organização das Nações Unidas, ao declará-lo um direito humano essencial para o gozo pleno da vida e de todos os outros direitos humanos (Res. A/RES/64/292 da ONU). Nada obstante, os números ostentados pelo Brasil são vergonhosos: mais de 35 milhões de brasileiros não têm acesso à água tratada, mais de 100 milhões não dispõem da cobertura da coleta de esgoto (46,85%) e somente 46% do volume gerado de esgoto no país é tratado, como apontam os dados oficiais recentes trazidos aos autos. A realidade alarmante de precariedade sanitária no Brasil exige uma atuação imediata, concertada e eficiente do poder público.²

A Constituição prevê como competência comum da União, Estados, Municípios e Distrito Federal a promoção de programas de melhoria de saneamento básico³ e promover programas de saneamento básico. Desse modo, em pleno 2021 estarmos diante de situações tão precárias demonstra enorme descaso por parte do poder público no que tange à adoção de políticas públicas na área do saneamento.

Desse modo, como tentativa de reformulação de uma área de infraestrutura tão deficitária, foi sancionada em 15/07/2020 a Lei Federal nº 14.026/2020 que ficou conhecida como o Novo Marco Legal do Saneamento Básico prevendo, por exemplo, a universalização do saneamento básico no país até 2033, contendo também metas de

¹ MARTINS, Leandro. Brasil tem 35 milhões de pessoas sem acesso à água potável. **Rádio Agência Nacional**. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/radioagencia-nacional/saude/audio/2021-03/saneamento-basico>. Acesso em: 07 nov. 2021.

² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.492**. Ministro Luiz Fux. DF, 03/08/2020.

³ 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.

acesso de 99% da população à água potável e estipulando que 90% tenham tratamento de esgoto igualmente até 2033.

Com intuito de alcançar essas previsões foram adotadas diversas modernizações na legislação vigente.

Uma das principais novidades é que empresas públicas não poderão mais ser contratadas diretamente para cuidar do saneamento por meios dos “contratos de programa” sem prévia licitação, de modo que obrigatoriamente estas participarão de concorrências abertas realizadas por Estados e Municípios.

Haverá, portanto, uma paridade entre empresas privadas e públicas no que tange a concorrência na concorrência para prestação dos serviços.

Além disso, o Novo Marco prevê diversos mecanismos para facilitar a entrada do capital privado na área do saneamento básico. Conforme Alexandre Aragão:

O novo marco regulatório busca também estimular a privatização propriamente dita no setor. Com efeito, o art. 14 da nova lei prevê que os contratos de programa ou de concessão em execução poderão ser substituídos por novos contratos de concessão nos casos de alienação de controle acionário de empresa pública ou sociedade de economia mista prestadora de serviços públicos de saneamento básico. “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” (§ 2º). Da mesma forma, o art. 18 da Lei nº 14.026/2020 estabelece que 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”. As duas regras supramencionadas incentivam a privatização, à medida que preveem que o licitante vencedor pode continuar com os contratos em vigor, que constituem um dos grandes ativos da empresa estatal. Não faria sentido privatizar uma empresa e retirar dela todos os futuros recebíveis. O grande valor da empresa a ser vendida está justamente nos contratos que possui e nos respectivos recebíveis futuros.⁴

No entanto, provavelmente as maiores mudanças podem ser vistas na questão da regulação dos serviços por parte da Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico (“ANA”) que merecem tratamento em capítulo próprio.

⁴ ARAGÃO, Alexandre. **O novo marco regulatório do saneamento básico**. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2020.

2 ÂMBITO DE ATUAÇÃO E NOVAS FUNÇÕES DA AGÊNCIA NACIONAL DE ÁGUAS E SANEAMENTO BÁSICO – ANA

Em um primeiro plano, nota-se já uma mudança na nomenclatura, o que não é por acaso, uma vez que a então Agência Nacional de Águas passou a ser responsável igualmente pelo saneamento básico através da instituição de normas de referência para tal serviço público⁵.

Nesse sentido, o Art. 4º-A §1º Lei nº 9.984/2000 estabelece que caberá à ANA instituir tais normas no que tange, por exemplo, a: (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, 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 entre outras atribuições.

Importante notar que, historicamente, diversos municípios brasileiros não possuíam – e ainda não possuem – condições e infraestruturas para exercer as funções regulatórias de maneira adequada.

Sendo assim a legislação se preocupou em resolver, ou pelo menos amenizar, tais questões ao utilizar uma estrutura pré-existente, qual seja, a ANA, para

⁵ Art. 1º Esta Lei atualiza o marco legal do saneamento básico e altera a Lei nº 9.984, de 17 de julho de 2000, para atribuir à Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico (ANA) competência para instituir normas de referência para a regulação dos serviços públicos de saneamento básico, a Lei nº 10.768, de 19 de novembro de 2003, para alterar o nome e as atribuições do cargo de Especialista em Recursos Hídricos, a Lei nº 11.107, de 6 de abril de 2005, para vedar a prestação por contrato de programa dos serviços públicos de que trata o art. 175 da Constituição Federal, a Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007, para aprimorar as condições estruturais do saneamento básico no País, a Lei nº 12.305, de 2 de agosto de 2010, para tratar de prazos para a disposição final ambientalmente adequada dos rejeitos, a Lei nº 13.089, de 12 de janeiro de 2015 (Estatuto da Metrópole), para estender seu âmbito de aplicação a unidades regionais, e a Lei nº 13.529, de 4 de dezembro de 2017, para autorizar a União a participar de fundo com a finalidade exclusiva de financiar serviços técnicos especializados.

conceder poderes de edificação de normas que deverão ser seguidas pelo Municípios em suas próprias delegações.

Em resumo, a ANA passará a ter papel fundamental no que tange à regulação dos serviços de saneamento básico para garantir correto fornecimento dos serviços prestados.

Além disso, nota-se uma importante preocupação do legislador com o devido cumprimento dos serviços de saneamento básico, e mais um exemplo disso é a adoção das chamadas metas por performance.

Segundo recente adição do Art. 10-A da Lei 11.445/2007 trazida pelo Novo Marco os contratos de prestação dos serviços de saneamento básico deverão conter em seu escopo 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 reuso de efluentes sanitários e do aproveitamento de águas de chuva, em conformidade com os serviços a serem prestados.

Portanto, evidente que o intuito é gerar um aperfeiçoamento gradual dos serviços ao dispor sobre a necessidade de regras de melhoras no bojo do contrato, de modo que a sociedade seja beneficiada.

Por fim, de maior importância para este artigo é a expressa possibilidade das partes estipularem contratualmente métodos privados para solução de eventuais conflitos⁶, além de também possibilitar que a própria ANA disponibilize mediação ou arbitragem para dirimir conflitos existentes entre titulares, agências reguladoras ou prestadores de serviços públicos de saneamento básico⁷.

Louvável a intenção de possibilitar a realização de métodos alternativos de solução de conflitos no âmbito dos contratos de concessão e serviços públicos, no entanto no que diz respeito à atuação da ANA é preciso analisar como essa se dará e quais suas consequências.

⁶ 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: § 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.

⁷ 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. § 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.

A atuação da ANA nesse aspecto ainda carece de devida regulamentação e, segundo Resolução ANA nº 105 de 18 de outubro de 2021, a definição dos procedimentos para mediação e arbitragem pela Agência está prevista para o primeiro bimestre de 2022⁸.

No entanto, apesar de ainda pendente de mais esclarecimentos sobre como funcionarão tais institutos, possivelmente estamos diante da chamada arbitragem regulatória, que, na prática, é um processo administrativo e possui condições e características diversas da Arbitragem Comercial prevista na Lei 9.307/96.

3 ARBITRAGEM E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A Lei nº 9.307 de 23/09/1996 (“Lei de Arbitragem”), que instituiu e regulamentou a Arbitragem no Brasil, completou 25 anos de sua sanção neste ano de 2021. Por sua vez, sua constitucionalidade só veio a ser reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal anos após, através do processo de homologação de sentença estrangeira nº 5.206 julgada em dezembro de 2001.

Apesar de ser um mecanismo ainda novo, é possível se notar que já possui extrema relevância no cenário nacional e serviu como uma alternativa muito bem-vinda ao já saturado sistema judiciário.

Conforme bem elucida Arnaldo Wald estamos vivenciando o século da Arbitragem⁹.

Sendo assim, é natural considerar que litígios envolvendo a administração pública acabariam por seguir este caminho em virtudes dos inúmeros benefícios proporcionados pelo procedimento arbitral.

Nos primórdios existiam dúvidas sobre a possibilidade, ou não, da adoção de Arbitragem em litígios envolvendo a Administração Pública.

Em suma, existiam duas linhas doutrinárias. A primeira negava tal possibilidade sob fundamento principal da impossibilidade de agentes privados decidirem sobre questões públicas cabendo tal tarefa exclusivamente ao judiciário. O segundo posicionamento, e o adotado pelos Tribunais Superiores, de que não existiria óbice para a adoção de um procedimento privado pela Administração pública.

Nesse sentido professor Rafael Oliveira (2013, p. 241):

A utilização da arbitragem nos contratos celebrados pela Administração Pública tem sido objeto de discussões na doutrina

⁸ Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-ana-n-105-de-18-de-outubro-de-2021-353313855>. Acesso em: 07 nov. 2021.

⁹ WALD, Arnaldo. **Os meios judiciais de controle da sentença arbitral**. São Paulo: Revista de Arbitragem e Mediação. 2004. p. 41.

e na jurisprudência. Primeira posição: impossibilidade de solução das controvérsias em contratos da administração pública por meio da arbitragem. Os fundamentos normalmente apontados, são os princípios da indisponibilidade do interesse público e da legalidade. Não seria lícito ao particular (árbitro) decidir sobre o correto atendimento do interesse público inerente ao contrato da Administração, cabendo ao agente público a interpretação sobre a correta aplicação da lei. As divergências contratuais poderiam ser dirimidas na via judicial, em decorrência do princípio da inafastabilidade do controle judicial. Segunda posição: a arbitragem deve ser considerada compatível com os contratos da Administração Pública. Nesse sentido (doutrina majoritária): Diogo de Figueiredo Moreira Neto, Marcos Juruena Villela Souto, Caio Tácito e José dos Santos Carvalho e STJ.¹⁰

Dessa maneira, em virtude da ausência de previsão legal expressa a possibilidade de arbitragem no que tange a administração era feita através de construções de doutrinárias e jurisprudenciais. Nessa linha, julgado pelo Ministro Luiz Fux à época no STJ que acolheu a possibilidade da adoção de arbitragem por empresas de economia mista em 2008:

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PERMISSÃO DE ÁREA PORTUÁRIA. CELEBRAÇÃO DE CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA. JUÍZO ARBITRAL. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. POSSIBILIDADE. ATENTADO. 1. A sociedade de economia mista, quando engendra vínculo de natureza disponível, encartado no mesmo cláusula compromissória de submissão do litígio ao Juízo Arbitral, não pode pretender exercer poderes de supremacia contratual previsto na Lei 8.666/93. 8.666/2. A decisão judicial que confere eficácia à cláusula compromissória e julga extinto o processo pelo “compromisso arbitral”, se desrespeitada pela (...) A aplicabilidade do juízo arbitral em litígios administrativos, quando presentes direitos patrimoniais disponíveis do Estado é fomentada pela lei específica, porquanto mais célere, consoante se colhe do artigo 23 da Lei 8987/95, que dispõe acerca de concessões e permissões de serviços e obras públicas, e prevê em seu inciso XV, dentre as cláusulas essenciais do contrato de concessão de serviço público, as relativas ao foro e ao modo amigável de solução de divergências contratuais”. (Precedentes do Supremo Tribunal Federal: SE 5206 AgR / EP, de relatoria do Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, publicado no DJ de 30-04-2004 e AI. 52.191, Pleno, Rel. Min. Bilac Pinto. in RTJ 68/382 – “Caso Lage”. Cite-se ainda MS 199800200366-9, Conselho Especial, TJDF, J. 18.05.1999, Relatora Desembargadora Nancy

¹⁰ REZENDE OLIVEIRA, Rafael. **Licitações e Contratos Administrativos**. 2. ed. São Paulo: Editora Método. 2013. p. 241.

Andrighi, DJ 18.08.1999.) 15. A aplicação da Lei 9.307/96 e do artigo 267, inc. VII do CPC à matéria sub judice, afasta a jurisdição estatal, in casu em obediência ao princípio do juiz natural (artigo 5º, LII da Constituição Federal de 1988). 16. É cediço que o juízo arbitral não subtrai a garantia constitucional do juiz natural, ao contrário, implica realizá-la, porquanto somente cabível por mútua concessão entre as partes, inaplicável, por isso, de forma coercitiva, tendo em vista que ambas as partes assumem o “risco” de serem derrotadas na arbitragem. (Precedente: Resp nº 450881 de relatoria do Ministro Castro Filho, publicado no DJ 26.05.2003) 17. Destarte, uma vez convencionado pelas partes cláusula arbitral, o árbitro vira juiz de fato e de direito da causa, e a decisão que então proferir não ficará sujeita a recurso ou à homologação judicial, segundo dispõe o artigo 18 da Lei 9.307/96, o que significa categorizá-lo como equivalente jurisdicional, (...) A arbitragem se revela, portanto, como o mecanismo adequado para a solução da presente controvérsia, haja vista, tratar-se de relação contratual de natureza disponível, conforme dispõe o artigo 1º, da Lei 9.307/96: “as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.” (fls. 472/473) 22. Ex positis, concedo a segurança, para confirmar o teor da liminar dantes deferida, em que se determinava a conservação do statu quo ante face a sentença proferida pelo Juízo da 42ª Vara Cível da Comarca do Rio de Janeiro, porquanto o presente litígio deverá ser conhecido e solucionado por juízo arbitral competente, eleito pelas partes.¹¹

Após anos de debate sobre o tema, em 2015 veio a Lei nº 13.129 que alterou a Lei de Arbitragem para constar expressamente a possibilidade da adoção do procedimento arbitral pela Administração Pública direta e indireta¹².

Superadas tais questões, existem ainda diversos debates no que concerne especificamente o procedimento arbitral adotado por agências reguladoras tal qual a Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico – ANA conforme exposto no capítulo anterior.

4 ARBITRAGEM COMERCIAL X REGULATÓRIA

Na década de 90, ocorreu no Brasil um grande processo de privatização de empresas de grande relevância nacional e, neste período, é possível identificar clara

¹¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Mandado de Segurança nº 11308/DF**. Ministro Luiz Fux. DF, 19/05/2008.

¹² Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis. § 1o A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

e historicamente grandes programas nacionais de desestatização¹³. Desse modo, com a saída dessas empresas das mãos do Estado, surgiu a necessidade da criação de órgãos governamentais que receberiam a função de fiscalizar e regulamentar a atuação dos entes privados.

Nessa quadra, inspirados na prática estadunidense, sugeriram as conhecidas agências reguladoras, que segundo Marcos Augusto Perez¹⁴, possuem as atribuições e características: (i) de relativa independência técnica e gerencial; (ii) regular e fiscalizar; (iii) exercer função contenciosa ao dirimir divergências entre os prestadores do serviço, os produtores e seus respectivos consumidores; e (iv) buscar a preservação da competitividade no mercado, valendo-se da crença de que a concorrência proporcionará maior qualidade a um menor custo para o cidadão, alçado à condição de consumidor de serviços públicos.

Nessa linha, importante entender que a competência para dirimir divergências entre os entes regulados ficou conhecida como “arbitragem regulatória” que é em sua essência um processo administrativo, e, apesar do nome, não mantém similaridades com a chamada arbitragem comercial prevista na Lei nº 9.307/96.

Nas palavras do Professor Sergio Guerra sobre a diferença entre os dois institutos:

A arbitragem regulatória nada mais é do que um ato administrativo. Ela não se confunde com a Arbitragem Comercial; esta exige prévio compromisso arbitral, pelo qual as partes acordam qualquer conflito seja solucionado por um árbitro. Por ser um ato administrativo, cabe lembrar que sempre poderá haver acesso ao Poder Judiciário, caso a Agência Reguladora se afaste dos princípios gerais de direito em qualquer fase do trâmite do processo administrativo.¹⁵

Segundo a Lei de Arbitragem, as partes designarão seus árbitros, sempre em número ímpar, para em conjunto formarem o tribunal arbitral que atuarão com imparcialidade, independência, competência, diligência e discrição¹⁶.

¹³ Lei nº 8.031 de 12/04/1990 pelo Presidente Fernando Collor e posteriormente a Lei nº 9.491 de 09/09/1997 pelo Presidente Fernando Henrique Cardoso.

¹⁴ PEREZ, Marcos Augusto. **A Administração Pública Democrática**: Institutos de Participação Popular na Administração Pública. 1. ed. São Paulo: Editora Fórum. 1998.

¹⁵ GUERRA, Sérgio. **Temas Relevantes no Direito de Energia Elétrica**. Tomo V. Rio de Janeiro: Editora Synergia. 2016. p. 865.

¹⁶ Art. 13. Pode ser árbitro qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança das partes. § 1º As partes nomearão um ou mais árbitros, sempre em número ímpar, podendo nomear, também, os respectivos suplentes. (...) § 6º No desempenho de sua função, o árbitro deverá proceder com imparcialidade, independência, competência, diligência e discrição.

Assim como no processo judicial, a imparcialidade do julgador é condição *sine qua non* ao procedimento para que passe um sentimento de justiça às partes, de modo que qualquer violação à preciosíssimos princípios acarretariam nulidade da sentença.

Nas palavras de Carlos Alberto Carmona:

O árbitro não pode manter relações de ordem econômica, afetiva, moral, ou social que o ligue a alguma das partes. Espera-se que o julgador seja autônomo e livre, não tenha laços de subordinação espiritual, financeira, ou política com qualquer dos litigantes.¹⁷

Desse modo, nota-se que apesar da autonomia das agências reguladoras, estas ainda fazem parte da administração pública, mesmo que indiretamente sendo inclusive seus Diretores e Conselheiros indicados pelo Presidente da República e posteriormente aprovadas pelo Senador Federal¹⁸.

Ou seja, a atuação dessas agências ainda está fortemente ligada ao poder Estatal, sendo assim, tais questões poderiam colocar em xeque um dos principais motivos para o crescimento da arbitragem no país.

Talvez tal seja a principal diferença entre os dois institutos: a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário nas decisões em ambos os procedimentos.

A revisão da sentença arbitral é condição excepcional, sendo cabível apenas em hipóteses de violação os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento.¹⁹

¹⁷ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo**: Um Comentário à Lei 9.307/1996. 3ª edição. São Paulo: Editora Atlas. 2009. p. 242.

¹⁸ Lei nº 9.986/2000: Art. 5º O Presidente, Diretor-Presidente ou Diretor-Geral (CD I) e os demais membros do Conselho Diretor ou da Diretoria Colegiada (CD II) serão brasileiros, indicados pelo Presidente da República e por ele nomeados, após aprovação pelo Senado Federal, nos termos da alínea “f” do inciso III do art. 52 da Constituição Federal, entre cidadãos de reputação ilibada e de notório conhecimento no campo de sua especialidade, devendo ser atendidos I (um) dos requisitos das alíneas “a”, “b” e “c” do inciso I e, cumulativamente, o inciso II:

¹⁹ Art. 21. A arbitragem obedecerá ao procedimento estabelecido pelas partes na convenção de arbitragem, que poderá reportar-se às regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada, facultando-se, ainda, às partes delegar ao próprio árbitro, ou ao tribunal arbitral, regular o procedimento. § 2º Serão, sempre, respeitados no procedimento arbitral os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento c/c Art. 32. É nula a sentença arbitral se: VIII - forem desrespeitados os princípios de que trata o art. 21, § 2º, desta Lei.

Por sua vez, segundo Sergio Guerra²⁰, por ser a Arbitragem Regulatória um procedimento administrativo, produz, portanto, um ato administrativo de decisão que sempre poderá ser submetida à análise do judiciário.

O Ministro Mauro Campbell especificou a diferença existente entre a Arbitragem Regulatória e Comercial em julgamento que tratava sobre anulação de decisão da Agência Nacional de Telecomunicações (“Anatel”):

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. SERVIÇO PÚBLICO. TELEFONIA. RECURSO ESPECIAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO INTERPOSTO EM FACE DE DECISÃO ANTECIPATÓRIA DOS EFEITOS DA TUTELA. CONEXÃO ENTRE RECURSOS ESPECIAIS ADVINDOS DA MESMA DECISÃO PROFERIDA PELO JUÍZO DA 1ª INSTÂNCIA. REDES DE INTERCONEXÃO. VALOR DE USO DE REDE MÓVEL (VU-M). AMBIENTE DE RELATIVA LIBERDADE DE INICIATIVA EMBORA SUBMETIDO À REGULAÇÃO DA ANATEL. TENDÊNCIA MUNDIAL NA DIMINUIÇÃO DOS PREÇOS DESTAS TARIFAS EM BENEFÍCIO DOS CONSUMIDORES E DA COMPETIÇÃO NO MERCADO RELEVANTE. FALTA DE OMISSÃO, CONTRADIÇÃO, OBSCURIDADE NO ACÓRDÃO RECORRIDO. DECISÃO FUNDAMENTADA. PROCESSO DE ARBITRAGEM EM TRÂMITE NA ANATEL. DECISÃO QUE SE CONSUBSTANCIA ATO ADMINISTRATIVO PASSÍVEL DE REVISÃO PELO PODER JUDICIÁRIO. INTERESSE PROCESSUAL PRESENTE. INCIDÊNCIA DA TEORIA DA ASSERTÇÃO. PRECEDENTES DO STJ. JULGAMENTO EXTRA PETITA. INOCORRÊNCIA. DECISÃO QUE SE CIRCUNSCREVEU AOS LIMITES DO PEDIDO DA ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA. 1. Trata-se de recurso especial interposto pela ANATEL contra acórdão prolatado pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região que, ao confirmar liminar deferida na primeira instância, entendeu pela fixação de um Valor de Uso de Rede Móvel (VU-M) diferente do originalmente pactuado entre as partes, neste caso com a intervenção da ANATEL por meio do processo de arbitragem nº 53500.028193/2005 em trâmite naquela autarquia. 2. Os recursos especiais 1.334.843/DF, 1.275.859/DF e 1.171.688/DF, todos submetidos a minha relatoria, são conexos porque resultantes do inconformismo em face da mesma decisão proferida pelo Juízo da 4ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal no âmbito da ação ordinária nº 2007.34.00.027093-3. Por essa razão, nos termos do art. 105 do Código de Processo Civil,

²⁰ GUERRA, Sérgio. Arbitragem regulatória. **Direito do Estado**, n. 200, 2016. 26 jun. 2016. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/sergio-guerra/arbitragem-regulatoria>. Acesso em: 27 ago. 2017.

devem as presentes demandas serem julgadas simultaneamente, a fim de evitar decisões contraditórias entre si. 3. A indústria de telecomunicações é, essencialmente, uma indústria estruturada em rede. Assim, cada empresa que atua neste mercado relevante necessita de uma rede para funcionar, ou seja, de uma infraestrutura necessária à prestação de serviços de telecomunicações. Não obstante seja admissível a hipótese teórica de que cada empresa prestadora de serviços de telecomunicações possa possuir a sua própria infraestrutura, esta afirmação não se faz crível no mundo concreto, tendo em vista, notadamente, os altíssimos custos em que incorreriam as empresas prestadoras deste serviço público para a duplicação destas infraestruturas, o que, aliado ao fato de o nosso país possuir dimensões continentais, inviabilizaria o alcance da universalização dos serviços de telecomunicações. 4. Embora seja possível que cada player possua sua própria rede, por questões de racionalidade econômica e de políticas públicas de universalização do mercado de telecomunicações, para que os usuários das redes possam falar entre si é preciso que tenha sido implementada a interconexão entre todas as redes existentes. Assim, para o usuário de uma rede da operadora "A" poder falar com o usuário de outra rede, por exemplo, a rede da operadora "B", é necessário que estas duas redes estejam interconectadas. Sem esta interconexão, os usuários de uma rede ficam limitados a se comunicar tão somente com os outros consumidores da sua própria rede. 5. Por ser um ativo comercial e representar a utilização da infraestrutura alheia, no Brasil, é possível a cobrança pelo uso destas redes por parte da terceira concessionária. 6. As taxas de interconexão, desde que não discriminatórias ou nocivas ao ambiente de liberdade de iniciativa concorrencial instaurado entre as concessionárias de telefonia, podem variar de acordo com as características da rede envolvida. De acordo com o informado pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica, na qualidade de *amicus curiae* no presente feito, duas podem ser estas taxas cobradas, quais sejam: (a) Taxa de interconexão em chamadas de móvel para fixo (TU-RL), tarifa cobrada pelas concessionárias de telefonia fixa para a utilização de sua rede local para originação ou terminação por outras empresas; e, (b) Taxa de interconexão em chamadas de fixo para móvel (VU-M), que é devido pelas empresas de serviços de telecomunicações quando se conectam às redes de prestadoras móveis. A presente demanda diz respeito, tão somente, ao VU-M. 7. Por integrarem as estruturas de custos das empresas atuantes no mercado de telecomunicações, é racional admitir, por hipótese, que estes valores influam ainda que de forma indireta - nos preços praticados por estas empresas junto aos usuários. Além disso, quanto maior a possibilidade de interconexão, melhor será a qualidade dos serviços prestados, bem como o acesso de maior parte da população aos serviços de telecomunicações. 8. Este cenário - da importância das redes de

interconexão para o funcionamento saudável do mercado de telecomunicações - é também reconhecido por autoridades internacionais, sendo que a tendência mundial verificada é a de reduzir o preço cobrado de uma concessionária a outra, por meio do estímulo à concorrência entre os agentes econômicos. Neste sentido, podemos observar recentes notícias de que as tarifas cobradas no Brasil a título de interconexão estão entre as mais caras do mundo, sendo que, recentemente, a Comissão Européia publicou uma recomendação orientando as operadoras da região a baixarem as tarifas a patamares entre € 0,03 e € 0,01 até o final de 2012. 9. Não obstante, na contramão desta tendência mundial, da análise dos elementos constantes dos autos que foram levados em consideração pelo Tribunal Regional Federal a quo, o que se percebe no Brasil é uma tendência de aumento destes valores cobrados a título de VU-M, com a chancela da própria ANATEL. 10. Esta prática, no entanto, pode ter efeitos maléficos para as condições de concorrência no setor, bem como para o consumidor final. Isso porque, salvo a possibilidade expressamente prevista em lei referente à concessão de descontos, este custo é normalmente repassado para a composição da tarifa final que deve ser paga pelo usuário do sistema de telefonia. Neste sentido, na mesma orientação do parecer exarado pela então Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça - atualmente incorporada ao CADE por força da Lei 12.529/2011 - na qualidade de *amicus curiae*, este é o posicionamento de recente estudo publicado no sítio eletrônico do Programa de Fortalecimento da Capacidade Institucional para Gestão em Regulação (PRO-REG), ação oficial do Poder Executivo que vem sendo implementada por intermédio da Casa Civil. 11. Nos termos da Lei Geral de Telecomunicações, a atuação da ANATEL é de extrema relevância para o bom desenvolvimento deste setor econômico, sendo o órgão de regulação setorial dotado de competência legal expressa para tanto. Essa competência é privativa, mas não exclusiva, razão pela qual seus regulamentos não são imunes à eventual análise por este Poder Judiciário, conforme se verá adiante. Neste sentido, colaciona-se o precedente do Supremo Tribunal Federal, em liminar, exarado no âmbito da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1668/DF. 12. Não obstante, é bom que se deixe claro: a análise aqui empreendida, em nenhuma hipótese, quer afastar a regulação que vem sendo promovida pela ANATEL no mercado de interconexão entre telefonia móvel e fixa. Muito pelo contrário, reconhece-se que esta regulação não engloba somente os valores cobrados, que estão submetidos à relativa liberdade de iniciativa, mas também aspectos técnicos podem melhorar a qualidade do serviço oferecido ao consumidor pelas concessionárias de telefonia móvel. 13. O fato de haver discussão quanto ao preço cobrado não afasta a incidência da regulação da ANATEL, reiterando-se que os valores cobrados pelas empresas podem ser

discutidos no Poder Judiciário justamente porque, no que tange às tarifas de interconexão VU-M, por expressa determinação contida na Lei Geral de Telecomunicações, às concessionárias de telefonia foi conferida a liberdade para fixar estes valores desde que não estejam em desacordo, com isso, os interesses difusos e coletivos envolvidos dos consumidores, bem como dos concorrentes consistentes, neste ponto, na manutenção de uma ordem econômica saudável à clausula geral da liberdade de iniciativa concorrencial. 14. Da violação do art. 535 do CPC: A análise do acórdão recorrido, bem como dos embargos de declaração, deixa claro que o Tribunal a quo se manifestou de forma suficientemente clara e fundamentada, solucionando todos os pontos necessários a solução da quaestio. Assim, tendo sido abordados todos os aspectos essenciais para o deslinde da controvérsia, é de se rejeitar a alegação de contrariedade ao art. 535 do CPC suscitada pela parte recorrente. Precedentes do STJ. 15. Da violação dos arts. 152 e 153, caput, e § 2º da Lei Geral de Telecomunicações - Lei 9.472/97: O fato de haver discussão quanto ao preço cobrado não afasta a incidência da regulação da ANATEL, reiterando-se que os valores cobrados pelas empresas podem ser discutidos no Poder Judiciário justamente porque às concessionárias de telefonia foi conferida a liberdade para fixar estes valores desde que não firam, com isso, os interesses difusos e coletivos envolvidos. 16. Nunca é demais relembrar que vigora no Brasil o sistema da unidade de jurisdição, o qual - ao contrário do sistema contencioso francês - possibilita a parte a ingressar no Poder Judiciário independentemente da solução alcançada nas vias administrativas, salvo algumas exceções previstas tanto na Constituição Federal quanto na legislação infraconstitucional. 17. Esta observação tem relevância para o deslinde da presente controvérsia, na medida em que nem a Lei das Agências Reguladoras (Lei 9.986/2000), tampouco a Lei Geral de Telecomunicações excluiu a possibilidade de revisão dos atos administrativos - quanto à legalidade e legitimidade - praticados por estas agências de regulação setorial. Entendimento em sentido contrário implicaria em assumir o ilógico de que os litigantes em contendas administrativas não possam usufruir de seu direito individual fundamental de recorrer a um terceiro imparcial - o Estado Juiz - para ver solucionados seus conflitos de interesses qualificados pela pretensão resistida. 18. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da liminar formulada no âmbito da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1668/DF, se expressou no sentido que a competência da Agência Nacional de Telecomunicações para expedir normas subordina-se aos preceitos legais e regulamentares que regem a outorga, prestação e fruição dos serviços de telecomunicações no regime público e no regime privado. Esse entendimento também doutrinariamente aceito. Ademais, no caso em concreto, embora a Lei Geral de Telecomunicações - Lei 9.472/97 - tenha atribuído à ANATEL a

competência para compor administrativamente conflitos de interesses entre prestadoras de serviço de telecomunicações (art. 19, XVII), em nenhum momento há vedação para que eventuais interessados ingressem no Poder Judiciário visando à discussão de eventual lesão ou a ameaça de lesão a direito tutelado por Lei. 19. Da violação dos arts. 128, 267, VI, e 460, do Código de Processo Civil: No caso em concreto, exsurge a presença das condições da ação a autorizar o prosseguimento da demanda. Isso porque não há também previsão de que os recursos interpostos tenham efeito suspensivo. Tanto é assim que, apesar dos pedidos de reconsideração formulados, bem como do próprio pedido de anulação do decisum de conclusão do processo de arbitragem, a decisão do processo de arbitragem decisão continua válida e cogente, embora com efeitos interpartes. Há, portanto, interesse processual no ingresso da presente demanda. 20. Nas estreitas vias do recurso especial, cabe ressaltar que tendo a parte ora recorrida - a GVT - expressamente requerido na peça inicial a antecipação dos efeitos da tutela, consistente na modificação dos valores que lhe são cobrados a título de VU-M, não há que se falar em julgamento extra petita, por ter sido tal pedido deferido em via de antecipação dos efeitos da tutela. Assim, não há julgamento extra petita quando a decisão se restringe aos limites definidos pelo pedido da petição inicial, razão pela qual não há que se falar na nulidade pretendida. Por fim, conforme muito bem salientado pelo Ministério Público Federal, consta na inicial vários outros pedidos de mérito - que não se resumem tão somente à liminar pleiteada - os quais devem ser analisados pelo Juízo a quo após a regular instrução do feito. 21. Há interesse processual no ingresso da presente demanda, a qual se mostra necessária, adequada e conveniente para a tutela dos interesses expostos tanto na petição inicial, quanto nas demais manifestações elaboradas pela GVT. É óbvio, contudo, que sendo o direito de ação instrumental e abstrato, o direito discutido ainda não foi reconhecido na esfera judicial, visto que estamos tratando - tão somente - de decisão que antecipou os efeitos da tutela, dotada, por isso mesmo, dos atributos da transitoriedade e precariedade. 22. Ainda que assim não fosse, de acordo com a teoria da asserção, conforme jurisprudência desta Corte, as condições da ação, dentre as quais se inserem a possibilidade jurídica do pedido e o interesse processual, devem ser verificadas pelo juiz à luz, essencialmente, das alegações feitas pelo autor na inicial. Precedentes: REsp 1052680/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 27/09/2011, DJe 06/10/2011; AgRg no REsp 668.552/RJ, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 02/08/2012, DJe 10/08/2012; e, AgRg no AREsp 53.146/SP, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/02/2012, DJe 05/03/2012. 23. Na estreita via do recurso especial, cabe ressaltar que tendo a parte ora recorrida - a GVT -

expressamente requerido na peça inicial a antecipação dos efeitos da tutela consistente na modificação dos valores que lhe são cobrados a título de VU-M, não há que se falar em julgamento extra petita por ter sido tal pedido deferido em via de liminar. Assim, não há julgamento extra petita quando a decisão se restringe aos limites definidos pelo pedido da petição inicial, razão pela qual não há que se falar na nulidade pretendida. 24. Recurso especial a que se nega provimento.²¹

Por fim, outra diferença existente entre ambos os procedimentos diz respeito a existência de um grau recursal no âmbito do processo administrativo que, por sua vez, não se verifica na arbitragem comercial.

A Lei nº 9.784/99 que regula o processo administrativo é clara ao dispor sobre a possibilidade de recursos em face de suas decisões no que tange ao mérito ou outras questões de legalidade²², enquanto a Lei de Arbitragem prevê apenas a oposição de embargos para esclarecer obscuridades, dúvidas, contradições ou corrigir erro material.²³

5 CONCLUSÃO

O Novo Marco Legal do Saneamento pretende trazer diversas novidades e sanar uma questão histórica no país, estipulando metas que, de certo modo, podem ser consideradas de vanguarda, pioneiras - até ousadas - mas que encontram um campo de extrema necessidade e urgência.

Para tal, foram concedidas diversos novos poderes e atribuições à ANA conforme exposto e sua eficácia dependerá de incentivos financeiros e de pessoal qualificado para poder cumprir com tais atribuições.

No entanto, em um primeiro momento parece claro que, apesar da intenção, não é possível que se configure a ANA como um real Tribunal Arbitral, diante da ausência de requisitos específicos e nucleares para tanto, o que não lhe garante, então, capacidade de dirimir conflitos existentes entre os entes envolvidos nas concessões dos serviços de saneamento básico.

²¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 127585/DF**. Ministro Mauro Campbell Marques. DF, 05/12/2012.

²² Art. 56. Das decisões administrativas cabe recurso, em face de razões de legalidade e de mérito.

²³ Art. 30. No prazo de 5 (cinco) dias, a contar do recebimento da notificação ou da ciência pessoal da sentença arbitral, salvo se outro prazo for acordado entre as partes, a parte interessada, mediante comunicação à outra parte, poderá solicitar ao árbitro ou ao tribunal arbitral que: I - corrija qualquer erro material da sentença arbitral; II - esclareça alguma obscuridade, dúvida ou contradição da sentença arbitral, ou se pronuncie sobre ponto omitido a respeito do qual devia manifestar-se a decisão.

A construção da regulamentação através do amplo debate público será vital para que o marco legal encontre acolhida no sistema da arbitragem, o que certamente tornará ainda mais atrativas as oportunidades de investimento nessa área que, como se sabe, demandam valores consideráveis e exigem, portanto, segurança jurídica.

É da doutrina e dos Julgadores o desafio de viabilizar a eficácia e eficiência da norma na vida prática da sociedade.

POÇOS ARTESIANOS E O MARCO LEGAL DO SANEAMENTO BÁSICO

Eugênio Rosa de Araujo*

RESUMO: O presente artigo se propõe a demonstrar, por meio da comparação de julgamentos no Superior Tribunal de Justiça e no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, a grave dissonância de entendimentos sobre a licitude da perfuração de poços artesianos de produção insignificante, voltados para consumo humano e higiene.

Palavras-chave: Saneamento. Poços artesianos. Análise econômica.

ABSTRACT: This article aims to demonstrate, through the comparison of judgments in the Superior Court of Justice and the Court of Justice of the State of Rio de Janeiro, the serious dissonance of understandings about the legality of drilling artesian wells of insignificant production, aimed at human consumption and hygiene.

Keywords: Sanitation. Artesian well. Economic analysis of Law.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 A dissonância entre o STJ e o TJRJ. 3 Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

A questão dos poços artesianos no Estado do Rio de Janeiro, Estado de origem do Ministro Luiz Fux, oferece vasto material para reflexão sobre a análise econômica do direito, a ponderação da proteção ao meio ambiente e ao direito à vida, bem como a grave situação dos serviços públicos de fornecimento de água para consumo humano e higiênico.

É fato público e notório que a prestação do serviço de água nos municípios do Rio de Janeiro, Nova Friburgo e Petrópolis é realizada por concessionárias que prestam péssimos serviços, com uma plethora de ações pelos abusos cometidos, seja pelo não fornecimento e cobrança, não fornecimento simplesmente, abuso nas cobranças, chegando a colocar em risco a vida dos cidadãos.¹

* Eugenio Rosa de Araujo, Juiz Federal Titular da 17ª Vara Federal do Rio de Janeiro, Mestre em Direito Constitucional Econômico pela Universidade Candido Mendes.

¹ CLUBE DE ENGENHARIA. **Água subterrânea como alternativa para abastecimento do Rio de Janeiro**. <https://portalclubedeengenharia.org.br/2017/06/05/agua-subterranea-como-alternativa-para-abastecimento-do-rio-de-janeiro/>. Acesso em: 3 nov. 2021.

Sabe-se que devemos beber cerca de três litros de água por dia e que o óbito por falta de ingestão de água ocorre em cinco dias; portanto, ingerir água não é uma necessidade supérflua. Está umbilicalmente ligada ao direito à vida e seu corte de fornecimento deliberado pode ser considerado como tratamento cruel e degradante da condição do ser humano.

Pois bem, nos Municípios mencionados, para contornar o caos no fornecimento de água para beber e tomar banho, muitas pessoas ou condomínios houveram por bem agir e optaram pela abertura de poços artesianos para suprir a pequena quantidade necessária para o consumo humano, tendo em vista a ausência ou péssima prestação do serviço público pela concessionária.

Identificados os poços, as concessionárias comunicam o fato ao Instituto Estadual do Ambiente (INEA), para que este lacre o poço com base no art.11, inciso IV do Decreto Estadual nº 40.156/06, o qual tem a seguinte redação, verbis:

Art. 11 - A eficácia das outorgas para abastecimento residencial e comercial em áreas que contem com serviço de abastecimento público, ficará condicionada ao atendimento das seguintes exigências:

IV - proibição de utilização da água provida pelo sistema alternativo para consumo e higiene humana;

O referido Decreto, veio a regulamentar a Lei Estadual de Saneamento Básico nº 3.239/99, que, em seu art. 22, inciso II e §1º dispõe que:

Art. 22 - Estão sujeitos à outorga os seguintes usos de recursos hídricos: [...]

II - extração de água de aquífero;

§ 1º - **Independem de outorga pelo poder público**, conforme a ser definido pelo órgão gestor e executor de recursos hídricos estadual, o uso de recursos hídricos para a satisfação das necessidades de pequenos núcleos populacionais, ou o de caráter individual, para atender às necessidades básicas da vida, distribuídos no meio rural ou urbano, e as derivações, captações, lançamentos e acumulações da água em volumes considerados insignificantes.

Mesmo com a ineficiência do serviço e a isenção de outorga, o INEA tem lacrado poços artesianos, gerando a contestação judicial de tais atos de interdição, o que a final gerou uma jurisprudência pacífica no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, a qual destaco pela pertinência exata do caso e pela reiterada conduta do INEA em interditar poços artesianos onde não há regular fornecimento de água para consumo e higiene humanos.

2 A CONTROVÉRSIA NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro tem jurisprudência uniforme quanto ao tema, como se constata dos seguintes julgados:

APELAÇÃO CÍVEL. OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER. POÇO ARTESIANO. NECESSIDADE DE OUTORGA. IMPOSIÇÃO LEGAL. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. Competência comum dos Entes Públicos no tocante à exploração de recursos hídricos. Inteligência do artigo 23, incisos VI e XI, da CF. Preliminar de ilegitimidade passiva do Estado do Rio de Janeiro que se afasta. Uso de fonte alternativa de água para abastecimento. Competência privativa da União para legislar sobre a matéria. Artigo 22, inciso IV da CF. Procedimento de outorga do direito de uso de recursos hídricos definido pela Lei Federal nº 9.433/97 (Lei da Política Nacional de Recursos Hídricos), incidindo em âmbito estadual a Lei nº 3.239/99 (Lei do Saneamento Básico). **Ausência de vedação ao direito de uso de fonte alternativa de recurso hídrico. Normais locais que devem seguir as premissas definidas pela União. Restrição imposta pelo artigo 11, inciso IV, do Decreto Estadual nº 40.156/06 quanto à utilização da água provida pelo sistema alternativo para consumo e higiene humana em áreas com serviço de abastecimento público. Extrapolação do Poder Regulamentar. Reforma da sentença neste ponto que se impõe, para condenar a Ré a se abster de impedir que o Apelante utilize a água proveniente de suas fontes alternativas.** Exigência de outorga que se mantém no tocante aos demais requisitos exigidos pelo Decreto Estadual, os quais se encontram em consonância com a Lei nº 11.445/2007, que estabelece as diretrizes nacionais para o saneamento básico. Prazo 180 dias Sucumbência recíproca. PARCIAL PROVIMENTO DO RECURSO. (TJ-RJ - APL: 00269992920188190042, Relator: Des(a). DENISE NICOLL SIMÕES, Data de Julgamento: 10/08/2021, QUINTA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 12/08/2021) (grifo nosso).

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO ADMINISTRATIVO. USO DE FONTE ALTERNATIVA DE ÁGUA. POÇO ARTESIANO. NOTIFICAÇÃO DO INEA PARA QUE A AUTORA PROCEDESSE À REGULARIZAÇÃO, AO CADASTRAMENTO DA FONTE ALTERNATIVA DE ÁGUA E À INSTALAÇÃO DE EQUIPAMENTOS ADEQUADOS, RESSALTANDO SER VEDADA A UTILIZAÇÃO DA ÁGUA PARA CONSUMO E HIGIENE HUMANA. AÇÃO PROPOSTA EM FACE DO ESTADO E DO INEA.

IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO EM RELAÇÃO AO ESTADO E PROCEDÊNCIA PARCIAL EM FACE DO INEA PARA AUTORIZAR A UTILIZAÇÃO DOS RECURSOS HÍDRICOS PROVENIENTES DA FONTE ALTERNATIVA PARA HIGIENE E CONSUMO HUMANOS, DESDE QUE OBTIDA A RESPECTIVA OUTORGA DO PODER PÚBLICO ESTADUAL E OBSERVADAS A VEDAÇÃO DE MISTURA DE ÁGUAS PROVENIENTES DE FONTES DISTINTAS E A POSSIBILIDADE DE AFERIÇÃO DO CONSUMO POR MEIO DE HIDRÔMETRO PARA FINS DE COBRANÇA DE TARIFA DE COLETA DE ESGOTO. RECURSO DE AMBAS AS PARTES. ENQUANTO A AUTORA PRETENDE AFASTAR A EXIGÊNCIA DE OUTORGA, O ESTADO E O INEA OBJETIVAM A PROIBIÇÃO DE UTILIZAÇÃO DE ÁGUA SUBTERRÂNEAS ORIUNDAS DE POÇO ARTESIANO PARA QUALQUER TIPO DE USO E A MAJORAÇÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS ARBITRADOS EM FAVOR DO ESTADO. 1) A ÁGUA SUPERFICIAL OU SUBTERRÂNEA É BEM DE DOMÍNIO PÚBLICO, NA FORMA DO ART. 26, DA CF. O DIREITO DE USO DE RECURSOS HÍDRICOS DEVE SE DAR MEDIANTE OUTORGA DO PODER PÚBLICO, NA FORMA DOS ARTS. 11 A 18, DA LEI FEDERAL N.º 9.433/97 E DOS ARTS. 18 A 26, DA LEI ESTADUAL N.º 3.239/1999. 2) INCABÍVEL O AFASTAMENTO DAS EXIGÊNCIAS LEGAIS. **OUTORGA QUE SÓ É DISPENSADA QUANDO SE TRATA DA SATISFAÇÃO DAS NECESSIDADES BÁSICAS DE PEQUENOS NÚCLEOS POPULACIONAIS EM MEIO RURAL E QUANDO CONSIDERADOS INSIGNIFICANTES, HIPÓTESES NÃO COMPROVADAS PELA AUTORA,** PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PRIVADO QUE EXPLORA ATIVIDADE COMERCIAL NO IMÓVEL ABASTECIDO PELA FONTE ALTERNATIVA DE ÁGUA. 3) **INEXISTÊNCIA DE VEDAÇÃO LEGAL À UTILIZAÇÃO DE ÁGUA PROVENIENTE DE FONTES ALTERNATIVAS PARA O CONSUMO E HIGIENE HUMANA,** O ART. 45, §§ 1º E 2º, DA LEI 11.445/07, EXIGE A LIGAÇÃO DO IMÓVEL À REDE DE ABASTECIMENTO DE ÁGUA E DE SANEAMENTO BÁSICO E VEDA A MISTURA DAS ÁGUAS DA REDE PÚBLICA COM AS ÁGUAS DA FONTE ALTERNATIVA, TÃO-SOMENTE. NÃO MERECE PROSPERAR A PRETENSÃO DOS RÉUS DE IMPEDIR O USO DA ÁGUA PARA QUALQUER ATIVIDADE. 4) **ILEGALIDADE DO ART. 11, DO DECRETO ESTADUAL N.º 40.156/2006 E DO ART. 8.º, DA PORTARIA SERLA N.º 555/2007 QUE VEDAM A UTILIZAÇÃO DE ÁGUA PROVENIENTE DE FONTE ALTERNATIVA, UMA VEZ QUE INEXISTE VEDAÇÃO NA LEI FEDERAL N.º 11.445/07 E NA LEI ESTADUAL N.º**

3.239/1999. 5) O ESTADO SAIU INTEGRALMENTE VENCEDOR NA DEMANDA, UMA VEZ QUE JULGADO IMPROCEDENTE O PEDIDO EM RELAÇÃO A ELE. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS ARBITRADOS ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL, IMPONDO-SE MAJORAÇÃO PARA 10% DO VALOR ATUALIZADO DA CAUSA. ART. 85, § 2.º, DO C.P.C. DESPROVIMENTO DO PRIMEIRO RECURSO (AUTORA) E PROVIMENTO PARCIAL DO SEGUNDO (ESTADO E INEA).(TJ-RJ - APL: 00047898120188190042, Relator: Des(a). NORMA SUELY FONSECA QUINTES, Data de Julgamento: 29/04/2021, OITAVA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 04/05/2021) (grifo nosso).

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO DO CONSUMIDOR. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. CEDAE. **FALTA DE ABASTECIMENTO DE ÁGUA COM MANUTENÇÃO DAS COBRANÇAS. POÇO ARTESIANO. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. IRRESIGNAÇÃO DA RÉ. LAUDO PERICIAL QUE COMPROVOU NÃO HAVER A PRESTAÇÃO DO SERVIÇO, NÃO ESTANDO O HIDRÔMETRO LIGADO À TUBULAÇÃO DO IMÓVEL, O QUAL É ABASTECIDO POR POÇO ARTESIANO. ÁGUAS SUBTERRÂNEAS QUE SE INCLUEM ENTRE OS BENS DOS ESTADOS, NA FORMA DO ARTIGO 26 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. APLICAÇÃO DO DECRETO 40.156/2006 QUE, EM SEU ARTIGO 11, EXIGE A AUTORIZAÇÃO DO USO DO POÇO PELA SERLA, SUCEDIDA PELO INEA. TEXTO LEGAL QUE, ENTRETANTO, ESTABELECEU EXCEÇÃO PARA OS CASOS EM QUE O SISTEMA NÃO FUNCIONE (ARTIGO 13). IMPOSSIBILIDADE DA COBRANÇA POR SERVIÇO QUE NÃO É PRESTADO. HIPÓTESE DE ENRIQUECIMENTO ILÍCITO DA EMPRESA QUE RECEBERIA SEM O EFETIVO FORNECIMENTO AO CONSUMIDOR. PRECEDENTES DESTE TRIBUNAL DE JUSTIÇA. DANOS MORAIS CONFIGURADOS PELA PRIVAÇÃO DE SERVIÇO ESSENCIAL, QUE NÃO MERECE REFORMA.** SENTENÇA MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (TJ-RJ - APL: 00293356920188190021, Relator: Des(a). LUIZ HENRIQUE OLIVEIRA MARQUES, Data de Julgamento: 27/05/2021, DÉCIMA PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 02/06/2021) (grifo nosso).

Direito Constitucional. Direito Administrativo. Políticas Nacional e Estadual de Recursos Hídricos. Antecipação de tutela parcialmente concedida para que a Administração Pública se abstenha de impedir a parte recorrida da utilização das águas provenientes de fonte alternativa para consumo humano.

Presunção relativa da legalidade e legitimidade do ato administrativo. Decreto Estadual nº 40.156/06. **Vedação da utilização de água provida pelo sistema alternativo para consumo e higiene humana. Inexistência desta vedação legal. Ilegalidade do referido Decreto, em sede de cognição sumária. Utilização do poço artesiano para consumo humano durante anos. Precedentes desta Corte. Água que é um bem de domínio público essencial à vida. Ponderação de interesses. Prevalência do acesso à água pelo demandante. Perigo na demora ante a possibilidade de imposição de sanção administrativa e o lacre da fonte de abastecimento de água.** Recurso desprovido. (TJ-RJ - AI: 00529705520128190000 RJ 0052970-55.2012.8.19.0000, Relator: DES. ALEXANDRE ANTONIO FRANCO FREITAS CAMARA, Data de Julgamento: 06/11/2012, SEGUNDA CAMARA CIVEL, Data de Publicação: 26/02/2013 18:32) (grifo nosso).

Em setembro de 2018, foram julgados os embargos de divergência nº1.335.535/RJ, da Relatoria do Min. Herman Benjamin, com a seguinte ementa:

EREsp 1335535 / RJ-EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL-2012/0153940-9-Relator(a)
Ministro HERMAN BENJAMIN (1132)

Órgão Julgador
S1 - PRIMEIRA SEÇÃO

Data do Julgamento

26/09/2018

Data da Publicação/Fonte

DJe 03/09/2020

Ementa

AMBIENTAL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSOS HÍDRICOS. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. CONDOMÍNIO RESIDENCIAL. POÇO ARTESIANO. FEDERALISMO HÍDRICO-AMBIENTAL. REGIME JURÍDICO DAS ÁGUAS SUBTERRÂNEAS. ART. 12, II, DA LEI 433/1997 E ART. 45, § 2º, DA LEI 11.445/1997. NECESSIDADE DE OUTORGA E AUTORIZAÇÃO AMBIENTAL. PRECEDENTES. HISTÓRICO DA DEMANDA.

1. Trata-se, na origem, de Ação de Obrigação de Fazer proposta pelo Condomínio do Parque Residencial Ypiranga que, sob o argumento de haver insuficiência do abastecimento público de água, realizou perfuração de poço artesiano para uso dos condôminos, sem outorga e autorização ambiental.

2. A sentença julgou procedentes os pedidos. O Tribunal de origem negou provimento à Apelação, entendendo, em síntese, que inexistente na legislação federal ou estadual obrigação de outorga ou autorização do órgão público competente para uso de água extraída de poços artesianos.

3. O INEA interpôs Recurso Especial alegando violação do art. 45, § 2º, da Lei federal 11.445/2007 (Lei do Saneamento Básico) que veda a quem possui instalação hidráulica predial ligada à rede pública abastecer-se de fontes alternativas. REGIME JURÍDICO DAS ÁGUAS SUBTERRÂNEAS

4. Qualquer que seja o ângulo pelo qual se examine a questão, justifica-se a disciplina normativa, pela União, das águas subterrâneas - reputadas ora federais, ora estaduais -, por constituírem recurso natural, público, limitado, não visível a olho nu (ao contrário das águas de superfície), e indispensável à concretização dos direitos fundamentais à vida, à saúde e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

5. Na disciplina dos recursos hídricos, dois diplomas federais são de observância obrigatória para Estados, Distrito Federal e Municípios: a Lei 9.433/1997 (Lei da Política Nacional de Recursos Hídricos) e a Lei 11.445/2007 (Lei do Saneamento Básico). A Lei 9.433/1997 condiciona a extração de água subterrânea - quer para "consumo final", quer como "insumo de processo produtivo" - à prévia e válida outorga pelo Poder Público, o que se explica pela notória escassez desse precioso bem, literalmente vital, de enorme e crescente valor econômico, mormente diante das mudanças climáticas (art. 12, II). Já o art. 45, § 2º, da Lei 11.445/2007 prevê categoricamente que "a instalação hidráulica predial ligada à rede pública de abastecimento de água não poderá ser também alimentada por outras fontes".

6. Assim, patente a existência de disciplina normativa expressa, categórica e inafastável de lei geral federal, que veda captação de água subterrânea para uso de núcleos residenciais, sem que haja prévia outorga e autorização ambiental do Poder Público. As normas locais devem seguir as premissas básicas definidas pela legislação federal. Estatuto editado por Estado, Distrito Federal ou Município que contrarie as diretrizes gerais fixadas nacionalmente padece da mácula de inconstitucionalidade e ilegalidade, por afrontar a distribuição de competência feita pelo constituinte de 1988: "Compete privativamente à União legislar sobre ... águas" (art. 22, IV, da Constituição Federal, grifo acrescentado). Precedentes do STJ. CONCLUSÃO.

7. Embargos de Divergência conhecidos e providos.

Do que se constata na comparação com a jurisprudência do STJ e do TJRJ é uma completa dissonância de entendimentos, com julgados partindo de premissas diferentes com óticas diferentes. Vale notar que o acórdão estadual foi prolatado três anos depois do julgado do STJ em embargos de divergência, não oferecendo, este último, carga persuasiva para alterar o entendimento pacífico do tribunal estadual.

O STJ partiu da premissa, equivocada, data vênia, de que as águas subterrâneas são bens da União com base no art. 20, III da CF/88,² conforme adiante será demonstrado, considerando que o art. 26, I,³ - que trata expressamente de águas subterrâneas - estaria abrangido pelo comando do citado art.20, III. Em razão deste raciocínio sequer analisou a legislação local, bem como o fato notório de que em uma enormidade de municípios não há nem mesmo ligação à rede de fornecimento de água e, quando há, é incapaz de manter a continuidade do serviço.

Acrescenta o julgamento do STJ a competência comum entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios, prevista no art.23 VI e XI⁴ para proteger o meio ambiente, combater a poluição e dispor sobre recursos hídricos e minerais em seu território, sem dizer o porquê de a atividade de poço artesiano de potencial insignificante voltado para matar a sede e propiciar o banho de pequenas localidades polui o meio ambiente e se considera esta atividade exigente de concessão de pesquisa e exploração de recursos hídricos. O STJ, no caso e com estes argumentos, equiparou *tout court* o poço artesiano a uma lavra para exploração econômica.

De arremate, a decisão do STJ abrigou todos estes argumentos no argumento-trunfo da incidência do art.225 da CF/88 (pag 11 do acórdão) fazendo apenas uma paráfrase do caput.⁵

Embora veiculando estes argumentos de natureza eminentemente constitucional, o STJ mencionou mas não analisou a pertinência dos preceitos legais que alçou para fundamentar sua decisão, a saber o art.12, inciso II da Lei nº9433/97, bem como o art.45 da lei nº 11.445/2007, os quais trago à colação:

² Em comentário ao inciso III, do art.20 da CF/88, Almiro do Couto e Silva, o eminente professor afirma que “Fora dessas hipóteses, as águas ou pertencem aos estados, ao Distrito federal e aos Municípios – por se situarem em terrenos de domínio dessas unidades políticas da Federação – ou são privadas”. (*In*: CANOTILHO, J.J. Gomes (coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**, São Paulo: Saraiva ; Almedina, 2013, p. 717).

³ Segundo José Afonso da Silva em comentários ao inciso I, do art. 26 da CF/88 águas subterrâneas: “São aquelas que se localizam a certa profundidade do solo, tais os lençóis freáticos. Essas águas, como as superficiais, são de domínio dos Estados-membros, não cabendo mais qualquer discussão sobre sua propriedade, á vista da propriedade dos terrenos em que se localizam. Mas podem ser apropriadas para uso doméstico e para dessedentar animais e outros usos, observadas as normas e diretrizes da lei nº 9.433/1997, que dispõe sobre a política nacional de recursos hídricos”. (*In*: **Comentário Contextual à Constituição**, 9. ed, São Paulo, Malheiros, 2014, p. 296).

⁴ A indicação, como fundamento para vedar a utilização das águas subterrâneas com base neste dispositivo, encontra esclarecimento nas considerações feitas por José Afonso da Silva ao dispositivo. Segundo o eminente constitucionalista “O texto, como se nota, correlaciona-se com o disposto no § 1º do art.20, já comentado, relativo ao direito de participação no resultado da exploração dos recursos minerais referidos.” (*op. cit.*, p. 279).

⁵ Disponível em: <https://www.abas.org/aguas-subterraneas-o-que-sao/>.

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

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

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

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

IV - aproveitamento dos potenciais hidrelétricos;

V - outros usos que alterem o regime, a quantidade ou a qualidade da água existente em um corpo de água.

§ 1º Independem de outorga pelo Poder Público, conforme definido em regulamento:

I - o uso de recursos hídricos para a satisfação das necessidades de pequenos núcleos populacionais, distribuídos no meio rural;

II - as derivações, captações e lançamentos considerados insignificantes;

III - as acumulações de volumes de água consideradas insignificantes.

§ 2º A outorga e a utilização de recursos hídricos para fins de geração de energia elétrica estará subordinada ao Plano Nacional de Recursos Hídricos, aprovado na forma do disposto no inciso VIII do art. 35 desta Lei, obedecida a disciplina da legislação setorial específica.

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)

§ 1º Na ausência de redes públicas de saneamento básico, serão admitidas soluções individuais de abastecimento de água e de afastamento e destinação final dos esgotos sanitários, observadas as normas editadas pela entidade reguladora e pelos órgãos responsáveis pelas políticas ambiental, sanitária e de recursos hídricos.

§ 2º A instalação hidráulica predial ligada à rede pública de abastecimento de água não poderá ser também alimentada por outras fontes.

§ 3º A instalação hidráulica predial prevista no § 2º deste artigo constitui a rede ou tubulação que se inicia na ligação de água da prestadora e finaliza no reservatório de água do usuário. (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020)

§ 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)

§ 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 reuso e de captação de água de chuva, nos termos do regulamento. (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020)

§ 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)

§ 7º A entidade reguladora ou o titular dos serviços públicos de saneamento básico deverá, sob pena de responsabilidade administrativa, contratual e ambiental, até 31 de dezembro de 2025, verificar e aplicar o procedimento previsto no § 6º deste artigo a todas as edificações implantadas na área coberta com serviço de esgotamento sanitário. (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020)

§ 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 equilíbrio econômico-financeiro dos contratos. (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020)

§ 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. (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020)

§ 10. A conexão de edificações situadas em núcleo urbano, núcleo urbano informal e núcleo urbano informal consolidado observará o disposto na Lei nº 13.465, de 11 de julho de 2017. (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020)

§ 11. As edificações para uso não residencial ou condomínios regidos pela Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964, poderão utilizar-se de fontes e métodos alternativos de abastecimento de água, incluindo águas subterrâneas, de reuso ou pluviais, desde que autorizados pelo órgão gestor competente e que promovam o pagamento pelo uso de recursos hídricos, quando devido. (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020)

§ 12. Para a satisfação das condições descritas no § 11 deste artigo, os usuários deverão instalar medidor para contabilizar o seu consumo e deverão arcar apenas com o pagamento pelo uso da rede de coleta e tratamento de esgoto na quantidade equivalente ao volume de água captado. (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020)

Surpreende a fundamentação do STJ, uma vez que destaca artigos da legislação federal que garantem a manutenção do poço artesiano de volume insignificante, bem como dispositivos que legislam apenas para imóveis já conectados à rede de abastecimento de água, e mais, o parágrafo primeiro do art. 12 da Lei nº 9433/97 dispõe expressamente sobre a isenção de outorga, nos mesmos casos da legislação estadual, bem assim o art.45 da lei nº 11.445/2007 estabelece a possibilidade de gratuidade do serviço para a população de baixa renda mesmo que o serviço (se existente é claro...) seja prestado por concessionária.

O tribunal estadual fincou-se na inteligência do art.26 da CF/88, segundo a qual as águas subterrâneas (a Constituição aqui não distingue se são áreas rurais ou urbanas) são bens do Estado, daí porque poderia este legislar sobre o tema, e o fez conforme a lei estadual nº 3.239/99, a qual isentou de outorga os poços de volume insignificante voltados para coleta de água para beber e higiene humana, o que está de acordo com a legislação federal.

Acrescentou que o Decreto estadual não poderia ter simplesmente suprimido texto legal, proibindo a abertura de poços artesianos para consumo de água para beber e fazer higiene humana, sem violação do texto estadual o qual devia regulamentar dentro de seus limites legais.

Em obra recente sobre o “Processo Civil e Análise Econômica”, o Ministro Luiz Fux, em várias passagens analisa o fenômeno de a parte não se convencer quanto à jurisprudência de tribunal superior e apostar na vitória, mesmo que improvável:

Sendo a decisão de recorrer uma escolha racional, em que o recorrente compara os benefícios esperados com a fase recursal e os seus custos privados para recorrer, resta evidente que a desarmonia e incoerência da jurisprudência pode fomentar recursos, pois dificulta que as partes identifiquem se a decisão passível de recurso foi ou não errada (*op. cit.*, em coautoria com Bruno Bodart, p. 155, 2. ed., Rio de Janeiro, Forense, 2021).

Em outra passagem, o Ministro Luiz Fux pondera que:

A não aplicação de precedentes pode ocorrer legitimamente sob a forma de distinção (*distinguishing*) ou de superação (*overruling*). Quando regularmente aplicada, a distinção não configura desrespeito à jurisprudência, mas a sua complementação à luz de informações colhidas nos casos subsequentes. O *distinguishing* preserva a racionalidade dos julgados anteriores, ao mesmo tempo em que agrega novas razões, à luz de fatos diferentes apresentados pelo judiciário (*op. cit.*, p. 162).

O que se constata da comparação entre ambos os entendimentos é que o STJ não decidiu se a lei estadual poderia dispensar a obtenção de outorga para poços artesanais pequenos, voltados unicamente para consumo de água para beber e higiene humana. Ao contrário, decidiu com base em argumentos constitucionais que, embora de alguma maneira informassem o tema, não disciplinavam o cerne da questão, deixando hígidos os argumentos do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.

A dissonância entre os julgados talvez se explique no fato de o STJ ter julgado o caso pautando-se na presunção de poluição ao meio ambiente pelo poço artesiano utilizado para consumo de água para beber e tomar banho, geralmente por populações de baixa renda e que sequer dispõem de rede de abastecimento ligada ao seu domicílio; ao passo que o tribunal estadual deu mais ênfase à legislação estadual, aliás compatível com a federal, e à dignidade da pessoa humana em dispor de água para beber e tomar banho, sugerindo uma ponderação entre a proteção ao meio ambiente e ao direito à vida.

3 CONCLUSÃO

Pelo que se viu da exposição de ambos os julgados, temos que a questão do saneamento básico não pode ser analisada sob a ótica retórica do meio ambiente pura e simplesmente, nem mesmo pela argumentação de federalismo hídrico-ambiental, de rasa utilidade argumentativa quando se trata de direito à vida.

No caso do poço artesiano, o recurso não é finito⁶. Não há a mínima comparação de água de fonte subterrânea como se fosse petróleo ou desflorestamento. A água captada pelo poço artesiano volta para o meio ambiente que será novamente extraída do lençol freático. Água subterrânea, pois, não é petróleo, parece óbvio, mas é preciso deixar este fato bem vincado.

Pode haver alguma poluição devido ao uso para beber água, cozinhar alimentos e fazer higiene pessoal? Com certeza, mas esse potencial é irrelevante diante da preservação do direito à vida e à saúde, os quais devem ser encarados à luz do direito-trunfo da dignidade da pessoa humana. Cabe destacar mais uma vez que poço artesiano não é mina de extração

⁶ Há de ser lembrado, nesse passo, a letra do art.489, §1º, inciso I, do código FUX segundo o qual não se considera fundamentada a sentença que “se limitar à indicação, à reprodução ou paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida”. Eis o trecho mencionado: “Todas essas disposições constitucionais se complementam com o art. 225, caput, da Carta Magna, que impõe ao Poder Público e a toda a coletividade o dever de defender e preservar, para as presentes e futuras gerações, o meio ambiente ecologicamente equilibrado, essencial à sadia qualidade de vida, como direito difuso e fundamental, bem de uso comum do povo, vocalizando, em seus comandos normativos, os princípios da precaução, prevenção e reparação integral, entre outros”.

de petróleo, não é jazida de grande mineradora- é meio anão de manutenção da vida humana de pequenos núcleos seja na área urbana, seja na área rural.

A Constituição federal, no art. 26, traz em letras muito claras, o fato de que as terras subterrâneas são bens públicos estaduais e, no caso da legislação federal existente, em nada se choca com a estadual que desobriga a autorização para a extração de água para uso estritamente humano.

Nesse passo, poderia se cogitar do regime de **atividade comunicada**⁷, onde o fruído da água subterrânea apenas daria ciência de seu uso para efeito de fiscalização pelo órgão ambiental e de forma alguma poderia a concessionária se imiscuir na atividade, principalmente quando se tratar de ausência ou insuficiência do serviço.

Com estes subsídios, espera-se que alguma luz tenha sido trazida para o relevante problema dos poços artesanais existentes em todo o País - nas zonas rurais e urbanas - e para o qual o marco legal do saneamento não parece apto a inibir os abusos dos órgãos ambientais e concessionárias contra o pequeno e esquecido consumidor, já que a ausência de serviço de fornecimento de água ou a sua notória ineficiência fomenta a perfuração de poços artesanais.

Oxalá, o Judiciário continue atento à discussão, traçando limites mais claros para esta questão tão severa atinente à dignidade da pessoa humana, não deixando à deriva o pequeno consumidor em detrimento da responsabilidade das concessionárias.

⁷ Sobre o tema da atividade comunicada, veja-se, PEIXINHO, Manoel Messias; CANEN, Doris. Parcerias da administração pública com a iniciativa privada como forma de garantir direitos fundamentais. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 19., 2010, Fortaleza. **Anais eletrônicos** [...]. Fortaleza: UFC, 2010. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/fortaleza/4037.pdf>, Acesso em: 2 nov. 2021; COSTA, Aldo de Campos. O que são atividades comunicadas ao poder público? **Conjur**, 25 jul. 2013. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-jul-25/toda-prova-sao-atividades-comunicadas-poder-publico>. Acesso em: 2 nov. 2021; CUNHA, Paulo César Melo da. As atividades Comunicadas e o controle do exercício das liberdades. In: OSÓRIO, Fabio Medina; SOUTO, Marcos Juruena Villela (coord.). **Direito Administrativo: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto**, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006.

O PAPEL DA AGÊNCIA NACIONAL DE ÁGUAS E SANEAMENTO BÁSICO À LUZ DA LEI Nº 14.026/2020

Firly Nascimento Filho*
Paula Brígido da Motta Steele*

RESUMO: Este trabalho objetiva refletir sobre os desafios e riscos a serem enfrentados pela ANA ante o recrudescimento substancial das suas competências e atribuições conferidas pela Lei nº 14.026/2020 – sobejamente no que diz respeito à prerrogativa de elaborar normas de referência de abrangência nacional endereçadas a destinatários multifacetados – coadunado às metas de universalização do acesso ao saneamento básico e da prestação qualitativa desse serviço público essencial à dignidade da pessoa humana.

Palavras-chave: Saneamento básico. Lei nº 14.026/2020. ANA. ADI 6.492. Desafios.

ABSTRACT: This work aims to reflect on the challenges and risks to be faced by ANA in light of the substantial increase in its competences and attributions conferred by Law No. 14.026/2020 – particularly with regard to the prerogative of elaborating reference standards of national scope addressed to multifaceted recipients – in line with the goals of universal access to basic sanitation and the qualitative provision of this public service essential to the dignity of the human person.

Keywords: Basic sanitation. Law no. 14.026 / 2020. ANA. ADI 6,492. Challenges.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Objetivo do Desenvolvimento Sustentável – ODS6. 3 Novo papel atribuído à ANA pela Lei nº 14.026/2020. 4 Riscos e desafios. 5 Breves comentários acerca da ADI 6.492. 6 Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

A Constituição federal de 1988 não previu o acesso à água e ao esgotamento sanitário como direito fundamental, porém sua relevância pode ser extraída dos direitos fundamentais à vida, à saúde e da dignidade da pessoa humana. O saneamento

* Juiz Federal. Doutor em Direito (PUC-Rio). Professor da PUC-Rio.

* Servidora Pública Federal. Mestranda em Direito Econômico e Desenvolvimento pela Universidade Cândido Mendes (UCAM). Curriculum lattes: <http://lattes.cnpq.br/8504304286930103>.

básico surge no ordenamento jurídico brasileiro como um direito constitucional voltado à promoção de melhorias na qualidade de vida da população e na preservação do meio ambiente.

Contudo, o Brasil ainda enfrenta enormes problemas relacionados à temática. Realidade que é percebida quando se constata que, em pleno século XXI, a maioria da população brasileira não tem acesso ao saneamento básico.

Dentro dessa conjuntura jurídica e fática, o saneamento básico é uma das pautas mais relevantes de política pública e de ação social no Brasil, cujo temática envolve os interesses políticos de todos os entes federados – União, estados, Distrito Federal e municípios – e de toda a sociedade – famílias, indivíduo, setor privado e entidades sem fins lucrativos. O planejamento da prestação de serviços de saneamento básico tornou-se um elemento essencial para que se atinja a tão almejada (e até o momento utópica) universalização do acesso a tais direitos.

Em razão do cenário preocupante de acesso aos serviços de saneamento básico e visando atender ao Objetivo de Desenvolvimento Sustentável (ODS 6), previsto na Resolução A/RES/64/292 da ONU, surge a Lei nº 14.026/2020, que se fez um importante instrumento de avanço jurídico e tecnicidade para o setor de saneamento, ao alterar e atualizar substancialmente a redação de diversas legislações sobre o tema, entre elas a Lei nº 9984/2000, lei de criação da ANA, a fim de ampliar suas atribuições e competências.

Tais atribuições, com a nova legislação, passam a ser mais complexas e desafiantes, pois ela terá que produzir normas com múltiplos conteúdos endereçadas a diversos destinatários, não mais restritivamente sobre a temática da água, mas sobre o saneamento básico, a incluir abastecimento de água potável, esgotamento sanitário, limpeza urbana, manejo de resíduos sólidos, drenagem e manejo das águas pluviais urbanas, nos termos do art. 3º da Lei nº 11.445/2007 (redação dada pela Lei nº 14.026/2020). Para tanto, exige-se dessa agência reguladora federal uma atuação mais ativa e multifacetada preordenada a garantir eficácia, eficiência, efetividade, economicidade e universalização dos serviços já citados.

A Lei nº 14.026, de 15 de julho de 2020, se preocupou em buscar o fortalecimento da regulação por meio da atuação da Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico (ANA), pois, para se alcançar a eficiência e transparência, será necessário “despolitizar” as decisões regulatórias. Em razão das substanciais e volumosas alterações promovidas por essa lei na legislação sobre o tema, ela é conhecida como Novo Marco do Saneamento Básico.

Espera-se que o relacionamento entre a ANA e o setor de saneamento atinja um novo patamar, já que essa agência passará a editar normas de referência, isto é, diretrizes que deverão ser observadas pelas agências reguladoras de

saneamento infranacionais – municipais, intermunicipais, distrital e estaduais –, bem como pelo setor privado.

Este artigo não visa esgotar todos os temas abordados no Novo Marco Legal do Saneamento Básico, mas sim trazer reflexões sobre os desafios à regulação dos serviços de saneamento, sobretudo com a ampliação de atribuições conferidas à ANA, e os mecanismos necessários para que esta entidade não sofra influências políticas e de mercado, alcançando, assim, a imparcialidade necessária para resistir a qualquer tipo de captura.

Dessa forma, serão utilizadas, para melhor fundamentar esta pesquisa, análises doutrinárias, jurisprudencial e de legislações vigentes sob o viés hipotético-dedutivo.

2 OBJETIVOS DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL – ODS – e a LEI Nº 14.026/2020

No ano de 2000, foi lançado pelo secretário-geral da Organização das Nações Unidas (ONU) a Declaração do Milênio, que objetiva o alinhamento do setor privado com os princípios universais dos direitos humanos, trabalho, meio ambiente e anticorrupção, intentando combater graves problemas mundiais.

Em 2015, os países membros, entre eles o Brasil, aprovaram a Agenda 2030, que ficou conhecida como Declaração Global de Interdependência, já que indica 17 objetivos e 169 metas para erradicar a pobreza e promover uma vida digna para todos. Ou seja, a finalidade é integrar todos os componentes do desenvolvimento sustentável e incentivar os países a buscarem soluções e mudanças na construção do “futuro que queremos”.¹

Neste contexto, surgiu o Objetivo de Desenvolvimento Sustentável (ODS), que nasceu da necessidade de engajar e conscientizar a sociedade mundial a respeito dos esforços necessários para o cumprimento da Agenda 2030, que, conforme assevera o secretário geral da ONU, é um plano de ação para as pessoas, o planeta e a prosperidade, na busca da paz universal e da garantia dos direitos humanos.

O acesso ao saneamento básico constitui o ODS-6, que almeja assegurar a disponibilidade e gestão sustentável da água e saneamento para todos, garantindo-se a universalização desses direitos até 2030.

A par disso, a pandemia do novo coronavírus ajudou a evidenciar as mazelas causadas pela falta de saneamento básico. Segundo o instituto Trata Brasil, “cerca de 35 milhões de brasileiros não têm acesso aos serviços de água e aproximadamente 100

¹ BRASIL. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), 2021. Disponível em: <http://www.agenda2030.org.br/>. Acesso em: 16 out. 2021.

milhões não têm acesso à coleta de esgotos”. Em 2019, 48% da população brasileira não tinha acesso à coleta de esgoto.²

Analisando-se esses dados, indaga-se: como grande parte da população se protege desse vírus se nem água e esgoto possuem para manterem um mínimo de higienização? Quantas pessoas morrem por ano por doenças ligadas à falta ou precariedade de acesso ao saneamento básico? O fato é que os números apontados ainda são catastróficos, a indicar que uma solução urgente e eficaz precisa ser buscada, a fim de reverter esse quadro de insalubridade.

A política pública brasileira de saneamento básico é escassa, e este cenário se prestou para que o Congresso Nacional enxergasse a necessidade de medidas prementes em favor, especialmente, da universalização desses direitos.³

Tendo em vista a insuficiência de investimentos estatais para a concretização das medidas necessárias, o legislador introduziu, por meio da Lei nº 14.026/2020, uma mudança de paradigma, ao estimular a concorrência, a privatização das empresas estatais de saneamento e a busca por investimentos privados.⁴

Todavia, o setor de saneamento básico brasileiro é conhecido pela falta de segurança jurídica e pela influência política existente, o que aumenta a imprevisibilidade jurídico-regulatória e a falta de credibilidade perante os investidores.

Assim, na tentativa de modificar este cenário de insegurança, a Lei nº 14.026/2020 inseriu alterações significativas em legislações referentes ao saneamento básico, entre elas na Lei nº 9.984/2000, ao delegar novas atribuições e competências à Agência Nacional de Águas, agora denominada Agência Nacional de Águas e Saneamento básico, para ser a entidade responsável pela uniformidade regulatória e pela segurança jurídica na prestação desses serviços.

Outra alteração se deu na Lei nº 10.768/2003, que dispõe sobre o quadro pessoal da ANA, ao modificar o nome e as atribuições do cargo de especialista em Recursos Hídricos (BRASIL. Lei 10.768, 2020, art. 3º, §2º).

Além disso, a Lei nº 14.026/2020 alterou (a) a Lei nº 11.107/2005, para vedar a prestação dos serviços de saneamento básico por contrato de programa dos serviços públicos de que trata o art. 175 da CRFB; (b) a Lei nº 11.445/2007, objetivando transformar as condições estruturais do saneamento básico no país; (c) a

² TRATA BRASIL, 2021. Disponível em: www.tratabrasil.org.br. Acesso em: 16 out. 2021.

³ SION, Alexandre Oheb. Os desafios para implantação de empreendimentos de infraestrutura durante e após a pandemia. In: CASTRO, Luísa Pires Monteiro de; SION, Alexandre. **Direito da infraestrutura**. Belo Horizonte: Del Rey, 2020, p. 130.

⁴ ANTUNES, Paulo de Bessa; D'OLIVEIRA, Rafael Daudt. **Breves considerações sobre o marco regulatório do saneamento básico**: Lei nº. 14.026, de 15 de julho de 2020. São Paulo: GenJurídico, 23 jul. 2020, s.p. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2020/07/23/marcoregulatorio-saneamento-basico/>. Acesso em: 16 out. 2021.

Lei nº 13.089/2015, para estender o âmbito de aplicação do Estatuto da Metrópole a unidades regionais; e (d) a Lei nº 13.529/2017, para autorizar a União a participar de fundo com a finalidade exclusiva de financiar serviços técnicos especializados.

3 NOVO PAPEL ATRIBUÍDO À ANA PELA LEI Nº 14.026/2020

ANA, ou melhor, Agência Nacional de Águas foi criada em 2000, por meio da Lei nº 9.984, e desempenha o papel de reguladora das águas de domínio da União Federal. Desde então, tem como objeto de regulação: abastecimento humano e animal, indústria, irrigação agrícola, geração de energia, navegação, pesca, agricultura e mineração.

O advento da criação da Agência Nacional de Águas é resultado de um movimento surgido em razão da Lei de Águas (Lei nº 9.433/97), que instituiu a Política Nacional de Recursos Hídricos e o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos (SINGREH).

No entanto, como visto anteriormente, com a aprovação da Lei nº 14.026/2020, que atualiza o marco legal do saneamento básico, a ANA passou a se chamar Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico e a tratar, além dos temas atinentes à água, dos assuntos referentes ao saneamento básico: manejo de resíduos sólidos, coleta e tratamento de esgotos. Desse modo, houve um aumento considerável do seu escopo de atuação.

Esta entidade federal é uma autarquia sob regime especial com autonomia administrativa e financeira, vinculada ao Ministério do Desenvolvimento Regional e conduzida por uma diretoria colegiada composta de cinco membros: um diretor-presidente e quatro diretores, todos sabatinados pelo Senado Federal e nomeados pelo presidente da República, com mandatos não coincidentes de quatro anos.

Autarquias em regime especial são aquelas entidades que possuem, além do papel de fiscalizar, o de conduzir e regulamentar as prestações de serviços públicos e o exercício de atividades econômicas, com características e peculiaridades próprias definidas nas leis de sua criação, atingindo, assim, uma maior autonomia administrativa, técnica e/ou financeira.

A ANA, agência sob análise, tem como objetivos: implementar e coordenar a gestão compartilhada e integrada dos recursos hídricos no Brasil, regular o acesso à água e ao saneamento básico, e promover seu uso sustentável em benefício das atuais e futuras gerações. Para alcançar esse desiderato, necessita da sua independência política e decisória, visando à ausência de subordinação a um dado ministério e à liberdade financeira e gerencial, sob pena de total esvaziamento da sua atuação em razão de motivações políticas ou de resposta à pressão do mercado.

Com a aprovação da Lei nº 14.026/2020, espera-se que a relação entre a ANA e o setor de saneamento atinja um novo nível, já que esta agência reguladora passa a ter a prerrogativa de editar normas de referência nacionais para os serviços públicos de saneamento básico.

Assim, a atuação da ANA deve refletir, além do conteúdo das normas de referência para a regulação dos serviços públicos de saneamento básico, a estrutura institucional da autarquia no processo de tomada de decisão e fiscalização do setor regulado.

A adoção dessas normas de referência tem como objetivo angariar incentivos concretos para melhorar a qualidade da regulação setorial, promovendo uma harmonização regulatória, especialmente por criar uma segurança jurídica, e estabelecer como princípio fundamental a regionalização do serviço (artigo 4º-A da Lei nº 9.984). Tal medida permitirá a associação de municípios que formem, no todo, uma região economicamente atrativa para investidores, o que não aconteceria se estivessem atuando de modo isolado.

Além disso, o novo marco regulatório tenciona gerar maior confiança e atratividade dos investidores ao obrigar que os contratos de concessão contenham cláusulas prevendo possíveis fontes de receitas alternativas, metodologia de cálculo de indenização relativa aos bens reversíveis não amortizados no momento da extinção do contrato e repartição de riscos entre as partes.

Mas o que seriam, então, as denominadas normas de referência? Da leitura do art. 3º da Lei nº 14.026/2020, extrai-se que constituem um conjunto de preceitos que estabelecem diretrizes e condições de caráter geral para a consecução de determinados fins ou para o alcance de determinadas vantagens que deverão ser seguidas pelos titulares do poder concedente dos serviços públicos de saneamento básico, pelas agências reguladoras e fiscalizadoras infranacionais – destinatários imediatos dessas normas – e por todos os demais agentes e atores que atuam no microsistema do saneamento básico (destinatários mediatos).

É importante destacar que existe uma enorme preocupação de que essas normas de referência não passem de uma utopia criada pela Lei nº 14.026/2020, tendo em vista que a nova legislação não traz a definição exata do que elas sejam.

Há quem entenda que, para definir normas de referência, se deve fazer uso da analogia ao art. 24 da CRFB/88, que dispõe sobre as normas gerais editadas pela União no exercício da competência legislativa concorrente. Seriam, assim, regras que objetivam estabelecer diretrizes nacionais para serem uniformemente aplicadas em todo o Brasil.⁵ E,

⁵ ANTUNES, Paulo de Bessa; D'OLIVEIRA, Rafael Daudt. **Breves considerações sobre o marco regulatório do saneamento básico**: Lei nº. 14.026, de 15 de julho de 2020. São Paulo: GenJurídico, 23 jul. 2020. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2020/07/23/marcoregulatorio-saneamento-basico/>. Acesso em: 16 out. 2021.

na ausência desta referência, os estados e/ou municípios⁶ exerceriam a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades.⁷ Todavia, não se pode perder de vista que a Constituição de 1988, em seu artigo 21, XX, definiu que as diretrizes nacionais da política de saneamento básico devem ser estipuladas pela União.

Além disso, estas normas, diferentemente daquelas editadas pelas agências reguladoras, derivadas do poder normativo para editar atos infralegais a partir de princípios inteligíveis constantes da lei de sua criação, não possuem teor sancionatório dotado de coercibilidade. Por serem normas de conteúdo diretivo, elas se enquadram na categoria do direito premial, já que o descumprimento de sua diretiva trará como consequência o não atingimento dos fins buscados, não implicando, portanto, a aplicação de uma sanção punitiva. Assim, a força normativa dessas normas de referência limita-se ao fomento a condutas julgadas como tidas as melhores, de sorte que, para aqueles que as descumprirem, não haverá incidência de punição, porém deixarão de usufruir os benefícios a que tenham interesse, mormente o acesso às receitas públicas federais, por injunção do inciso III do art. 50 da Lei nº 11.445/2007, redação dada pela Lei nº 14.026/2020.

Nesse compasso, é provável que os atores financeiros privados também exijam o cumprimento das normas de referência forjadas pela ANA como condição para o estabelecimento de relações jurídicas com o poder público, a fim de garantir maior técnica e ética no tratamento do tema, o que conferirá maior força vinculante e cogente a essas normas.

Quanto ao conteúdo das normas de referência, explicita o parágrafo 1º do art. 4º-A da Lei nº 9.984/2000, incluído pela Lei nº 14.026/2020, nestes termos:

- § 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,

⁶ Faz-se oportuno destacar o inciso IX do art. 23 da CRFB/88: “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; [...]”

⁷ ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. **Competências na Constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 1991, p. 170.

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.

Como se vê, o arcabouço contudístico das normas de referências exigem esforços substanciais da ANA, com destaque para a elaboração de preceitos que promovam a universalização do acesso e da efetiva prestação dos serviços de saneamento básico, sem contrariar os demais princípios estabelecidos na Lei nº 11.445 e nas legislações pertinentes. Exige-se, portanto, dessa agência um diálogo permanente com outras fontes normativas, nacionais e internacionais.

O aprimoramento das normas de referência deverá ser baseado na simplificação do processo, em sua objetividade e, principalmente, no uso comedido da discricionariedade do regulador, com o objetivo de garantir a eficiência no setor de saneamento básico.

Desta forma, a ANA deverá avaliar as melhores práticas regulatórias, ouvindo as entidades públicas e privadas do setor, bem como realizar consultas e audiências públicas. As normas de referência deverão ainda estimular a livre concorrência, a eficiência, a sustentabilidade econômica, a modicidade de tarifas, a utilização racional dos recursos hídricos, a cooperação entre os entes federados e o

setor privado, estabelecendo parâmetros e periodicidade mínimos para medição das metas de cobertura e atendimento aos padrões fixados (§3º, art. 4º-A).⁸

É interessante destacar que, pela efetividade e concretização das inovações deste marco do saneamento básico, a ANA já iniciou seu trabalho, e, em 08/03/2021, após inúmeras reuniões com diferentes segmentos do setor de saneamento, publicou o Anexo da Resolução nº 64/2021. Neste momento, foi aprovado o “Eixo Temático 5- Normas de Referência para o Saneamento”, definindo os temas mais importantes a serem tratados nessas normas para o período 2021-2022.⁹

Ou seja, foi dada a largada na corrida pela universalização do acesso à água e ao saneamento básico para todas as famílias brasileiras. Resta saber se essas inovações vão produzir os esperados benefícios para o setor e para a concretização desta meta.

Cabe também mencionar que essas normas são de atribuição do especialista em regulação de recursos hídricos e saneamento básico pela agência nacional e serão instituídas de forma progressiva, pois o processo de normatização (regulatório e fiscalizatório) é bastante complexo, e falhas em sua condução têm o poder de causar danos ao mercado regulado e ao meio ambiente diante da discricionariedade inerente ao processo e ao monopólio natural. Assim, para que os prestadores tenham mais segurança na execução de suas atividades e a população possa usufruir de um serviço de maior qualidade e eficiência, as inovações serão inseridas de forma gradual, respeitando-se um prazo justo e equilibrado.

Como visto, com o novo marco econômico, o mercado sob responsabilidade da agência se constituirá em um complexo ambiente econômico, porquanto o serviço de saneamento, que antes era prestado majoritariamente e prioritariamente pelo poder público, agora passa a contar com a participação robusta do setor privado em um ambiente concorrencial, com a necessidade de investimentos de grande monta e prazo de maturação. Assim, da conjugação desses fatores se justifica a regulação exercida pela ANA, em uma dinâmica consistente no binômio regulamentação/fiscalização.

Por outro lado, a ANA deverá avaliar o impacto regulatório e o cumprimento das normas pelos órgãos e entidades responsáveis pela fiscalização dos serviços, promovendo cursos e seminários voltados à capacitação dos atores envolvidos na regulação do setor de saneamento.

Além disso, a agência realizará a medição e arbitragem de conflitos entre o poder concedente, o prestador de serviços de saneamento e a agência que regula esses

⁸ BRASIL. **Lei nº 9.984, 17 de julho de 2000**. Dispõe sobre a criação da Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico (ANA). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19984.htm. Acesso em: 16 out. 2021.

⁹ BRASIL. Governo Federal. Disponível em: <https://www.gov.br/ana/pt-br/assuntos/noticias-e-eventos/noticias/ana-define-normas-de-referencia-que-devera-elaborar-para-setor-de-saneamento-ate-2022>. Acesso em: 16 out. 2021.

serviços prestados, por meio de uma equipe especializada/qualificada, buscando sempre a proteção do meio ambiente e o interesse público.

Portanto, acredita-se que a ideia do legislador ao criar uma regulação nacional das atividades de saneamento é tentar pôr fim, ou ao menos amenizar, os enormes problemas vivenciados pela atual estrutura da regulação do setor, a saber: a ausência de uniformidade na regulação em âmbito nacional; as falhas de governança regulatória; a captura do regulador e a falta de investimento no saneamento (sobretudo em municípios de pequeno porte). Grandes desafios serão enfrentados por esta entidade, que, sem dúvidas, exigirão uma atuação ativa no sentido de garantir a segurança jurídica, a eficiência e o interesse público.

4 RISCOS E DESAFIOS

Como visto, o novo marco legal do saneamento básico promoveu relevantes alterações no ordenamento jurídico brasileiro, visando modernizar a prestação do serviço público no país e alcançar a universalização.

Diante da enorme dimensão geográfica, econômica e cultural existente no Brasil, será necessário um recorte regional, justamente para que essas regras estabelecidas sejam eficientes, levando-se em conta as prioridades e as especificidades locais. Esse incentivo à regionalização da prestação dos serviços, como visto, é também função da ANA, que deverá encontrar um padrão equilibrado para lidar com a extensa “quilometragem” existente no país, 8.516.000 km².¹⁰

O novo marco legal positiva a chamada regulação por performance, visto que o legislador estabelece metas de desempenho com base em parâmetros mensuráveis e objetivos, sem contudo prescrever exatamente como isso ocorrerá.¹¹

É um grande desafio, pois, apesar de o novo marco possuir raciocínios importantes, adotou lógicas complexas ao centralizar as maiores responsabilidades na ANA e ao estimular a concorrência entre agentes econômicos, de modo a incrementar e qualificar o ambiente regulatório.

Resoluções de impasses através de mediação e arbitragem (§5º, art. 4º-A, Lei nº 11.445/2007); definição e organização das normas para a prestação dos serviços de saneamento básico no Brasil (§1º, art. 4º-A, Lei nº 11.445/2007); avaliação do

¹⁰ BRASIL. IBGE. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/geociencias/organizacao-do-territorio/estrutura-territorial/15761-areas-dos-municipios.html?=&t=o-que-e>. Acesso em: 16 out. 2021.

¹¹ ANTUNES, Paulo de Bessa; D'OLIVEIRA, Rafael Daudt. **Breves considerações sobre o marco regulatório do saneamento básico**: Lei nº. 14.026, de 15 de julho de 2020. São Paulo: GenJurídico, 23 jul. 2020. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2020/07/23/marcoregulatorio-saneamento-basico/>. Acesso em: 16 out. 2021.

impacto regulatório e o cumprimento das normas de referência pelos órgãos e entidades responsáveis pela regulação e fiscalização dos serviços¹² (§6º, art. 4º-A, Lei nº 11.445/2007) são alguns desafios que a ANA enfrenta com o novo marco, tendo em vista a dimensão da estrutura necessária para a efetivação dessas atribuições.

No que tange à atividade de mediação e arbitragem dos contratos fiscalizados pela entidade reguladora, indaga-se se as agências irão manter a independência e equidistância necessárias para decidir as eventuais disputas com a devida imparcialidade, ou se a captura irá reinar nesta competência, já que, no setor de saneamento brasileiro, não raro, são vistos casos de ingerência política e controvérsia regulatória, como, por exemplo, alterações unilaterais de contratos, descontos e isenções tarifárias sem justificativa, violação ao reequilíbrio econômico-financeiro, alteração de decisões sem transparência, entre outros.

Parece-nos que será necessário que a agência nacional possua uma estrutura institucional, especializada para o exercício de atividades de mediação e arbitragem, buscando sempre a imparcialidade, a eficiência e o cumprimento de normas punitivas, quando necessário, pois, caso contrário, influências externas, políticas e de mercado continuarão influenciando as decisões neste ramo.

Diante da realidade fático-jurídica que se apresenta em relação às normas de referência (que, como visto, não foram definidas na Lei nº 14.026/2020), a ANA terá desafios para criar um corpo técnico especializado multidisciplinar, independente de influências externas, que se preocupe em fortalecer a regulação por meio da qualidade de suas diretrizes, da transparência e da completude e clareza das regras editadas. A expansão das atividades ao capital privado e a gradual desestatização do setor é outro grande desafio da ANA, pois esta deverá encontrar meios que garantam o *enforcement* dos contratos de concessão, e a obrigatoriedade de prévia licitação para entidades que não integram a administração do titular – artigo 10 da Lei nº 11.445/2007. Ou seja, a Administração tem o dever de licitar sempre que houver concessão de serviço público à iniciativa privada, em cumprimento aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Por fim, verifica-se que desafios também serão enfrentados na fiscalização e controle social do cumprimento das metas e adequação aos princípios e objetivos da política de saneamento, já que muitos municípios ainda não dispõem de agência reguladora infranacional independente e deixam, por isso, de atender ao comando da Lei federal nº 11.445/2007. Ou seja, a Lei nº 14.026/2020 visa à padronização das práticas

¹² Nesse sentido, o artigo 8º da Lei nº 11.445/2007, com redação pela Lei nº 14.026/2020, dispõe que são os titulares responsáveis pelo alcance das metas de universalização: a) privativamente, os municípios e o Distrito Federal; ou b) conjuntamente, os entes federativos integrantes de estruturas de governança interfederativa.

normativas dos entes reguladores, encarregando a ANA de garantir a segurança jurídica, previsibilidade e o cumprimento das metas internacionais, mas sem se atentar para a enorme desigualdade estrutural e financeira existente entre os entes (são mais de 5.500 entes políticos), bem como a baixa adesão brasileira à regulação do saneamento básico. Aproximadamente 1.700 municípios brasileiros ainda não contam com ente regulador para fiscalizar e normatizar a prestação dos serviços públicos de saneamento básico – água, esgoto, drenagem urbana e resíduos sólidos.¹³

Segundo Andre Saddy e Rodrigo Fonseca,

É certo que tal modelo possui vantagens em relação àqueles em que o ente se autorregula sozinho, afinal, é uma pessoa externa em comparação com o prestador que impõe, restringe e permite determinadas condutas. Mas é bem verdade que esse tipo de regulação não costuma surtir efeito satisfatório à população. O problema dessa forma de regulação é que a Administração direta não possui especialização técnica devida e, pior, é titularizada por agentes políticos, o que em muitos casos, ocasiona uma grande instabilidade e pouca racionalidade ao setor regulado. E tal ocorrência costuma levar a uma incapacidade de predizer cenários e de desenhar políticas e diretrizes. Em suma, o mercado regulado pela Administração direta, em geral, fica sem instrumentos de coordenação e de controle, e por isso, acaba por possibilitar abusos dos prestadores.¹⁴

Espera-se que os municípios que não possuem regulação¹⁵ procurem observar a necessidade de uniformização das funções administrativas da regulação e busquem aderir à “regionalização da prestação de serviço” por meio de convênio de gestão associada a alguma agência reguladora estadual, ou por meio de consórcio público de regulação formado por municípios pertencentes ao mesmo estado da federação.

¹³ OLIVEIRA, Carlos Roberto de. A regulação infranacional e o novo marco regulatório. In: GRANZIERA, Maria; OLIVEIRA, Carlos (coord.). **Novo marco do saneamento básico no Brasil**. Indaiatuba/SP: Foco, 2020, p. 73–87.

¹⁴ SADDY, André; CHAUVET, Rodrigo da Fonseca. **Aspectos jurídicos do saneamento básico**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 140/141.

¹⁵ Trata-se, aqui, especialmente de municípios menores e com pouca arrecadação em que se observa, frequentemente, ausência de recursos para oferecer alguns serviços públicos. A união com outros municípios, além de proporcionar a soma de recursos financeiros, viabiliza a execução de obras que, por vezes, seria inviável apenas por um município pequeno, a exemplo da inexecução de construção de aterros sanitários em cidades com menos de 100 mil habitantes. SION, Alexandre Oheb. Os desafios para implantação de empreendimentos de infraestrutura durante e após a pandemia. In: CASTRO, Luísa Pires Monteiro de; SION, Alexandre. **Direito da infraestrutura**. Belo Horizonte: Del Rey, 2020, cap. 1, p. 1-18.

Sem dúvidas, a participação da ANA será decisiva nesse processo e deseja-se que as diretrizes editadas por ela estimulem a cooperação entre os entes federados e entidades privadas, a livre concorrência, a eficiência, a preservação ambiental. É imperativo para esse fim adotar técnicas e métodos que levem em conta as peculiaridades locais e regionais.

Contudo, é claro que a complexidade vai além, exigindo-se que a ANA se blinde a ponto de não deixar que a falta de segurança jurídica e a ingerência política vivenciada há anos no setor da regulação, inclusive do saneamento básico, aumente o risco de influência externa, potencializada pela amplitude de competências que a nova legislação lhe atribuiu, e reduza a atratividade de investimentos. A ANA é o ator-chave nesse processo de fortalecimento regulatório, e espera-se que esta entidade busque acima de tudo a transparência, independência decisória, participação pública, clareza, integridade, prestações de contas, efetividade, e, além de tudo, fuga à captura (influência externa), almejando sempre o interesse público, por meio da universalização do acesso à água de qualidade e ao saneamento básico efetivo.

5 BREVES COMENTÁRIOS ACERCA DA ADI 6.492

A Constituição federal, no seu artigo 23, inciso IX, previu ser comum a competência da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios para a promoção da melhoria das condições de saneamento básico, e em seu artigo 30, inciso V, estabeleceu que cabe aos municípios “organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local”.

No entanto, as características de desenvolvimento dos serviços de saneamento básico pelos municípios, em virtude das diversas fases de atuação e dos limites territoriais impostos – a saber: captação, tratamento, reservas, distribuição de água e, claro, o esgotamento sanitário, impedem uma definição eficiente da titularidade do serviço sob a competência da Administração municipal. Noutros termos, a complexidade da cadeia de fornecimento dos serviços de saneamento provoca significativos impactos na organização individual dessa atividade, muitas vezes atraindo a necessidade de múltiplas intervenções e de municípios diferentes.

Vale destacar que a discussão envolvendo a titularidade do serviço de saneamento básico não é nova. Em 2013, no julgamento da ADI nº 1.842, o Supremo Tribunal Federal (STF) concluiu que, quando uma função administrativa extrapola o interesse local, as decisões públicas a ela atinentes passam a depender de deliberação conjunta.

Em 23/07/2020, foi proposta a ADI nº 6.492 pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT) em face dos “art. 3º, art. 5º, art. 7º, art. 11º, art. 13, dentre outros por arrastamento, todos da Lei 14.026/2020”, sob alegação de “ofensa aos artigos art.

3º, III e art. 21, XX; art. 23, IX; art 29, caput; 30, I e V; art. 37 caput e inciso XXI; art. 165, §7º; art. 170, VII, art. 241 da Constituição Federal e art. 113 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT)”.

Nesta ação direta de inconstitucionalidade, alega-se que a Lei nº 14.026/2020 viola o princípio constitucional do federalismo, por extrapolar as competências da União e esvaziar, por consequência, as competências dos municípios para regular, organizar e prestar serviços de interesse local. Confiram-se alguns trechos extraídos da inicial da ADI nº 6.492 quanto à competência da ANA:

No caso em comento, a Lei nº 14.026/2020, ao tratar de saneamento básico, legisla sobre assunto que orbita pelo interesse local, uma vez que a prestação de serviço de saneamento básico é, por excelência, exemplo de assunto de interesse local, por possuir capacidade impactante direta e imediata sobre a vida municipal.

[...]

Nesse sentido, ensina o Ministro Barroso que serviços afetos ao saneamento público, assim como quaisquer outros que não tenham sido expressamente destinados à competência dos demais entes federativos e que possam ser caracterizados como de predominante interesse local, pertencem à seara de competência municipal.

[...]

No caso em apreço, os artigos 3º, 5º e 11º da Lei nº 14.026/2020 alteram, respectivamente, as Leis nº 9.984 de 2000, nº 11.445 de 2007 e nº 12.305 de 2010; consubstanciando normas de regulação do serviço de saneamento básico, que violam frontalmente a Constituição Federal de 1988, na medida em que mitigam a autonomia municipal que verte do texto constitucional.

[...]

Isso porque, *in casu*, a União, no uso de competência para estabelecer diretrizes que deveriam limitar-se ao tratamento genérico da matéria, passará a exaurir (de maneira multiplamente inconstitucional) conteúdo que deveria ser tratado de maneira mínima. Por meio do art. 3º da Lei 14.026/2020, acrescenta-se à Lei nº 9.984 de 2000 o art. 4º-A, o qual atribui à ANA (Agência Nacional de Águas), competência para o estabelecimento de normas gerais acerca da regulação tarifária dos serviços públicos de saneamento básico e a padronização dos instrumentos negociais referentes ao serviço de saneamento básico, impondo que os mesmos conterão metas de qualidade, eficiência e ampliação de cobertura dos serviços.

[...]

Impõe-se, ainda, que esses instrumentos terão que especificar a matriz de riscos e os mecanismos de manutenção do equilíbrio econômico financeiro das atividades. A inconstitucionalidade

reside no fato de que se dá à ANA o condão de criar normas de caráter regulamentador, que seriam de competência dos municípios, utilizando-se do subterfúgio de classificar tais normas como de referência, como a regulamentação tarifária e a padronização dos instrumentos negociais.

[...]

Destarte, essa delegação à ANA configura-se como inconstitucional, mitigando os art. 29, caput, 30, incisos I e V, da CF/88, que versam sobre a autonomia e competência legislativa municipal.

[...]

Como se vê, a amplitude da norma ultrapassa as diretrizes do comando constitucional, pois não se autorizou apenas a emissão de normas de referência, atribuiu-se à Agência Nacional de Águas verdadeiro poder normativo para regulamentar o setor de saneamento em sua integralidade e sem limitação material ou temporal, o que difere absolutamente de emissão de diretrizes norteadoras.¹⁶

Em decisão monocrática, o relator ministro Luiz Fux, em 03/08/2020, indeferiu a cautelar requerida por entender não estarem presentes os requisitos necessários para a concessão da tutela de urgência, tendo em vista que a realidade alarmante de precariedade sanitária no Brasil exige uma atuação imediata, concertada e eficiente do poder público e a manutenção do status quo perpetuaria a violação à dignidade de milhares de brasileiros e a fruição de diversos direitos fundamentais. Além disso, consignou que:

A Constituição Federal expressamente estabelece, de um lado, a competência privativa da União para instituir diretrizes para o saneamento básico (art. 21, XX) e para instituir sistema nacional de gerenciamento de recursos hídricos (art. 21, XIX) e, de outro, a competência comum aos entes para promover a melhoria das condições do setor (art. 23, IX). A par dessas previsões, são implicados ao saneamento diversos outros temas que competem a todos os entes, o que fundamenta a atribuição ao Sistema Único de Saúde da participação na formulação da política e da execução das ações de saneamento básico (art. 200, IV). Em que pese o saneamento seja tradicionalmente reconhecido como serviço público de interesse local, o que confere titularidade aos municípios (art. 30, V, da CRFB), por vezes o interesse comum determina a formação de microrregiões e regiões metropolitanas para a transferência de competências para Estados (art. 25, §3º, CRFB) ou o estabelecimento pela União de critérios técnicos de cooperação - mormente quando os Municípios, isoladamente, não

¹⁶ BRASIL. Partido Democrático Trabalhista, 2020. Disponível em: <https://www.pdt.org.br/wp-content/uploads/2020/07/ADI-contra-Novo-Marco-Legal-de-Saneamento-B%C3%AAsico-no-Brasil.pdf>. Acesso em: out. 2021.

detêm condições de prestar o serviço em todas as suas fases de forma eficiente e com a melhor relação qualidade e custo para o consumidor (BARROSO, Luís Roberto. Saneamento básico: competências constitucionais da União, Estados e Municípios. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 38, n. 153, jan./mar. 2002, p. 265-267).

O ministro Luiz Fux utilizou-se de princípios constitucionais, especialmente, o do mínimo existencial e da razoabilidade, tendo em vista a situação desordenada e cruel do modelo de saneamento básico brasileiro, que necessita de soluções céleres com a união dos entes federados e dos agentes privados do mercado. Destacou, assim, ao indeferir a liminar, que “a Federação não pode servir de escudo para se deixar a população à míngua dos serviços mais básicos à sua dignidade, ainda que a pluralidade e especificidades locais precisem ser preservadas”.

Parece-nos que as novas atribuições direcionadas à ANA não desrespeitam a Constituição federal nem mesmo a autonomia dos municípios, já que estes permanecem titulares do serviço público de saneamento básico, devendo, contudo, mover-se em conformidade com as diretrizes nacionais que serão estabelecidas pela ANA, e, acima de tudo, com a Constituição e a legislação infraconstitucional.

Nessa linha de raciocínio, não há que se falar em violação ao direito coletivo à água e ao saneamento básico, tendo em vista que o novo marco regulatório possui grande preocupação com o cidadão, com o retorno à sociedade e com o cumprimento das metas de universalização.

Diante do cenário de precariedade vivenciado pelo cotidiano brasileiro, acredita-se que a ANA, ao contrário de violar as competências municipais ou de colocar em risco o direito coletivo, será a principal responsável pela concretização da “universalização do saneamento básico”, e da prestação dos serviços de qualidade para os seus usuários, a despeito de serem metas desafiadoras e ainda parecerem um tanto utópicas para a realidade regulatória hodierna do país.

6 CONCLUSÃO

O direito ao saneamento básico é imprescindível à dignidade da pessoa humana e à sua sobrevivência, uma vez que sua participação nas atividades econômicas e sociais depende de uma vida saudável. Portanto, é fundamental que o Estado garanta o acesso ao saneamento básico, à moradia, à educação e à saúde.

No Brasil, a universalização dos serviços de saneamento e a viabilização de água potável ainda é um problema estrutural e institucional.

O modelo de regulação do setor no Brasil, nos moldes do que vinha sendo praticado antes do novo marco legal do saneamento, era pouco atrativo para investidores privados, em razão da falta de segurança jurídica.

A Lei nº 14.026/2020, o novo marco do saneamento básico, se preocupa em buscar o fortalecimento da regulação por meio da atuação da Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico (ANA), pois medidas urgentes precisam ser tomadas diante de uma estatística alarmante: em pleno século XXI, praticamente a maioria da população brasileira não tem acesso ao saneamento básico.

O tema do saneamento básico envolve os interesses políticos de todos os entes federados – União, estados, Distrito Federal e municípios – e de toda a sociedade – famílias, indivíduo, setor privado e entidades sem fins lucrativos.

O saneamento básico, além de ser uma questão sanitária e de saúde pública, é matéria referente à urbanização e, como se sabe, as cidades brasileiras foram objeto de um crescimento desenfreado e sem planejamento, o que implicou uma série de deficiências, como, por exemplo, a circunstância de que muitos municípios detêm poucos recursos financeiros para conferir condições mínimas de saneamento.

A despeito dos esforços para resolver o problema que se apresenta há décadas, “tudo leva a crer que as metas de universalização não serão cumpridas até 2033, haja vista o vulto dos investimentos, o tempo e o ambiente político necessários para tanto”.¹⁷

As metas de universalização levam em consideração não apenas a prestação dos serviços acima apontados, como também sua prestação de qualidade e de forma ininterrupta.

O novo marco legal do saneamento básico busca, especialmente, a universalização dos serviços de saneamento e o fortalecimento da regulação do setor. Assim, avanços são esperados em relação às formas de contratação dos serviços por prestadoras que não integram a Administração Pública e o fortalecimento e incentivo à regionalização dos serviços. Embora esta lei já tenha sido alvo de ADI, são grandes as expectativas de que o novo marco alcance o seu principal fim: a universalização de acesso aos serviços de saneamento básico e prestação efetiva com qualidade.

Uma das alterações mais importantes, que visa ao fortalecimento das agências reguladoras, foi a atribuição de competência à ANA para editar normas de referência sobre saneamento, com o objetivo de uniformizar os serviços no território nacional e harmonizar a prestação de serviços entre os municípios e regiões.

¹⁷ ANTUNES, Paulo de Bessa; D'OLIVEIRA, Rafael Daudt. **Breves considerações sobre o marco regulatório do saneamento básico**: Lei nº. 14.026, de 15 de julho de 2020. São Paulo: GenJurídico, 23 jul. 2020. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2020/07/23/marcoregulatorio-saneamento-basico/>. Acesso em: 16 out. 2021.

Acredita-se que as novas atribuições direcionadas à ANA não desrespeitam a autonomia constitucional federativa dos municípios, pois estes continuarão sendo os titulares dos serviços de saneamento básico, devendo agir conforme as diretrizes nacionais, em conformidade com a CRFB e com a legislação infraconstitucional.

Contudo, grandes são os desafios a serem enfrentados pela ANA para a consecução das metas nacionais e internacionais traçadas para cumprimento até 2033 ante o alargamento das competências de caráter multidisciplinar conferidas pela nova legislação à entidade – as quais requererão uma substancial reestruturação – e ante a desigualdade econômico-financeira dos mais de 5.000 entes políticos, no desiderato de harmonização das políticas de saneamento e de atração de investimentos privados. Os riscos enfrentados estão delineados no campo da captura e do não atingimento das metas – podendo por acabar se tornando mais um exorbitante gasto público sem resultados efetivos e um instrumento para arbitrariedades em favor de interesses particulares, privados.

A despeito disso, a esperança é vívida no sentido de que o novo marco legal seja um divisor de águas em matéria de saneamento básico no Brasil, assegurando os direitos fundamentais ao saneamento básico a toda população, bem como efetivando uma política pública sanitária integrada, a fim de proporcionar serviços ininterruptos e de qualidade para a saúde e bem-estar de todos.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. **Competências na Constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 1991.

ANTUNES, Paulo de Bessa; D'OLIVEIRA, Rafael Daudt. **Breves considerações sobre o marco regulatório do saneamento básico**: Lei nº. 14.026, de 15 de julho de 2020. São Paulo: GenJurídico, 23 jul. 2020. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2020/07/23/marcoregulatorio-saneamento-basico/>. Acesso em: 16 out. 2021.

BRASIL. ANA. **ANA define normas de referência que deverá elaborar para setor de saneamento até 2022**, 03/03/2021. Disponível em: <https://www.gov.br/ana/pt-br/assuntos/noticias-e-eventos/noticias/ana-define-normas-de-referencia-que-devera-elaborar-para-setor-de-saneamento-ate-2022>. Acesso em: 16 out. 2021.

BRASIL. ANA. Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento (SNIS). Disponível em: <http://www.snis.gov.br/>. Acesso em: 16 out. 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 4.162/2019**. Câmara dos Deputados, Brasília, 02 ago. 2019. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2213200>. Acesso em: 16 out. 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil 1988 (CRFB), de 05 de outubro de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 16 out. 2021.

BRASIL. Governo Federal. Disponível em: <https://www.gov.br/ana/pt-br/assuntos/noticias-e-eventos/noticias/ana-define-normas-de-referencia-que-devera-elaborar-para-setor-de-saneamento-ate-2022>. Acesso em: 16 out. 2021.

BRASIL. IBGE. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/geociencias/organizacao-do-territorio/estrutura-territorial/15761-areas-dos-municipios.html?=&t=o-que-e>. Acesso em: 16 out. 2021.

BRASIL. IBGE. **Pesquisa nacional por amostra de domicílios contínua anual**. <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/habitacao/17270-pnad-continua.html?=&t=o-que-e>. Acesso em: 16 out. 2021.

BRASIL. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), 2021. Disponível em: <http://www.agenda2030.org.br/>. Acesso em: 16 out. 2021.

BRASIL. **Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001**. Estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110257.htm. Acesso em: 16 out. 2021.

BRASIL. **Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007**. Estabelece as diretrizes nacionais para o saneamento básico. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/11445.htm. Acesso em: 16 out. 2021.

BRASIL. **Lei nº 14.026, de 15 de julho de 2020**. Atualiza o marco legal do saneamento básico e altera a legislação pertinente. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/114026.htm. Acesso em: 16 out. 2021.

BRASIL. **Lei nº 9.984, de 17 de julho de 2000.** Dispõe sobre a criação da Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico (ANA). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19984.htm. Acesso em: 16 out. 2021.

BRASIL. **Lei nº 11.107, de 06 de abril de 2005.** Dispõe sobre normas gerais de contratação de consórcios públicos e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111107.htm. Acesso em: 16 out. 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.089, de 12 de janeiro de 2015.** Estatuto da Metrópole. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113089.htm. Acesso em: 16 out. 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.529, de 04 de dezembro de 2017.** Dispõe sobre a participação da União em fundo de apoio à estruturação e ao desenvolvimento de projetos de concessões e parcerias público-privadas. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113529.htm. Acesso em: 16 out. 2021.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Regional, SNIS. **Painel de abastecimento de água.** In: SNIS, 2020. Disponível em: <http://snis.gov.br/painel-informacoes-saneamento-brasil/web/painel-abastecimento-agua>. Acesso em: 10 out. 2021.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Regional, SNIS. **Painel esgotamento sanitário.** In: SNIS, 2020. Disponível em: <http://snis.gov.br/painel-informacoes-saneamento-brasil/web/painel-esgotamento-sanitario>. Acesso em: 10 out. 2021.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Regional. **Plano Nacional de Saneamento Básico (PLANSAB).** 2021. Disponível em: <https://antigo.mdr.gov.br/saneamento/plansab>. Acesso em: 16 out. 2021.

BRASIL. Partido Democrático Trabalhista, 2020. Disponível em: <https://www.pdt.org.br/wp-content/uploads/2020/07/ADI-contra-Novo-Marco-Legal-de-Saneamento-B%C3%AAsico-no-Brasil.pdf>. Acesso em: 16 out. 2021.

BRASIL. STF, **ADI 1.842/RJ**, rel. min. Luiz Fux. Data de publicação: 16/09/2013. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1714588>. Acesso em: 16 out. 2021.

BRASIL. STF, **ADI 6.492**, rel. min. Luiz Fux, 03/08/2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5965908>. Acesso em: 16 out. 2021.

D'OLIVEIRA, Rafael Daudt. **Reflexões sobre o Novo Marco Regulatório do Saneamento Básico**, 2020, 12 de novembro de 2020. EPBR. Disponível em: <https://epbr.com.br/reflexoes-sobre-o-novo-marco-regulatorio-do-saneamento-basico-por-rafael-daudt-doliveira/>. Acesso em: 16 out. 2021.

GRANZIERA, Maria Luiza Machado. **Agência Nacional de Água e Saneamento Básico**: comentários à Lei nº 9.984/200. São Paulo: Foco, 2021, E-book.

MARQUES, Rui Cunha. A reforma do setor de saneamento no Brasil: o reforço da regulação e do papel da ANA. *In*: OLIVEIRA, Carlos Roberto de; GRANZIERA, Maria Luiza Machado (org.). **Novo marco do saneamento básico no Brasil**. São Paulo: Foco, 2021, E-book.

OLIVEIRA, Carlos Roberto de. A regulação infranacional e o novo marco regulatório. *In*: GRANZIERA, Maria; OLIVEIRA, Carlos (coord.). **Novo marco do saneamento básico no Brasil**. Indaiatuba/SP: Foco, 2020, p. 73–87.

SADDY, André; CHAUVET, Rodrigo da Fonseca. **Aspectos jurídicos do saneamento básico**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

SÃO PAULO (Estado). TCE. Disponível em: <https://www.tce.sp.gov.br/sites/default/files/publicações/Manual%20Saneamento%20B%C3%A1sico%20-%20TCESP.pdf>. Acesso em: 20 out. 2021.

SION, Alexandre Oheb. Os desafios para implantação de empreendimentos de infraestrutura durante e após a pandemia. *In*: CASTRO, Luísa Pires Monteiro de; SION, Alexandre. **Direito da infraestrutura**. Belo Horizonte: Del Rey, 2020.

TRATA BRASIL, 2021. Disponível em: www.tratabrasil.org.br. Acesso em: 16 out. 2021.

_____. **O que é saneamento?** Disponível em: <http://www.tratabrasil.org.br/saneamento/o-que-e-saneamento>. Acesso em: 16 out. 2021.

PARTICIPAÇÃO E CONTROLE SOCIAL NO PLANEJAMENTO DA POLÍTICA PÚBLICA MUNICIPAL DE SANEAMENTO

Gustavo Manso de Oliveira *

Leandro Mello Frota *

Rogério Borba da Silva *

RESUMO: O objetivo deste artigo é examinar os processos de planejamento e controle social na construção de políticas de Planos Municipais de Saneamento. Procurou-se investigar como as ações devem ser estruturadas para atendimento das determinações da legislação federal e do Termo de Referência na Elaboração de Planos Municipais de Saneamento. Utilizou-se como método a Análise Crítica do Discurso. Concluiu-se que existe uma enorme dificuldade no cumprimento da participação e controle populares, em desconformidade com a lei, seja por impossibilidade material, seja por incapacidade técnica.

Palavras-chave: Participação Social. Saneamento Básico. Participação e Controle Social. Política Pública. Municípios.

ABSTRACT: The purpose of this article is to examine the planning and social control processes in the construction of Municipal Sanitation Plan policies. We sought to investigate how actions should be structured to meet the requirements of federal legislation and the Term of Reference in the Preparation of Municipal Sanitation

* Mestre em Humanidades pela Universidade do Grande Rio (UNIGRANRIO). Especialista em Direito Processual Civil e em Docência do Ensino Superior pela Universidade Cândido Mendes (UCAM). Professor dos cursos de Direito da Universidade do Grande Rio (UNIGRANRIO) e das Faculdades Integradas Simonsen. Advogado.

* Advogado e Cientista Político. Doutorando em Ciência, Tecnologia e Inovação-UFRRJ. Mestre em Ciência Política e Relações Internacionais-IUPERJ. Presidente da Comissão Especial de Saneamento, Recursos Hídricos e Sustentabilidade e Procurador Especial Ambiental da CFOAB. Membro do Comitê de monitoramento do ODS6 do Pacto Global da ONU. Coordenador do Observatório de Saneamento Básico do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa-IDP. Foi diretor da Fundação Nacional da Saúde-FUNASA e diretor do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade-ICMBio. Membro da banca do XVII Concurso Público para Juiz Federal substituto do TRF2. Professor do IDP, PUC Minas e CEPED-UERJ.

* Doutor em Sociologia (IUPERJ). Mestre em Direito (FDC). Professor Permanente do Mestrado em Direito e Sustentabilidade Ambiental do Centro Universitário Facvest e dos Cursos de Direito do Centro Universitário IBMEC e Centro Universitário Carioca. Membro do IAB. Advogado.

Plans. The Critical Discourse Analysis method was used. It was concluded that there is an enormous difficulty in complying with popular participation and control, in violation of the law, whether due to material impossibility or technical incapacity.

Keywords: Social Participation; Sanitation. Participation and Social Control. Public policy. Counties.

A compreensão e constituição de uma política de saneamento básico exige o necessário entendimento dos fatores políticos, sociais e econômicos, além de outros, que estabelecem o modo de atuação estatal na seara das políticas públicas e sociais em sua conjuntura histórica. Estas percepções sociais de mundo, em sua respectiva época, a correlação de poder entre as nações, a conjuntura econômica, o nível de organização e poder de influência da sociedade civil e o caráter e conteúdo do saber produzido, formam uma complexa estrutura que influencia a ação do Estado (MORAES, 2009).

Nesta perspectiva, para analisar a dimensão da mobilização social no Plano Municipal de Saneamento Básico, pareceu-nos importante explorar os conceitos de participação, poder local e controle social.

1 PARTICIPAÇÃO E PODER LOCAL

Um dos autores que nos auxilia a compreender a relação entre participação e poder local é Ladislau Dowbor. No livro “O que é poder local?” (2017), ele argumenta que a participação da comunidade gera uma transformação do paradigma cultural administrativo, embora seja um processo trabalhoso. Segundo o autor, a capacidade de descentralizar progride gradualmente e tais exigências devem atender a capacidade real de execução. O poder local seria um sistema organizado de consensos da sociedade e limitado em um espaço acarretaria, todavia, alterações na estruturação da informação e capacidade administrativa, através de um amplo trabalho de formação de informação na estrutura administrativa como na comunidade em si.

Um detalhe muito importante trazido pelo autor é que, antes de tudo, não existe um modelo de organização da participação comunitária. Assim, cada município, de acordo com suas características, seja ela urbana ou rural, industrializado ou agrícola, terá um processo diferenciado, sendo igualmente diferenciados os equilíbrios políticos bem como os níveis de consciência da população.

Acrescenta ainda o autor que “uma ação organizativa, deve se adaptar à realidade local e responder a um profundo conhecimento da dinâmica política do município”. Assim, por meio de formas organizativas pauta-se a finalidade maior de reinserir dignamente a população excluída pelos modelos econômicos elitistas no

contexto de desenvolvimento econômico e político local. Assim, onde existe impacto social, deve haver um controle social, ou seja, atividades que melhoram e transformam as condições de vida da comunidade devem ser levadas em conta de maneira ampla, realocando-os a economia local e restabelecendo a qualidade de vida. Desta forma, para humanizar o desenvolvimento econômico e social local e a gradativa humanização das esferas governantes devem necessariamente passar pela participação popular nas decisões econômicas, sendo que para tal, necessita de um sistema de informação efetivo ao cidadão, bem como de instrumentos práticos para a participação nas respectivas decisões.

Dowbor (2017) nos informa ainda que um “instrumento chave dessa participação é o planejamento descentralizado”, ou seja, trata-se de, segundo o autor, de “propostas ordenadas e submetidas à comunidade significam a possibilidade de os indivíduos se pronunciarem antes das decisões serem tomadas, em vez de se limitarem a protestar diante de fatos já consumados”. Assim, segundo o entendimento do autor, isso significa respeito à liberdade individual.

No mesmo sentido, um significativo avanço desta participação pode-se ocorrer por meios educacionais e científicos, assim, de modo amplo, pode-se imaginar um centro de estudos municipal ou algo equivalente que possibilite mobilizar as potencialidades científicas locais ao redor da resolução dos problemas gerais enfrentados pela região municipal, podendo perfeitamente serem mobilizadas para atividades mais abrangentes que simplesmente o ensino.

E esse nível de organização, na perspectiva de Dowbor (2017), poderá em estudos demográficos, estudos da posse de utilização do solo, além de estudos da própria história municipal, desenvolvendo um núcleo capacitado para conhecer o município e os seus problemas mais importantes, além de transmitir esses conhecimentos ao poder público local. Esse trabalho pode ser desenvolvido por meio de diversas iniciativas como assistências às escolas, possibilitando que os alunos possam desenvolver estudos sobre a realidade local e concreta do município.

Segundo o autor, seria perfeitamente possível implementar uma disciplina no ensino médio sobre o desenvolvimento municipal objetivando que os futuros cidadãos possam despertar o senso crítico e desenvolver uma outra visão que não a dos discursos oficiais. A partir deste preceito, a criação de um centro de estudos municipais apoiar o desenvolvimento de material didático sobre as questões municipais.

No mesmo sentido, o autor propõe a possibilidade de se desenvolver uma reorientação dos estudos universitários, acrescentando-se ao currículo das universidades uma ampla pesquisa sobre a realidade local, possibilitando formar pessoas interessadas na realidade municipal se baseando em uma divisão espacial correta do município, reduzindo assim, a tendência para a emigração de quadros dinâmicos.

Neste sentido, segundo Dowbor (2017), “é preciso ordenar o espaço municipal de acordo com a sua lógica demográfica, condições de vida, elos comunitários”. Assim, é necessário repensar a demarcação por bairros e pelas zonas rurais, organizando a participação segundo o real sentimento de identidade da localidade da população. Os bairros específicos possuem problemas específicos, assim, há os que são carentes de água, os que não têm asfalto, e assim por diante. Deste modo, esse nível organizacional, segundo Dowbor, possibilita a participação ao redor dos problemas de infraestrutura social e urbanização, além de outros que têm intensa vinculação ao local de moradia.

Outro parâmetro defendido pelo autor é a criação de instrumentos de representatividade por regiões, ou melhor, bairros, assegurando um espaço físico para debates e reuniões que possibilitem discutir as atribuições das verbas, bem como definir as prioridades e debater as próprias formas de participação popular na tomada de decisões. Neste sentido, deve-se tomar cuidado com a representação das localidades rurais, considerando que há uma forte tendência a exagerar o peso do setor urbano, e isso se reflete, na prática, na dificuldade do trabalho dos comitês dos bairros cujas reivindicações são asfalto, praças, esgoto e iluminação, contudo sem a visão dos investimentos a longo prazo da gestão municipal como um todo.

Ademais, um outro nível de participação está nos corpos organizados do município, este são as associações, as representações e os sindicatos, bem como as organizações da sociedade civil: os sindicatos, as representações profissionais, as associações, as organizações da sociedade civil. Por outro lado, consideram-se grupos de pressão que já possuem uma tradição reivindicatória ou participativa. Por fim, deve-se ordenar de forma gradativa essa participação por meio da criação de canais regulares de expressão e consulta sobre os mais relevantes problemas municipais.

Dowbor (2017) entende que esta participação pode ser efetuada de forma setorial, a saber, por meio de profissionais da saúde como médico e enfermeiros municipais que podem, por exemplo, organizar reuniões e campanhas de conscientização e esclarecimento sobre condutas sanitárias, construindo nos postos de saúde um meio de comunicação independente, criando um elo com o cidadão sobre os benefícios e os problemas relacionados ao saneamento básico ou a falta deste.

Ademais, estes organismos de participação do município podem ser coordenados através de uma espécie de conselho de desenvolvimento, que reuniria grupos estruturados e representativos. Os vereadores locais, por sua ostensiva vinculação político-corporativa, quase sempre não conseguem preencher a função de um organismo amplo destinado a mediar consensos sobre as orientações de médio e longo prazo nos municípios. Ainda sobre as reuniões, podem-se organizar diferentes reuniões para debater as questões em particular dos bairros, ou de forma mais amplas

sobre problemas mais relevantes dos municípios, inclusive na forma de pequenos plebiscitos, tendo como consequência uma maior participação das comunidades nas decisões sobre as formas de se utilizar os recursos dos municípios, melhorando a política, descentralizando o poder dos grandes grupos econômicos e adequando o desenvolvimento aos processos democráticos locais.

Segundo o autor, este exemplo de discussão pública sobre orçamentos municipais é de grande valia em outros países, sendo usado regularmente. Estas experiências com êxito revelam a importância de organizar parcerias entre os diversos atores do município buscando somar esforços, sendo importante criar instrumentos de representação por bairro e assegurar espaços de reunião e debates para discutir formas de participação popular, verbas e prioridades, bem como a atribuição das mesmas definindo a participação nas decisões. O autor esclarece que

O poder local, com os seus instrumentos básicos que são a participação comunitária e o planejamento descentralizado, constitui, nesse sentido, um mecanismo de ordenamento político e econômico que já deu as suas provas e é, sem dúvida, o grande recurso subutilizado no país.

Barros (2016), autora do livro “O controle social no Brasil”, publicado pelo Tribunal de Contas do Estado do Ceará, traz uma outra perspectiva sobre participação e poder local. Segundo ela, este estaria vinculado às ações de controle social, que por vezes assumem uma “função administrativa, que monitora e avalia as atividades e resultados alcançados para assegurar que o planejamento, a organização e a direção sejam bem-sucedidos” (BARROS, 2016, p. 84). Esclarece que a configuração do controle institucional se manifesta pela sociedade ou por sistemas e mecanismos criados pela mesma sociedade dentro da estrutura administrativa do poder público, dando origem ao que se conhece como *controle institucional*.

A autora define que a participação social está diretamente relacionada a capacidade de influenciar os indivíduos na organização e estruturação de uma sociedade, tendo como princípio diversos modos de integração dos ambientes sociais e a discussão de temas relacionados ao controle e monitoramento das ações públicas. Esclarece que a falta de instrumentos de fiscalização, bem como, a falta de controle cria dificuldades para a verificação das ações efetivadas pela administração pública. Conceitua controle social como “a participação do cidadão na gestão pública de forma efetiva, monitorando, fiscalizando e controlando as ações governamentais, ampliando assim, o seu papel de cidadão”. Ainda segundo a autora, no Brasil, o maior obstáculo para o exercício do papel de controle e fiscalização por meio da sociedade é o vasto território e a descentralização geográfica dos órgãos públicos, ressaltando ainda que

tais ações devem ser edificadas em todos os níveis federativos, ou seja, União, Estados, Municípios e Distrito Federal.

No mesmo sentido, aperfeiçoando os conceitos expostos, o texto traz informações relevantes sobre o marco legal do controle social no Brasil. Enfatiza o papel da Constituição Federal de 1988, também denominada como “Carta Cidadã”, que possui como característica na sua elaboração a participação social, inclusive no que se refere as emendas populares, atuando nas propostas de elaboração das mesmas, em especial nas áreas de política urbanas e sociais.

A autora informa que o aperfeiçoamento do sistema legal se deu efetivamente por meio da Lei de Acesso à Informação – LAI (Lei. 12.527/2011), regulamentando o acesso a informações públicas como previsto na CF/88, de origem de todos os órgãos e entidades públicas que possam ser ofertados ao cidadão. A autora também distingue duas formas de transparência:

Transparência Passiva: Quando o estado fornece informações específicas solicitadas por pessoas físicas ou jurídicas;

Transparência Ativa: Quando o Estado concede proativamente amplo acesso a informações de interesse coletivo geral, divulgando-as, principalmente, em seus sítios eletrônicos na internet.

A autora destaca que o desenvolvimento do papel do cidadão na participação da gestão pública se traduz em atitudes participativas e democráticas, que se manifestam como ações individuais ou coletivas de observação, análise, fiscalização, monitoramento e controle dos atos administrativos, dos recursos públicos, bem como dos administradores e demais agentes públicos. Neste caso, a tecnologia favoreceria a participação política e o controle das ações públicas.

2 PLANEJAMENTO PARTICIPATIVO E SANEAMENTO BÁSICO

Segundo Moraes (2009) vale ressaltar que a natureza jurídica das ações de saneamento básico a elevam ao status de essencial à vida humana e à proteção do meio ambiente, se tratando de um conjunto de ações de natureza coletiva, e diante da repercussão da sua ausência, constituindo-se, todavia em uma meta social. Assim, como uma meta social, está situada em um plano coletivo, no qual os indivíduos, a comunidade e o Estado possuem papéis a serem desempenhados. Considera-se ainda a sua natureza, ou seja, o seu aspecto de monopólio natural, o esforço para o seu desempenho deve-se efetivar vários níveis e também envolvendo diversos atores. Assim as ações de saneamento básico, além de serem primordialmente de saúde

pública, colaboram diretamente para a proteção ambiental, o bem-estar coletivo o direito a cidadania e os direitos humanos fundamentais como fonte e dever do Estatal.

Assim, os serviços públicos de saneamento básico necessitam estar submetidos a uma política pública de Saneamento Básico, elaborada e estruturada por meio da participação social, tendo como parâmetro os princípios e diretrizes que respaldam as aspirações sociais e governamentais no que se refere à regulamentação, ao planejamento e a execução, assim como da operação, regulação, fiscalização e da avaliação desses serviços públicos (MORAES, 1994).

O autor argumenta que a política de saneamento deve ser observada e praticada como um processo de decisão (participação) político-social e não apenas como um produto de natureza técnica. Desta forma, o planejamento dependerá de informações concretas e precisas, além de transparência, ética, debate de opiniões diversas, a vontade de transigir e negociar e em busca de soluções conjuntas que sejam adequadas para toda a sociedade (OLIVEIRA, 2006).

Assim, o planejamento é uma ação política, representando uma forma da sociedade exercer o poder sobre o seu futuro. Deste modo o planejamento trata-se de procedimento dinâmico e prático ao lidar com conflitos de interesse, e de reflexão, e análise para escolha de métodos e alternativas que possibilitem alcançar o futuro planejado. Assim, pode ser conceituado como uma valiosa ferramenta de trabalho, utilizando-se para a tomada das decisões, marcadas pelas percepções sociais de mundo, bem como, organizar as ações de forma coerente, lógica e racional, assegurando os melhores resultados e a execução dos objetivos constantes em uma sociedade (BUARQUE, 1999). Ademais, o planejamento pode servir para o desenvolvimento humano, identificando as vocações e estabelecendo estratégias e políticas.

Este planejamento participativo remete a uma reestruturação do posicionamento dos parâmetros técnicos na definição das prioridades e da necessidade de um planejamento, estruturação, participação e mobilização social para a tomada de decisões que, por fim, contará com a devida colaboração da reflexão técnica. Desta forma o planejamento participativo poderá constituir um projeto de coletividade com o reconhecimento da sociedade local, contando com o apoio e do compromisso dos atores/protagonistas sociais, que são as lideranças de movimentos sociais, dirigentes sindicais, empresários, ONGs, políticos eleitos, mídia, dentre outros, bem como, dos agentes públicos, a saber, os gestores, técnicos e demais servidores administrativos. O planejamento, quando realizado de forma participativa, pode firmar um processo de decisão, tecnicamente fundamentado e politicamente sustentado, a respeito das medidas necessárias e adequadas à garantia e promoção do desenvolvimento humano nas referidas unidades político-administrativas.

Heller e Castro (2007 *apud* MORAES, 2009, p. 39) sugerem que para a sua melhor formulação, compreensão e aplicação, os planos devem ser organizados, como sugerem, segundo os princípios e as finalidades das políticas públicas, qual sejam: universalidade, equidade, integralidade, qualidade, acesso, sustentabilidade, e assim, também, os meios para sua efetiva implementação, titularidade municipal ou fortalecimento do poder local, intersetorialidade, e, tanto como final, como ao longo de todo processo e aplicação, a participação e controle social.

Ainda pela lição de Heller e Castro (2007 *apud* MORAES, 2009, p. 39), as referidas políticas públicas de Saneamento Básico estão compreendidas em dois patamares de formulação e implementação: um é o da política pública propriamente dita, sendo considerada como a que o estado exerce os atos políticos, legais e institucionais; o outro é o nível da gestão, no que se refere aos atos de planejamento, regulação, prestação dos serviços e fiscalização, podendo se realizar em domínio local ou não, dependendo do modelo adotado. Segundo nos esclarece (CKAGNAZAROFF; MELO; CARVALHO, 2005, 2007 *apud* MORAES, 2009, p. 40).

Ainda segundo Moraes (2009, p. 40) os instrumentos de gestão municipal podem ser divididos em 04 (quatro) grupos principais, a saber: 1) planejamento; 2) taxação; 3) suporte financeiro e; 4) administrativos, sendo neste contexto o plano diretor, o plano plurianual, os planos, programas e projetos setoriais, as diretrizes orçamentárias, o orçamento anual e os planos de desenvolvimento econômico e social, como valiosos instrumentos do planejamento municipal. Em sendo assim, os planos são, importantes ferramentas do sistema de planejamento e gestão do município.

A cidade deve ser entendida neste contexto como o fruto da sociabilidade e da organização humana, tendo diversas estruturas e formas políticas legítimas para garantir a sua organização e o desenvolvimento de seus moradores. O espaço urbano deve ser respeitado, não devendo somente ser visto como um espaço/função, mas como o *locus* onde os cidadãos deveriam legitimar e respeitar a sua cidadania, ou seja, seus direitos e deveres, assim, a cidade possui uma função social de sua própria natureza, pois deve ser um lugar construído para propiciar aos seus habitantes, desta e das próximas gerações, uma qualidade de vida justa e salutar (SILVA, 2008). Para tanto, é preciso contar e se respaldar em instrumentos de planejamento e gestão municipal.

3 PLANO MUNICIPAL DE SANEAMENTO BÁSICO: instrumento de planejamento integrado

O Plano Municipal de Saneamento Básico é um importante instrumento de participação social, conforme já conceituado em linhas anteriores, além de um dos eixos de garantia e acesso democrático do exercício do bem-estar e da saúde das

populações. Assim, o PMSB não deve ser tratado apenas como um produto eminentemente técnico, de complexa elaboração e compreensão para leigos, além de algo inalcançável em alguns setores da sociedade. Esta visão meramente tecnocrática do planejamento deve ser rechaçada. Assim, o Plano como instrumento de planejamento deve ser oriundo de um processo de decisão participativo no contexto político-social, devendo-se ter a devida cautela em não transformá-lo em material objetivamente técnico, elaborado para atender demandas locais.

Deve ser fruto de um criterioso processo de planejamento integrado, de uma construção colaborativa e coletiva, e sua visão como processo anseia pela incorporação de uma perspectiva estratégica, que possibilita transformá-lo em ação efetiva. Assim, torna-se indispensável que o PMSB seja estruturado utilizando uma linguagem clara e acessível para que todos possam participar de sua elaboração. De tal modo, para que o processo seja transparente e público é importante a construção de estratégias eficazes de comunicação, fazendo uso dos mais variados e diversos meios de comunicação, tais como, jornais, rádio, televisão, internet, cartazes e cartilhas, materiais importantes para a garantia da mobilização da população e a respectiva divulgação das informações e propostas.

Ademais, sobre os meios de informação, as redes sociais estabelecidas na sociedade civil organizada, formada por associações de moradores, escolas e cursos, ONGs, sindicatos, entidades profissionais, entidades de classe, igrejas e outras, que podem ser envolvidas para a sua divulgação. Tais documentos para consulta devem estar disponibilizados em locais públicos e de conhecimento da população.

Ao referirmos ao início da elaboração do PMSB podemos seguramente dizer que trata-se de um momento estratégico em que deve-se instalar na localidade municipal um fórum permanente de discussão sobre as questões de Saneamento Básico, assim, podemos dizer que o mesmo se configura como o embrião de Conselho da Cidade ou de Conselho Municipal de Saneamento Básico ou equivalente, caso no município ainda não exista.

Para entendermos o controle social, Barros (1992, p. 15) o conceitua como sendo a “capacidade que a sociedade tem de influir sobre a gestão pública com o objetivo de banir as práticas fisiológicas e clientelísticas que conduziram à privatização da ação estatal no Brasil”. Já Silva (1992, p. 4) coloca que o controle social desejado nada mais é que a “permanente prestação de contas dos gastos públicos à sociedade e o envolvimento desta, de forma sistemática, e não apenas conjuntural, com o trato da administração de bens e serviços públicos”.

Cabe lembrar que o Estatuto da Cidade estabelece a gestão democrática como um dos pilares da participação social. Assim, esclarece a autora que controle social é uma característica de compartilhamento do poder de decidir sobre a política

exercido entre o estado e a comunidade, para garantir que tais políticas sejam mais eficazes e atendam às necessidades locais.

Contudo, segundo SILVEIRA (2014?), para que tal procedimento seja possível, é necessário que as lideranças tenham uma opinião clara a respeito das políticas públicas a serem discutidas, e conforme enumera o art. 34 do Decreto 7.217/2010, o controle social poderá ser instituído por meio dos seguintes mecanismos, a saber:

- I - debates e audiências públicas;
- II - consultas públicas;
- III - conferências das cidades; ou
- IV - participação de órgãos colegiados de caráter consultivo na formulação da política de saneamento básico, bem como no seu planejamento e avaliação (BRASIL, 2010).

Ademais, prossegue a Silveira (201?), devem ser assegurados por meio dos órgãos colegiados de controle social a disponibilidade a quaisquer dados, informações e documentos elaborados pelos órgãos ou entidades de fiscalização ou regulação, podendo inclusive solicitar a elaboração e estudos com a finalidade de corroborar as tomadas de decisões (BRASIL, 2010). Assim, em conformidade com o art. 36 do mesmo Decreto 7.217/2010, fica assegurado a todos os usuários dos serviços saneamento básico:

- I - conhecimento dos seus direitos e deveres e das penalidades a que podem estar sujeitos; e
- II - acesso:
 - a) a informações sobre os serviços prestados;
 - b) ao manual de prestação do serviço e de atendimento ao usuário, elaborado pelo prestador e aprovado pela respectiva entidade de regulação; e
 - c) ao relatório periódico sobre a qualidade da prestação dos serviços (BRASIL, 2010).

Ainda sobre o controle social, a autora citando Conceição (2010), nos esclarece que:

O exercício do controle social também deve incidir sobre os Orçamentos Públicos, já que a implementação dos serviços demanda a disponibilidade de recursos financeiros que são, por vezes, arrecadados da população através de impostos, taxas e contribuições.

Reforça seu pensamento conceituando que o controle social é um instrumento indispensável no controle institucional efetuado pelos órgãos públicos, contribuindo para a fiscalização no emprego correto da aplicação e utilização dos recursos públicos prevenindo a corrupção e fortalecendo o exercício da cidadania (CGU, 2011). Desta forma, esclarece que uma das medidas aplicadas para consolidar os Municípios no planejamento e a elaboração de uma Política Municipal de Saneamento é através da participação democrática (BRASIL, 2005).

Acompanhando este raciocínio a autora cita Édis Milaré (2004), no sentido de que a participação pressupõe o exercício do direito à informação, considerando que a população somente poderá participar das decisões se tiverem acesso amplo as informações, contudo, tal informação só será eficaz se assimilada e compreendida pela sociedade.

Com base nestes pensamentos a autora afirma que se pode constatar que “a transparência nas decisões e o direito à informação se constituem como um instrumento democrático que serve de pressuposto ao controle social”. Sendo essencial para a participação social em todas as etapas do planejamento do PMSB, e citando Platt Neto (2004), no qual menciona Conceição (2010), explica que a transparência tem por presunção três eixos: a publicidade, a compreensibilidade e a utilidade para decisões.

Neste sentido, segundo a autora, para garantir a eficácia da participação social no processo de elaboração do PMSB é indispensável construir um Plano de Mobilização Social, no qual deverá conter as medidas necessárias para assegurar as atividades de mobilização social, citando: Oficinas, reuniões, debates, conferências, seminários e audiências públicas, devendo haver um planejamento de locais propícios para a execução destas atividades, considerando ainda de acordo com a FUNASA (2012), o mínimo de três eventos em locais e setores distintos admitidos como minimamente razoáveis.

Ademais, esclarece a autora que em conformidade com o ‘Termo de Referência para a Elaboração de PMSB’ elaborado pela Fundação Nacional de Saúde (FUNASA), para que haja a mobilização social esta deve ser desenvolvida baseando-se na identificação e apoio dos atores sociais da localidade; criação de programas de educação em saúde; disponibilização de uma infraestrutura adequada para a realização dos eventos; divulgação dos eventos e da elaboração do PMSB através de impressos (convites, folders, faixas, cartazes...) e demais meios de comunicação local (rádio, jornal, etc.), além de mídias eletrônicas; e a criação de instrumentos didáticos nas referidas reuniões utilizando uma linguagem acessível, abordando por meio de um através de um cronograma de atividades, sobre o saneamento básico. Assim, em todas as etapas de elaboração do PMSB, a mobilização social deve se pautar:

I – Envolver a população na discussão das potencialidades e dos problemas de salubridade ambiental e saneamento básico, e suas implicações;

II – Sensibilizar a sociedade para a importância de investimentos em saneamento básico, seus benefícios e vantagens, e para a responsabilidade coletiva na preservação e na conservação dos recursos naturais;

III – Sensibilizar os gestores e técnicos municipais para a promoção das ações de educação ambiental e mobilização social, de forma permanente, com vistas a apoiar os programas, projetos e ações de saneamento básico a serem implantadas por meio do PMSB;

IV – Estimular a prática permanente da participação e mobilização social e a criação de novos grupos representativos da sociedade sensibilizados e com conhecimentos mínimos de saneamento básico para acompanhar e fiscalizar a execução do PMSB (FUNASA, 2012).

Por derradeiro o trabalho se encerra com o tópico 3.5., sobre o tema Educar para o Exercício do Controle Social, onde a autora afirma que a “informação assume um papel cada vez mais relevante e a educação ambiental”, representando a possibilidade de sensibilizar e motivar os cidadãos, exercendo uma função de propiciar o desenvolvimento da consciência ambiental, proporcionando que a população participe de forma mais atuante no processo de decisão, bem como respaldando e fortalecendo a sua corresponsabilidade e, relação à fiscalização e o controle dos agentes responsáveis pela degradação ambiental.

4 MOBILIZAÇÃO SOCIAL, PLANEJAMENTO E CONSCIENTIZAÇÃO

Ademais, esclarece que a Lei nº 9.795/99, que normatiza a Política Nacional de Educação Ambiental, conceituando em seu art.1º, a educação ambiental como:

[...] os processos por meio dos quais o indivíduo e a coletividade constroem valores sociais, conhecimentos, habilidades, atitudes e competências voltadas para a conservação do meio ambiente, bem de uso comum do povo, essencial à sadia qualidade de vida e sua sustentabilidade (BRASIL, 1999).

Por fim, a autora cita Antunes (2013), conceituando que é através da educação ambiental que o mais importante princípio do Direito Ambiental, o da prevenção, pode ser eficazmente aplicado. Assim sendo, uma poderosa ferramenta para a proteção do meio ambiente, evitando os danos ambientais. Neste diapasão a autora, fazendo menção a Bugarin (2003), citado por Conceição (2010), elucida que “o período escolar é o mais oportuno para que as pessoas compreendam seu papel no controle social, uma vez que o aluno está inclinado à construção de conhecimentos na escola”. Conclui ressaltando a necessidade da elaboração do Plano Municipal de Saneamento Básico, como um

instrumento legislativo local para o planejamento e execução dos serviços de saneamento dentro dos eixos definidos pela Lei 1.445/2007 que dispõe sobre a Política Nacional de Saneamento Básico. Neste interim, o trabalho apresenta a importância da participação e do controle social como fator de gestão pública democrática, possibilitando aos cidadãos colocar sua voz diante da administração pública, bem como entender os problemas e soluções planejadas para o tema saneamento básico. Ressalta, por fim, a necessidade da comunicação aos membros da sociedade possibilitando a participação mais efetiva dos mesmos, e tendo como parâmetro, o princípio salutar da transparência no qual, dentre outras questões, tem-se a ideia que todas as informações devem estar disponíveis aos cidadãos, assim como, as mesmas devem ser claras e divulgadas de modo que qualquer pessoa tenha capacidade de assimilar e compreender os dados contidos nos sistemas de informação. E finalmente elucida a educação ambiental como um dos meios mais importantes de despertar a consciência ambiental.

REFERÊNCIAS

AMBIENTAL, Política Nacional de Educação. **Lei nº 9.795/1999**. BRASIL. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9795.htm.

BARROS, Ana Cristina. **O Controle Social no Brasil**. Fundação Demócrito Rocha – Tribunal de Contas do Estado do Ceará. 2016.

BÁSICO, Política Nacional de Saneamento. **Lei nº 11.445/2007**. BRASIL. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L11445.htm.

BIOLOGIA, Planeta. **O que é saneamento básico** - importância - tudo sobre. Matéria. Disponível em: <https://planetabiologia.com/o-que-e-saneamento-basico-importancia-tudo-sobre/>. Acesso em: 06 set. 2018.

BRASIL, Constituição da República Federativa do. Lei nº Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm.

BRASIL. Ministério da Saúde do. Sistema Único de Saúde. **Lei nº 8.080/90**. BRASIL. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8080.htm.

BRASIL, OPAS/OMS. OPAS/OMS Brasil - OMS: 2,1 bilhões de pessoas não têm água potável em casa e mais do dobro não dispõem de saneamento seguro. Disponível em: https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&

id=5458:oms-2-1-bilhoes-de-pessoas-nao-tem-água-potavel-em-casa-e-mais-do-dobro-nao-dispõem-de-saneamento-seguro. Acesso em: 30 ago. 2018.

BRASILEIROS, Problemas. **Revista**, ano 55, nº 447, Fecomercio-SP, ago./set. 2018.

CAXIAS, CMDC/Câmara Municipal de Duque de. **História de Duque de Caxias. Matéria**. Disponível em: http://www.cmdc.rj.gov.br/?page_id=1155. Acesso em: 20 out. 2018.

CIDADES, Estatuto das. **Lei nº 10.257/2001**. BRASIL, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L10257.htm.

DOWBOR, Ladislau. **O que é o Poder Local?** Edição revista e atualizada. Ética. MA. 2016.

FAIRCLOUGH, Norman. Análise Crítica do Discurso como método em pesquisa social científica. In: Wodak, Ruth; Meyer, Michael (org.). **Methods of critical discourse analysis**. 2. ed. Londres: Sage, 2005. p. 121-138.

FAZENDA, Ivani Catarina Arantes. Interdisciplinaridade e Transdisciplinaridade na Formação de Professores. **Ideação – Revista do Centro de Educação e Letras – Unioeste**, v. 10, nº 1, p. 93-103, 2008.

GUERRA, Sidney; **Direito Internacional Ambiental**: Breve Reflexão. Revista Direitos Fundamentais & Democracia.

GOMES, Eduardo Biacchi Gomes e BULZICO, Bettina Bulzico. 2010, p. 57. Heller e Castro (2007 *apud* MORAES, 2009, p. 39). In: **Política e Plano Municipal de Saneamento Básico**: Aportes conceituais e metodológicos. Lei Nacional De Saneamento Básico: Perspectivas Para As Políticas E A Gestão Dos Serviços Públicos – Instrumentos das políticas e da gestão dos serviços públicos de Saneamento Básico. LIVRO I. Brasil. Ministério das Cidades. Secretaria Nacional de Saneamento Ambiental. Brasília. 2009.

MORAES, Luiz Roberto Santos. **Política e Plano Municipal de Saneamento Básico: Aportes conceituais e metodológicos**. Lei Nacional de Saneamento Básico: Perspectivas para as Políticas e a Gestão dos Serviços Públicos – Instrumentos das políticas e da gestão

dos serviços públicos de Saneamento Básico. LIVRO I. Brasil. Ministério das Cidades. Secretaria Nacional de Saneamento Ambiental. Brasília. 2009.

MORAES, Guilherme Peña. **Curso de Direito Constitucional**. 8ª ed. São Paulo: Gen/Atlas, 2016.

NAÇÕES UNIDAS. **Assembleia Geral da ONU reconhece saneamento como direito humano distinto do direito à água potável**. [2018]. Disponível em: nacoes.unidas.org/assembleia-geral-da-onu-reconhece-saneamento-como-direito-humano-distinto-do-direito-a-agua-potavel/. Acesso em: 30 ago. 2018.

RIO DE JANEIRO, Observatório Legislativo da Intervenção Federal na Segurança Pública do Rio de Janeiro. Desigualdade na Baixada Fluminense. **Matéria**. Disponível em: <http://olerj.camara.leg.br/retratos-da-intervencao/desigualdade-na-baixada-fluminense>. Acesso em: 20 out. 2018.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Ed. Malheiros, 2014.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Manual de Direito Ambiental**, 8ª ed., São Paulo: Saraiva, 2010.

TORRES, Eloísa. **PMSB e ERSB**, 2014. Disponível em: https://pmsbguanabara.files.wordpress.com/2014/09/prestacao_de_contas_agosto_2014.pdf. Acesso em: 01 jun. 2019.

UNW-DPAC - **Programa da Década da Água da ONU-Água sobre Advocacia e Comunicação**. Disponível em ONU-Brasil.com.

VELASCO, Clara. Saneamento avança, mas Brasil ainda joga 55% do esgoto que coleta na natureza, diz estudo. **Matéria**, 18 abr. 2018. Disponível em <https://g1.globo.com/economia/noticia/saneamento-avanca-mas-brasil-ainda-joga-55-do-esgoto-que-coleta-na-natureza-diz-estudo.ghtml>. Acesso em: 30 ago. 2018.

ZORZI, Lorenzo; TURATTI, Luciana e MAZZARINO, Jane Márcia. O direito humano de acesso à água potável: Uma análise continental baseada nos Fóruns Mundiais da Água. *Ambiente & Água - An Interdisciplinary Journal of Applied Science*. **Rev. Ambient. Água**, Taubaté, v. 11, n. 4, out./dez. 2016.

POR UM DIREITO AO SANEAMENTO: emancipação em face do Direito à Água e consonância com a Bioética global

Helena Telino Neves*

Renata Oliveira Almeida Menezes*

RESUMO: O novo marco legal do saneamento básico brasileiro estabelece padronizações e regras para estimular a sustentabilidade dos serviços hídricos, que engloba o abastecimento de água potável e o esgotamento sanitário. Não obstante a abordagem conjunta, o presente artigo busca salientar as diferenças entre o direito de acesso à água potável e o direito ao saneamento, e analisar como a garantia desses dois direitos contribui para a eficácia social dos preceitos da bioética global.

Palavras-chave: Água. Saneamento. Direitos Humanos. Bioética Global.

ABSTRACT: The new legal framework for Brazilian basic sanitation establishes standardization and rules to stimulate the sustainability of water services, which includes drinking water supply and sanitary sewage. Despite the joint approach, this article aims to highlight the differences between the right of access to safe drinking water and the right to sanitation and intends to analyze how the guarantee of these rights contributes to the social effectiveness of the precepts of global bioethics.

Keywords: Water. Sanitation. Human Rights. Global Bioethics.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 O reconhecimento conjunto do direito ao acesso à água potável e do direito ao saneamento no âmbito internacional. 3 Da abordagem conjunta à emancipação: o direito ao saneamento como direito autônomo. 4 Direito ao

* Advogada do Departamento Jurídico da Agência Portuguesa do Ambiente. Investigadora Associada do Centro de Investigação em Direito Público da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Doutora e Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

* Professora Adjunta da Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Chefe do Departamento de Direito do Centro de Ensino Superior do Seridó – UFRN. Doutora em Direito Privado pela Universidade Federal de Pernambuco, com Período Sanduíche na Universidade de Lisboa. Doutora em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal de Campina Grande e Universidad del Museo Social Argentino. Mestre em Direito Privado pela Universidade Federal de Pernambuco. Especialista em Direito pela Faculdade de Ciências Sociais Aplicadas. Bacharela em Direito pela Universidade Estadual da Paraíba.

saneamento: natureza jurídica e elementos. 5 Direito ao saneamento sob a perspectiva da Bioética Global. 6 Considerações Finais.

1 INTRODUÇÃO

O conjunto de serviços públicos, infraestruturas e instalações operacionais de abastecimento de água potável e esgotamento sanitário fazem parte do conceito de saneamento básico estabelecido pela Lei 11.445, de 5 de janeiro de 2007, com redação dada pela Lei 14.026, de 15 de julho de 2020, que instituiu o novo marco legal do saneamento básico no Brasil. O acesso à água potável e ao saneamento são direitos humanos internacionais reconhecidos pela Assembleia Geral das Nações Unidas desde julho de 2010, com a publicação da Resolução nº A/RES/64/292¹.

O direito ao acesso à água potável e o direito ao saneamento são similares na medida em que promovem a dignidade humana, apoiam a realização de outros direitos humanos, exigem investimentos em infraestruturas e estão intrinsecamente relacionados à pobreza e à vulnerabilidade. Essas semelhanças porventura podem ser vistas como uma justificativa para um tratamento integrado dos direitos, sobretudo para a garantia da efetivação deles, evidenciada pela abrangência conceitual de *serviços hídricos* (que incluem o abastecimento de água potável e esgotamento sanitário).

Todavia, o direito ao acesso à água potável e o direito ao saneamento são dois direitos distintos. Não obstante o novo marco legal do saneamento básico brasileiro estabelecer padronizações e regras para estimular a livre concorrência e a sustentabilidade dos serviços hídricos, o que no fundo contribuirá para a garantia destes direitos, este estudo objetiva esclarecer sobre a natureza jurídica distinta do direito humano ao saneamento face ao direito à água.

No campo da bioética é importante ressaltar que a efetivação destes direitos também contribuirá para a preservação de direitos de gerações futuras, por tal motivo se pretende analisar como a garantia do direito ao saneamento, assim como do direito à água contribui para a eficácia social dos preceitos defendidos em sede de Bioética Global.

2 O RECONHECIMENTO CONJUNTO DO DIREITO AO ACESSO À ÁGUA POTÁVEL E DO DIREITO AO SANEAMENTO NO ÂMBITO INTERNACIONAL

Em 2002, o Comentário Geral nº 15 do Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas afirmou a interligação do saneamento com o

¹ Disponível em: http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/64/292. Acesso em: 27 out. 2021.

direito à água. O parágrafo 29 estabelece que a garantia ao saneamento adequado não é apenas fundamental para a privacidade e a dignidade humana, mas também é um dos principais mecanismos para proteger a qualidade do abastecimento de água potável e dos recursos. Em 2010, foi emitida uma declaração específica sobre o direito ao saneamento pelo Comitê DESC², em que assevera o saneamento como componente essencial do direito à saúde, à habitação e a um nível de vida adequado, consagrados no Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais³.

Em julho de 2005, um conjunto de diretrizes para realização do direito à água e ao saneamento, contido no relatório do então Relator Especial do Conselho Econômico e Social das Nações Unidas, El Hadji Guissé, forneceu orientações para a implementação daqueles direitos, através do auxílio na formulação de políticas governamentais⁴.

No ano seguinte, o Conselho dos Direitos Humanos solicitou ao Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos que realizasse um estudo sobre o alcance e o conteúdo das obrigações em matéria de direitos humanos

² O documento nº E/C12/2010/1, de 19 de novembro de 2010, reconhece algumas características distintas que justificam o tratamento separado do direito à água e do direito ao saneamento. Disponível em: https://digitallibrary.un.org/record/715989/files/E_C.12_2010_1-EN.pdf. Acesso em: 02 nov. 2021.

³ Importante destacar que alguns textos normativos já faziam referência ao saneamento. A Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher (CEDAW) estabelece a obrigação dos Estados de fornecer condições de vida adequadas às mulheres do meio rural, incluindo saneamento e abastecimento de água (artigo 14º, nº 2, *h*). A Convenção sobre os Direitos da Criança reconhece o nível de vida adequado, incluindo o acesso à água e saneamento (artigo 27º, nº 1), assim interpretado pelo Comitê dos Direitos da Criança (CRC/C/ETH/CO/3, 1º de novembro de 2006). O protocolo de *San Salvador* menciona o direito das pessoas em fruir serviços públicos básicos (artigo 11º); a Carta Árabe dos Direitos Humanos inclui o fornecimento de sistemas de saneamento no contexto do direito à saúde (artigo 39º, nº 2, *f*); a Carta Africana dos Direitos e Bem-Estar da Criança estabelece que os Estados devem assegurar a informação e apoio do saneamento ambiental (artigo 14º, nº 2, *h*). Algumas Constituições reconhecem o direito ao saneamento: Bolívia (artigo 302º, I, 13 e 27; artigo 407º, 12), Equador (artigo 66º, 2; artigos 314º e 318º), Quênia (artigo 43º, I, *b*), Uruguai (artigo 47º), Maldivas (artigo 23º, *f*). Cf. FERIS, Loretta. The human right to sanitation: a critique on the absence of environmental considerations. **Review of European Community & International Environmental Law**, v. 24, nº 1, 2015, p. 19; WINKLER, Inga T. **The Human Right to Water: Significance, Legal Status and Implications for Water Allocation**. Oxford: Hart Publishing, 2012, p. 173-174.

⁴ Diretrizes para a realização do direito à água potável e ao saneamento E/CN.4/Sub.2/2005/25 adotada na Subcomissão de Promoção e Proteção dos Direitos Humanos disponível em: http://www2.ohchr.org/english/issues/water/docs/SUB_Com_Guisse_guidelines.pdf. Acesso em: 27 out. 2021.

relacionado com o acesso equitativo à água potável e ao saneamento⁵, que culminou na publicação de um relatório do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos em agosto de 2007⁶. Em março de 2008, o Conselho de Direitos Humanos decidiu nomear um perito independente sobre as questões relativas ao acesso à água potável e ao saneamento⁷.

Essa série de acontecimentos, juntamente com o comportamento dos Estados para salvaguarda do direito à água e ao saneamento, fomentou a adoção da Resolução nº A/RES/64/292 pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em julho de 2010⁸. Os direitos humanos à água e ao saneamento foram reconhecidos formalmente, apelando para que os Estados e as organizações internacionais proporcionassem recursos financeiros, capacitação e transferência de tecnologia para ajudar os Estados, em particular aqueles em desenvolvimento, a fornecer água potável e saneamento básico para todos.

Nesse mesmo ano, o Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas aprovou a Resolução nº A/HRC/RES/15/9⁹, afirmando que o direito à água potável e ao saneamento se relacionam com o direito a um nível de vida adequado, com o direito ao mais alto padrão possível de saúde física e mental, bem como com o direito à vida e à dignidade humana. Os Estados deveriam desenvolver instrumentos e mecanismos para a plena realização das obrigações em matéria de direitos humanos relacionadas com o acesso à água potável e ao saneamento.

3 DA ABORDAGEM CONJUNTA À EMANCIPAÇÃO: o direito ao saneamento como direito autônomo

A Agenda 2030 (Objetivos de Desenvolvimento Sustentável - ODS), aprovada pela Resolução nº A/RES/70/1 da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 25 de setembro de 2015¹⁰, substituiu os Objetivos de Desenvolvimento do Milênio –

⁵ Decisão do Conselho dos Direitos Humanos nº 2/104, de novembro de 2006, disponível em: http://www2.ohchr.org/english/issues/water/docs/HRC_decision2-104.pdf. Acesso em: 27 out. 2021.

⁶ O relatório afirmava ser o momento de considerar o acesso à água potável como um direito humano, orientado por princípios de igualdade e não discriminação.

⁷ Resolução nº 7/22 do Conselho de Direitos Humanos. Disponível em: http://ap.ohchr.org/documents/E/HRC/resolutions/A_HRC_RES_7_22.pdf. Acesso em: 27 out. 2021.

⁸ Disponível em: http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/64/292. Acesso em: 27 out. 2021.

⁹ Disponível em: http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/HRC/RES/15/9. Acesso em: 02 nov. 2021.

¹⁰ Os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (Agenda 2030) entraram em vigência em 1º de janeiro de 2016. Resolução nº A/RES/70/1. Disponível em: <https://www.un.org/en/develo>

ODM¹¹ e possui dezessete objetivos. O objetivo seis estabelece as metas para assegurar a disponibilidade e a gestão sustentável da água e do saneamento para todos. A Agenda 2030, assim como os Objetivos de Desenvolvimento do Milênio¹², tratou a água junto com o saneamento. Essa abordagem também foi feita na nomenclatura do cargo de Relator Especial das Nações Unidas sobre os direitos humanos à água e ao saneamento e na Resolução nº A/RES/64/292, que reconheceu a água potável e o saneamento como direitos humanos.

Num primeiro momento, a identificação do saneamento ao lado do direito à água foi fundamental para chamar a atenção para a questão e esclarecer a responsabilidade dos Estados na garantia do acesso universal a um saneamento adequado, em conformidade com os princípios dos direitos humanos relacionados com a não discriminação, igualdade de gênero, participação e responsabilização¹³.

É importante ressaltar que o direito de acesso à água potável não engloba uma eventual água destinada ao saneamento. Em alguns casos, a água destinada ao saneamento em residências pode se confundir com a ideia de usos domésticos, mas isso não leva em conta algumas particularidades do saneamento. A efetivação do saneamento não acarreta, necessariamente, o uso de água. Inclusivamente, a provisão simultânea de água para a efetivação conjunta dos direitos pode aumentar os custos e, possivelmente, reduzir a atenção para soluções alternativas de saneamento, especialmente para aquelas que não utilizam água¹⁴.

Fossas, tanques sépticos, latrinas e banheiros químicos são alternativas que não utilizam água e podem garantir a assepsia e expurgo de dejetos. No entanto, o direito ao saneamento abrange mais do que a eliminação segura das excreções de forma a evitar riscos para a saúde e o ambiente, demandando o acesso a locais reservados para se fazer as necessidades fisiológicas.

Os desafios práticos na melhoria do acesso ao saneamento não são iguais aos que o acesso à água potável implica. A infraestrutura necessária para soluções de

pment/desa/population/migration/generalassembly/docs/globalcompact/A_RES_70_1_E.pdf. Acesso em: 04 nov. 2021.

¹¹ Sobre os Objetivos de Desenvolvimento do Milênio, ver: <https://www.un.org/millenniumgoals/>. Acesso em: 04 nov. 2021.

¹² O nº 7, item 3, dos Objetivos de Desenvolvimento do Milênio estabelecia a meta de reduzir para metade, até 2015, a porcentagem da população sem acesso permanente à água potável e ao saneamento básico.

¹³ Cerca de 2,4 bilhões de pessoas no mundo usam instalações de saneamento não melhoradas e 946 milhões praticam defecação a céu aberto. Cf. UNICEF, WHO. **Progress on sanitation and drinking water: 2015 update and MDG assessment**. Nova Iorque: 2015, p. 12-17.

¹⁴ OBANI, Pedi; GUPTA, Joyeeta. The evolution of the right to water and sanitation: differentiating the implications. **Review of European Community & International Environmental Law**, v. 24, n. 1, 2015, p. 38.

saneamento básico é diferente daquela que é exigida para o fornecimento de água. Em áreas remotas com escassez hídrica, soluções alternativas de saneamento podem ser mais fáceis de obter do que o fornecimento de água, por exemplo¹⁵. Contudo, em regra, as dificuldades de efetivação do direito ao saneamento são mais acentuadas do que aquelas relativas ao acesso à água potável para consumo humano.

Água e saneamento num único direito tornaria o seu objeto tão abrangente que dificultaria a aceitação pelos Estados, que poderiam acatar um elemento e não o outro, opondo-se ao reconhecimento do direito como um todo. Medidas para suprir a ausência de saneamento, em alguns casos, podem ser mais onerosas do que aquelas que garantam o fornecimento de água potável. Se, mais comumente, as definições de saneamento tinham uma abordagem funcional e estavam relacionadas à engenharia e à saúde pública, concentrando-se na provisão de serviços e de infraestruturas, mais recentemente houve uma releitura desse conceito, fomentada por uma reivindicação prático-normativa no sentido de o relacionar de forma mais direta com os direitos humanos.

Assim, o reconhecimento oficial do direito ao saneamento, de forma independente, ocorreu somente em 17 de dezembro de 2015, através da Resolução nº A/RES/70/169 da Assembleia Geral das Nações Unidas¹⁶.

Os Estados-Membros reconheceram que o direito humano ao saneamento deve permitir a todos, sem discriminação, o acesso físico e facilitado ao saneamento seguro, higiênico, culturalmente aceitável e que forneça privacidade e garanta dignidade. Essa emancipação tardia do direito ao saneamento teve em conta as suas peculiaridades, que implicam uma distinção obrigatória do direito à água e contribuem para uma abordagem mais setORIZADA dos desafios para sua implementação.

4 DIREITO AO SANEAMENTO: natureza jurídica e elementos

Em 2009, a Relatora Especial das Nações Unidas sobre os Direitos Humanos à Água e ao Saneamento definiu o saneamento como um sistema de recolha, transporte, tratamento e eliminação ou reutilização de excrementos humanos e de higiene associada, tendo sugerido que os Estados devem garantir, sem discriminação, que todos tenham acesso físico e econômico ao saneamento, em todas as esferas da

¹⁵ Alternativas tecnológicas podem permitir com mais frequência formas de saneamento a seco com soluções locais, como compostagem e utilização de banheiros ecológicos. Cf. JENKINS, Marion W.; SUGDEN, Steven. **Rethinking sanitation: lessons and innovation for sustainability and success in the new millennium**. Nova Iorque: UNDP - Human Development Report Office (Occasional Paper), 2006, p. 9.

¹⁶ Disponível em: <https://undocs.org/A/RES/70/169>. Acesso em: 10 mar. 2021.

vida, de forma segura, higiênica, social e culturalmente aceitável, com privacidade e garantias de dignidade¹⁷.

Tal definição serviu para expressar o saneamento em termos de direitos humanos, relacionando-o com outros direitos, como o nível de vida adequado, a saúde e a privacidade.

O saneamento, para além de várias outras questões de direitos humanos, evoca o conceito de dignidade humana. Considere-se a vulnerabilidade e a vergonha que tantas pessoas experimentam quando são forçadas a defecar ao ar livre, em um balde ou num saco de plástico. É a indignidade dessa situação que causa o embaraço¹⁸.

A Suprema Corte da Índia descreveu a indignidade da falta de acesso ao saneamento no caso *Municipal Council, Ratlam v. Shri Vardhichand & Others*, que dizia respeito às obrigações das autoridades municipais de construir instalações de saneamento. O descumprimento dessas obrigações pelo Município obrigava os habitantes das favelas a defecar abertamente nas ruas e, “sob a pressão da natureza, a timidez torna-se um luxo e a dignidade uma arte difícil”¹⁹. Esta é uma dignidade a que os pobres e marginalizados são, sobremaneira, privados.

É esse tipo de violação do direito ao saneamento que pode não ser considerado quando ele é abordado com o direito à água. A natureza jurídica distinta é um fator que implica o tratamento dos direitos de forma separada. Embora relacionados com o nível de vida adequado e a saúde, o direito à água tem vínculo mais forte com o direito à vida, já o direito ao saneamento é mais estreitamente relacionado com a ideia de dignidade humana²⁰. Assim, conceitualmente, a água e

¹⁷ ALBUQUERQUE, Catarina. **Report of the independent expert on the issue of human rights obligations related to access to safe drinking water and sanitation** (A/HRC/12/24, 1º de julho de 2009), parágrafo 63. Disponível em: http://www.ohchr.org/Documents/Press/E_2009_report.pdf. Acesso em: 03 nov. 2021.

¹⁸ ALBUQUERQUE, *op. cit.*, parágrafo 55.

¹⁹ “Likewise, the grievous failure of local authorities to provide the basic amenity of public conveniences drives the miserable slum-dwellers to ease in the streets, on the sly for a time, and openly thereafter, because under Nature’s pressure, bashfulness becomes a luxury and dignity a difficult art”. Acórdão disponível: <http://www.judis.nic.in/supremecourt/qrydisp.aspx?flename=4495>. Acesso em: 03 nov. 2021. Resumo do caso também disponível em: WASH UNITED. **The human rights to water and sanitation in Courts Worldwide**: a selection of national, regional and international case law. Genebra: WaterLex, 2014, p. 169-171.

²⁰ “To assume that two rights could be summarized as one, would contradict the mechanism by which both of them were created: the idea of legal derivation. Legal derivation means that the derivative right carries the characteristics of the parent right, and, thus, rights with different parent rights cannot be identical. However, stating that both rights are not identical does not mean claiming that they cannot be treated jointly in international declarations and other political instruments, if the context and purpose of the documents do allow so. There is in fact often good reason to treat them jointly; this is just not the same as claiming they are the same”. THIELBÖRGER, Pierre. **The right(s) to water**: the multi-level governance of a unique human right. Heidelberg: Springer, 2014, p. 198-199.

saneamento não devem ser considerados como um único direito, mas sim como dois direitos humanos distintos.

No que toca ao conteúdo normativo do direito ao saneamento, o conjunto das obrigações de direitos humanos e os encargos necessários para sua efetivação são esclarecidos e operacionalizados sob os critérios de disponibilidade, qualidade, acessibilidade física, acessibilidade/viabilidade econômica e aceitabilidade²¹.

Disponibilidade significa o acesso a serviços suficientes de saneamento (número satisfatório de instalações de uso individual e/ou compartilhado). A falta de instalações adequadas de saneamento tem implicações particulares para a igualdade de gênero e representa uma ameaça para as mulheres, uma vez que são suscetíveis de enfrentar agressões, violência sexual e estupro quando utilizam as instalações compartilhadas. Disponibilidade também se relaciona com o conceito de ‘instalação sanitária melhorada’ que, dentre outros fatores, é aquela que separa higienicamente os excrementos do contato humano²².

Determinar um número mínimo específico de sanitários necessários para satisfazer a exigência de disponibilidade pode ser contraproducente em termos de direitos humanos. Deve-se reconhecer que uma única latrina ou mesmo instalações públicas compartilhadas podem satisfazer o critério de disponibilidade em alguns casos²³. Apesar de existirem poucos indicadores fiáveis para determinar um limiar de partilha aceitável, instalações compartilhadas entre as famílias podem ser uma solução provisória, desde que bem administradas, culturalmente aceitáveis e mantidas em condições higiênicas, acessíveis ou gratuitas. É crucial que a avaliação do nível de serviço de saneamento seja informada pelo contexto de dada comunidade.

²¹ “Availability, quality, physical accessibility, affordability, acceptability”. ALBUQUERQUE, *op. cit.*, parágrafos 69 a 80.

²² Não há consenso sobre o conceito de ‘instalações de saneamento melhoradas’. De todo modo, são propostos indicadores para monitorar os resultados de saneamento a partir de uma perspectiva de direitos humanos. Nesse sentido, ver: GINÉ-GARRIGA, Ricard *et al.* Monitoring sanitation and hygiene in the 2030 Agenda for Sustainable Development: a review through the lens of human rights. **Science of the total environment**. Dez/2016, <http://dx.doi.org/10.1016/j.scitotenv.2016.12.066>, p. 5. Acesso em: 02 nov. 2021.

²³ A Corte Interamericana de Direitos Humanos ordenou ao governo paraguaio que construísse instalações de saneamento partilhadas nos assentamentos da comunidade indígena Sawhoyamaxe e assegurasse o suprimento de água potável aos membros da comunidade até que suas terras tradicionais fossem reintegradas. Embora o caso se relacionasse com direitos de propriedade, a CIDH levou em consideração a falta de acesso à água potável e ao saneamento como fatores que constituiriam violações a direitos daquela comunidade indígena. *Comunidade indígena Sawhoyamaxe v. Paraguai*. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_146_esp2.pdf. Acesso em: 04 nov. 2021. Resumo do caso também disponível em: WASH UNITED, *op. cit.*, p. 271-274.

No que tange à *qualidade*, as instalações devem ser higiênicas e tecnicamente seguras para uso, com atenção às necessidades das pessoas portadoras de deficiência e das crianças. É importante promover a gestão da higiene menstrual, uma área com forte impacto na igualdade de gênero. A limpeza e manutenção dos locais, dos poços ou outros lugares que coletam excrementos humanos são essenciais para garantir a sustentabilidade e o acesso contínuo das instalações de saneamento.

Os serviços de saneamento devem ser *fisicamente acessíveis*, de forma contínua, em todos os momentos do dia e da noite, assegurando que os tempos de espera não sejam excessivamente longos. A localização das instalações é fundamental, pois deve garantir riscos mínimos para a segurança física dos usuários²⁴.

As instalações e serviços de saneamento devem estar disponíveis a um preço que todos possam pagar sem comprometer a sua capacidade de adquirir outros bens e serviços básicos. Tal aspecto relaciona-se com a questão da *acessibilidade/viabilidade econômica dos serviços (affordability)*.

As instalações sanitárias têm de ser culturalmente *aceitáveis*. Isso exigirá acomodações específicas de gênero, construídas de forma a garantir privacidade e dignidade. As instalações terão de permitir práticas de higiene culturalmente aceitáveis²⁵.

A natureza jurídica dos direitos à água e ao saneamento implica a efetivação de obrigações fragmentárias de diversas ordens. Tendo em vista o objetivo da Agenda 2030, é primordial que indicadores operacionalizem seus conceitos a fim de verificar a concretização desses direitos. A implementação de alguns indicadores pode ser comum para a água e saneamento, mas, em uma perspectiva normativa, há alguns indicadores exclusivos do saneamento, o que corrobora o entendimento de que ambos são direitos distintos.

O n° 6.2 da Agenda 2030 para o desenvolvimento sustentável estabelece a meta de alcançar o acesso ao saneamento adequado e equitativo para todos e acabar com a defecação a céu aberto, dando atenção especial às necessidades das mulheres, das meninas e das pessoas em situação de vulnerabilidade, até o ano de 2030.

²⁴ As barreiras ambientais, os fatores sociais e os medos da violência sexual podem contribuir para o estresse psicossocial relacionado ao saneamento quando a infraestrutura e o acesso são inadequados. Tais impactos negativos são experimentados, principalmente, por mulheres e meninas. Sobre o tema, ver estudo: SAHOO, Krushna Chandra *et al.* Sanitation-related psychosocial stress: a grounded theory study of women across the life-course in Odisha, India. **Social Science & Medicine**, v. 139, nov. 2015, p. 80-89.

²⁵ “Personal sanitation is still a highly sensitive issue across regions and cultures and differing perspectives about which sanitation solutions are acceptable must be taken into account regarding design, positioning and conditions for use of sanitation facilities. In many cultures, to be acceptable, construction of toilets will need to ensure privacy. In most cultures, acceptability will require separate facilities for women and men in public places, and for girls and boys in schools”. GINÉ-GARRIGA, Ricard *et al.*, *op. cit.*, p. 4.

O indicador proposto para analisar a implementação dessa meta foi a proporção da população que utiliza serviços de saneamento gerenciados com segurança²⁶, definido como o uso de uma instalação de saneamento melhorada²⁷, não compartilhada com outras famílias e onde os excrementos são transportados e tratados fora ou seguramente descartados no local.

A especificidade desse indicador é tanta, que fica evidente a concretização distinta do direito ao saneamento face ao direito à água. Não se pode afirmar que, ao garantir o acesso pleno ao saneamento, as necessidades do direito à água potável foram todas atendidas. A realização de um direito não implica, necessariamente, a efetivação do outro.

Por fim, mas não menos importante, há também uma diferença entre os direitos no que toca à questão ambiental. Os impactos ambientais adversos influenciam significativamente o acesso à água potável: a poluição é mais uma causa que impossibilita a efetivação do direito à água do que a sua consequência.

Em contrapartida, as consequências da falta ou da má implementação do direito ao saneamento podem causar contaminações hídricas. Deste modo, deve-se considerar a forma como o direito ao saneamento é executado e até que ponto o cumprimento do direito pode realmente impactar o meio ambiente (gestão dos excrementos, armazenamento seguro *in situ* ou *ex situ*, remoção e tratamento final dos dejetos). As tentativas de atender o direito ao saneamento devem considerar os possíveis efeitos ambientais adversos, a redução dos impactos negativos e a utilização de tecnologias ambientalmente apropriadas.

5 DIREITO AO SANEAMENTO SOB A PERSPECTIVA DA BIOÉTICA GLOBAL

Com a retomada de alguns dos pressupostos já estabelecidos no presente artigo, cumpre analisar se a aplicação da Bioética Global ao tema é capaz de contribuir para a efetivação dos direitos, especialmente do direito ao saneamento.

Foi constatado que: a) o direito ao acesso à água potável e o direito ao saneamento são distintos; b) ambos são direitos humanos, consequentemente tutelam

²⁶ ‘Proportion of population using safely managed sanitation services’. In: UNICEF, WHO. **Joint Monitoring Programme WASH Post-2015: proposed indicators for drinking water, sanitation and hygiene**. Disponível em: https://www.wssinfo.org/fileadmin/user_upload/resources/JMP-WASH-Post-2015-Brochure.pdf. Acesso em: 04 nov. 2021.

²⁷ “Improved sanitation facilities include flush/pour flush to piped sewer, septic tank or pit latrine; composing toilet or pit latrine with slab. Unimproved sanitation facilities include pit latrines without a slab or platform, hanging latrines and bucket latrines”. In: https://www.wssinfo.org/fileadmin/user_upload/resources/SDG-6-2-1-Safely-Managed-Sanitation-Services-and-Hygiene.pdf. Acesso em: 04 nov. 2021.

a dignidade da pessoa humana; c) apoiam a realização de outros direitos humanos, como o direito ao saneamento proteger a privacidade; d) para o alcance do desenvolvimento sustentável é necessário a garantia do acesso ao saneamento adequado e equitativo, de forma universal; e) a efetivação do direito à água e do direito ao saneamento podem ocorrer de forma independente; f) os impactos ambientais adversos dificultam ou impossibilitam o acesso à água potável; g) a implementação defeituosa do direito ao saneamento é capaz de ter como consequência contaminações hídricas, o que demanda atenção para considerar os efeitos ambientais adversos.

Nessa acepção, considerando que Bioética, termo oriundo da junção dos vocábulos gregos “bios” e “ethos”, respectivamente, “vida” e “ética”; é uma modalidade de ética aplicada no âmbito biológico; a qual emerge das grandes transformações, principalmente tecnológicas e biológicas ocorridas em âmbito global, que podem ser presenciadas em maior proporção nas esferas científica, jurídica e econômica. É a partir da aplicação dessa ética da vida que ocorre a provocação da consciência humana para a necessidade de ponderar os benefícios e as consequências incidentais e adversas dessas mudanças.

É das relações psicossociais que a Bioética emerge, de modo que os animais não possuem conflitos bioéticos, pois são comandados por instintos. Os conflitos bioéticos surgem ante as exigências das pulsões humanas e as exigências da realidade²⁸. No entanto, em uma visão mais ampla e atual da Bioética, é possível plenamente assegurar que os animais e o meio ambiente também são objeto de tutela via o juízo bioético.

Ora, sabendo-se a Bioética surgiu de um sentimento de responsabilidade em face dos desafios de sustentar e melhorar as condições de vida humana nos processos contemporâneos²⁹, é indubitável que no processo em busca da eficácia social do direito ao saneamento básico, a ponderação bioética das ações que impactam o meio ambiente e que envolve esse direito é de suma importância.

A Bioética ao ser entendida como global, apresenta-se em três principais sentidos: a) diz respeito a toda a Terra; é a ética referente ao bem de todo o mundo; b) inclusão abrangente de todas as questões éticas nas ciências da vida e cuidados de saúde, englobando temas clássicos da ética do meio ambiente e da biomedicina; c) utilização de uma visão abrangente de métodos de aproximação desses temas,

²⁸ COHEN, Cláudio. Como ensinar a bioética. In: BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de; PESSINI, Leo (org.). **Bioética e Longevidade**. São Paulo: Loyola, 2006, p. 184.

²⁹ ANJOS, Márcio Fabri dos. Bioética: Abrangência e dinamismo. In: BARCHIFONTAINE, Christian de Paul; PESSINI, Leo. **Bioética: Alguns desafios**. São Paulo: Loyola, 2002, p. 34.

incorporando expansivamente todos os valores relevantes, conceitos, modos de raciocínio e disciplinas³⁰.

Em todas as três acepções acima relatadas verifica-se a aplicação ao tema. A garantia do saneamento reflete o universalismo inerente aos direitos humanos, e a evidente transcendência para além dos limites geográficos dos Estados; tange temática diretamente ligada ao meio ambiente e ao uso sustentável dos recursos naturais, repercutindo nos cuidados de saúde; e a garantia do direito ao saneamento promove a aproximação entre o direito à saúde e as principais temáticas que envolvem o direito ambiental, apresentando no cerne a proteção da dignidade da pessoa humana, em uma perspectiva transdisciplinar.

O contexto, os valores e a cultura em que a bioética se desenvolve é reformulada e transformada, para centralizar e apresentar exploração transcultural³¹ dos recursos ambientais. Dessa forma, a análise bioética na maioria das vezes antecipa a análise jurídica, e quando se trata de direito já positivado, pode ser aplicado *a posteriori*, para reforçar a exigibilidade das condutas juridicamente defensáveis – que é o que ocorre no caso do direito ao saneamento.

A Bioética Global aplicada ao direito ao saneamento demanda uma visão mais humanitária das pessoas mais vulneráveis, que precisam ter acesso ao mínimo de higiene para que não haja comprometimento da saúde e, consequentemente, para que não coloque em risco as suas vidas; reforça o universalismo inerente aos direitos humanos; e exige a exploração responsável e sustentável do meio ambiente, principalmente para garantir uma justiça intergeracional – que as gerações vindouras tenham acesso, em mesmo grau ou em grau superior aos recursos naturais que estão disponíveis na atualidade.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As diretrizes brasileiras sobre o saneamento básico tratam das condições estruturais do saneamento básico como a universalização e a prestação dos serviços de abastecimento de água, esgotamento sanitário, limpeza urbana e manejo dos resíduos sólidos. Não obstante a abordagem conjunta dos serviços de abastecimento de água e de esgotamento sanitário, o presente artigo salientou as diferenças entre o direito de acesso à água potável e o direito ao saneamento.

³⁰ REICH, Warren Thomas. The Word "Bioethics": The Struggle Over Its Earliest Meanings. **Kennedy Institute of Ethics Journal**. Volume 5, Number 1. The Johns Hopkins University Press. March 1995, p. 24.

³¹ ORFALI, Kristina. A journey through Global Bioethics. Symposium: Cross-cultural bioethics – Editorial. **Journal of Bioethical Inquiry**: Springer, 2019, p. 2.

O acesso à água potável e ao saneamento com frequência são mencionados juntos e isso contribuiu para que haja uma sobreposição ou mesmo uma equivocada identidade entre esses direitos. Em princípio, no âmbito internacional, o direito à água atraiu mais atenção do que o direito ao saneamento. Entretanto, o direito ao saneamento beneficiou-se das discussões e medidas de efetivação do direito à água, despertando atenção e recursos. A abordagem combinada da água e do saneamento ocorre mais por uma razão prática e política do que por uma convicção jurídica de que ambos devem ser considerados um único direito.

Muitas técnicas para se concretizar o saneamento envolvem a utilização hídrica, mas há soluções que garantem a assepsia e o expurgo de rejeitos que não envolvem a água. Os objetos dos direitos são distintos e se, num primeiro momento, o saneamento vinculou-se ao direito à água para que uma maior atenção fosse dada àquele direito, restou evidente a distinção entre eles, uma vez que a efetivação do direito ao saneamento não implica a garantia do direito à água e vice-versa.

Em que pese a grande relevância jurídica da positivação do direito ao saneamento e dos demais direitos que lhe são correlatos, foi comprovado que a aplicação da Bioética Global ao tema contribui para garantir a eficácia social do direito ao saneamento, exaltando o universalismo que é característica de todos os direitos humanos, e preocupando-se com os recursos naturais para além do tempo presente, com fito de tutelar inclusive a dignidade das futuras gerações.

DIREITO AMBIENTAL, SUSTENTABILIDADE, DESENVOLVIMENTO HUMANO E O NOVO MARCO LEGAL DO SANEAMENTO BÁSICO

Humberto Martins*

RESUMO: O artigo pretende trazer a reflexão quanto a questões referentes ao direito ambiental, à sustentabilidade e ao desenvolvimento humano, tudo sob a ótica das políticas públicas voltadas à universalização dos serviços de fornecimento de água e de coleta e tratamento dos resíduos, decorrentes das mudanças promovidas pela Lei n. 14.026, de 17 de julho de 2020.

Palavras-chave: Direito ambiental. Desenvolvimento sustentável. Desenvolvimento humano. Saneamento básico. Novo marco legal.

1 INTRODUÇÃO

A proteção do meio ambiente e a proteção dos direitos humanos são elementos que constituem parte estruturante da sociedade e meta de trabalho do Poder Judiciário brasileiro, sobretudo por meio de ações concretas relacionadas a políticas de sustentabilidade, alinhadas aos indicadores dos Objetivos do Desenvolvimento Sustentável (ODS) da Agenda 2030 da Organização das Nações Unidas (ONU)¹.

Nesse passo, a importância da água e do saneamento, materializada no 6º item dos Objetivos do Desenvolvimento Sustentável, o qual pretende assegurar o acesso à água e ao saneamento de forma igualitária para todos, independentemente de condição social, econômica e cultural, não se mostrará viável sem que o ambiente em que estamos inseridos seja preservado².

A sustentabilidade e o próprio desenvolvimento humano digno são indissociáveis de todas as questões ambientais. Essas, por sua vez, clamam por proteção e intervenção da sociedade e do Estado, até porque os recursos naturais são finitos e degradáveis e, assim, não há como ignorar que a sustentabilidade é uma necessidade para a sobrevivência da própria espécie humana.

Essa preocupação ambiental há muito passou a incorporar, no Direito

* Presidente do Superior Tribunal de Justiça.

¹ Disponível em: <http://www.agenda2030.com.br/ods/6/>.

² Metas do objetivo 6: 6.1 Até 2030, alcançar o acesso universal e equitativo a água potável e segura para todos. 6.2 Até 2030, alcançar o acesso a saneamento e higiene adequados e equitativos para todos, e acabar com a defecação a céu aberto, com especial atenção para as necessidades das mulheres e meninas e daqueles em situação de vulnerabilidade.

Constitucional, as previsões protetivas em prol do meio ambiente. Como destacado pelo Ministro Herman Benjamin, em texto sobre o tema, a degradação ambiental começa a ser percebida como um problema efetivo e tangível, logo as provisões protetivas precisam ser incorporadas ao direito:

O que causou essa intrigante, não obstante obscura, mudança de estrutura constitucional? Errará quem apostar em uma inovação de moda, por isso efêmera, destituída de bases objetivas e alheia a necessidades humanas latentes e prementes, que usualmente antecedem o desenho da norma. Dificilmente, na experiência comparada, encontram-se instâncias em que transformações constitucionais de fundo sucedem por simples acidente de percurso ou capricho do destino. Aqui, sucede o mesmo, pois é a crise ambiental, acirrada após a Segunda Guerra, que libertará forças irresistíveis, verdadeiras correntes que levarão à ecologização da Constituição, nos anos 70 e seguintes. Crise ambiental essa que ninguém mais disputa sua atualidade e gravidade. Crise que é multifacetária e global, com riscos ambientais de toda ordem e natureza: contaminação da água que bebemos, do ar que respiramos e dos alimentos que ingerimos, bem como perda crescente da biodiversidade planetária. Já não são ameaças que possam ser enfrentadas exclusivamente pelas autoridades públicas (a fórmula do nós-contra-o-Estado), ou mesmo por iniciativas individuais isoladas, pois vítimas são e serão todos os membros da comunidade, afetados indistintamente, os de hoje e os de amanhã, isto é, as gerações futuras. São riscos que à insegurança política, jurídica e social acrescentam a insegurança ambiental, patologia daquilo que o legislador brasileiro, com certa dose de imprecisão, chama de meio ambiente ecologicamente equilibrado e, por vezes, de qualidade ambiental³.

Dentro dessa narrativa, afinal, quem possui interesse na proteção ambiental? Em princípio, todas as pessoas potencialmente fruirão benefícios de um meio ambiente saudável. Dessa forma, a titularidade desse bem é mais ampla do que um coletivo de pessoas, pois pode incluir até as gerações futuras.

Assim, a proteção ao meio ambiente interessa a todas às pessoas e não pode ser restringida a um grupo apenas, como bem anota Geisa de Assis Rodrigues:

Esse direito fundamental, social e difuso pertence a todos, na bela expressão compreensiva da Constituição Federal, inclusive às futuras gerações e aos demais seres vivos. Assim, todas as

³ BENJAMIN, Antonio Herman. Direito constitucional ambiental brasileiro. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (org.). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 57-130.

peçoas, independentemente de sua nacionalidade, gozam do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado em nosso país. O direito ao meio ambiente já nasceu rompendo com o paradigma de que direitos são atribuíveis a quem já nasceu ou tem potencial para tanto. (...). Reconhecer que devemos promover a equidade intergeracional é um enorme desafio, pois pressupõe a prevalência da lógica de longo prazo sobre a satisfação dos nossos interesses mais imediatistas, ou seja, a prevalência da absoluta fidelidade e solidariedade à humanidade⁴.

Meio ambiente, acesso universal à água potável e saneamento básico são pilares essenciais, premissas de uma vida saudável e digna, razão pela qual se faz evidente sua proteção.

Dentro desse contexto, o Ministro Luiz Fux, em recente decisão proferida nos autos da Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.492/DF, destacou que o saneamento é fundamental para a dignidade humana, configurando premissa básica de saúde pública, que agrega benefícios ao meio ambiente, ao mercado de trabalho e à produtividade de uma economia. Desse modo não há como se desvencilharem das questões ambientais os temas afetos à universalização do saneamento básico, até porque, como destacou o ministro na referida decisão:

Nada obstante, os números ostentados pelo Brasil são vergonhosos: mais de 35 milhões de brasileiros não têm acesso à água tratada, mais de 100 milhões não dispõem da cobertura da coleta de esgoto (46,85%) e somente 46% do volume gerado de esgoto no país é tratado, como apontam os dados oficiais recentes trazidos aos autos. A realidade alarmante de precariedade sanitária no Brasil exige uma atuação imediata, concertada e eficiente do poder público. A realidade alarmante de precariedade sanitária no Brasil exige uma atuação imediata, concertada e eficiente do poder público.

Com efeito, consoante disposto no art. 225 da Constituição Federal da República Federativa do Brasil, 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.

O Superior Tribunal de Justiça está alinhado ao imenso desafio que esta pauta nos traz, que é o de promover o desenvolvimento econômico- sustentável; a

⁴ RODRIGUES, Geise de Assim. Comentário ao artigo 225. In: BONAVIDES, Paulo (org.); MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura (org.). **Comentários à Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 2348.

erradicação da fome e da pobreza; e o acesso à água e ao saneamento básico. Enfim, a vida digna para todos, como se disse, não foge à necessária regulamentação legislativa.

Em que pese o saneamento seja tradicionalmente reconhecido como serviço público de interesse local, por vezes o interesse comum determina a formação de microrregiões e regiões metropolitanas para a transferência de competências para Estados (art. 25, §3º, CRFB) ou o estabelecimento pela União de critérios técnicos de cooperação.

Nesse cenário, o novo Marco Regulatório do Saneamento Básico, introduzido pela Lei n. 14.026, de 17 de julho de 2020, como já tive a oportunidade de destacar em outro texto, promoveu significativas mudanças na Lei n. 9.984, de 17 de julho de 2000, para atribuir à Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico (ANA) competência para instituir normas de referência para a regulação dos serviços públicos de saneamento básico, assim como na Lei n. 10.768, de 19 de novembro de 2003, para alterar o nome e as atribuições do cargo de especialista em recursos hídricos.

A atualização legislativa não parou por aí, pois também alterou a Lei n. 11.107, de 6 de abril de 2005, para vedar a prestação por contrato de programa dos serviços públicos de que trata o art. 175 da Constituição Federal; a Lei n. 11.445, de 5 de janeiro de 2007, para aprimorar as condições estruturais do saneamento básico no País; a Lei n. 12.305, de 2 de agosto de 2010, para tratar de prazos para a disposição final ambientalmente adequada dos rejeitos; a Lei n. 13.089, de 12 de janeiro de 2015 (Estatuto da Metrópole), para estender seu âmbito de aplicação a unidades regionais; e a Lei n. 13.529, de 4 de dezembro de 2017, para autorizar a União a participar de fundo com a finalidade exclusiva de financiar serviços técnicos especializados.

Do mesmo modo, o novo marco regulatório também gerou impactos em outros textos normativos, como o Decreto n. 8.141 de 20 de novembro de 2013⁵; a Portaria Interministerial n. 571 de 5 de dezembro de 2013⁶; e o Decreto n. 7.217 de 21 de junho de 2010.⁷

A meta central do presente artigo é a análise da Lei 14.026/2020 sob o prisma do Direto Ambiental, da sustentabilidade e do desenvolvimento humano. Para demonstrar essa construção, é realizada uma análise dos principais tópicos trazidos pela lei, sobretudo no que se refere à universalização da água potável, à coleta e ao tratamento do esgoto; à

⁵ Dispõe sobre o Plano Nacional do Saneamento Básico – PNSB, institui o Grupo de Trabalho Interinstitucional de Acompanhamento da Implementação do PNSB e dá outras providências.

⁶ Aprova o Plano Nacional de Saneamento Básico (PNSB).

⁷ Regulamenta a Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007, que estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico, e dá outras providências.

Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico; à maior efetividade das políticas públicas e o novo modelo de saneamento básico; às unidades regionais ou os blocos de referência; e, por fim, ao novo modelo contratual e à nova tarifa de serviço.

2 O NOVO MARCO REGULATÓRIO

O principal contexto do Novo Marco Legal do Saneamento Básico (Lei n. 14.026/2020) é o objetivo de viabilizar a universalização dos serviços de fornecimento de água e de coleta e tratamento dos resíduos até o dia 31 de março de 2022, assegurando o atendimento de 99% da população com água potável e de 90% da população com coleta e tratamento de esgoto (artigos 10-B e 11-B da Lei n. 11.445/2007).

A respeito do primeiro ponto, faz-se ver facilmente que a meta de universalização de água potável, coleta e tratamento de esgoto, além de outras metas quantitativas referentes à não intermitência do abastecimento, de redução de perdas e de melhoria dos processos de tratamento⁸, está inserida entre os 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável da Agenda 2030 da ONU, mais especificamente o Objetivo n. 6, “água potável e saneamento”, que trata da gestão sustentável da água e do saneamento para todos.

Em relação aos contratos em vigor que não possuem metas de universalização de água potável, a nova lei deu tratamento específico, uma vez que esses contratos deveriam ser aditados para incluir, na forma do § 1º do art. 11-B, referências a prazos de abastecimento e coleta de resíduos de modo universalizado. A exceção à adequação dos contratos em vigor à nova política pública (§ 2º do mesmo texto legal) fica por conta dos contratos firmados por meio de procedimentos licitatórios que possuam metas diversas daquelas previstas na nova lei, mas que, de todo modo, estão sujeitos a medidas alternativas para viabilizar o alcance dos objetivos⁹.

Dentro desse contexto, a universalização do abastecimento de água e coleta de resíduos liga-se ao próprio princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III, da CF), ao acesso a um meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225 da CF), à saúde (art. 200, inciso IV, da CF), entre outras condições adequadas à qualidade de vida, na qual os serviços públicos ou privados de saneamento básico, como abastecimento de água

⁸ Confira arts. 10-B e 11-B, Lei n. 11.445/2007, com a redação alterada pela Lei n. 14.026/2020.

⁹ De acordo com um estudo recente da **KPMG Brasil**, elaborado em conjunto com a **ABCON SINDCON**, o investimento total necessário para atingir a meta de universalização dos serviços de saneamento até 2033 é estimado em R\$ 753 bilhões. Isso significa mais de R\$ 50 bilhões de investimentos anuais - mais de quatro vezes o investimento médio anual de R\$ 12 bilhões no setor nos últimos cinco anos. Disponível em: https://www.linkedin.com/posts/sindcon_brasil-busca-futuro-com-%C3%A1gua-limpa-activity-6797517139050840065-n6iK. Acesso em: 10 maio 2021.

potável, esgotamento sanitário, limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos, e drenagem e manejo de águas pluviais urbanas se revelam imprescindíveis.

Por certo, o saneamento básico e o desenvolvimento urbano são como gêmeos siameses, um conectado ao outro. Desse modo, o art. 21, inciso XX, da CF, quando emprega o advérbio “inclusive” para se referir ao saneamento básico, o faz como parte integrante das diretrizes para o desenvolvimento urbano.

Até aqui, porém, podemos concluir que o saneamento básico, enquanto serviço essencial, deve ser prestado de forma adequada, eficiente, segura e contínua, nos termos do art. 22 da Lei n. 8.078/1990, consoante jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, valendo destacar:

Aplicação do Código de Defesa do Consumidor às relações entre usuários e concessionárias de serviço público. (...) II - Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor às relações mantidas entre usuário e concessionária de serviços públicos, nos termos do art. 7º da Lei 8.987/95. Agravo regimental improvido. (AgRg no Ag n. 1.022.587/RS, relator Ministro Sidnei Beneti, julgamento em 21/8/2008).¹⁰

Enfim, além dessas ligações com o Direito do Consumidor, o serviço de fornecimento de água e coleta de resíduos também está afeto ao Direito Ambiental, ao Direito Sanitário, como por vezes reconhecido pelo Superior Tribunal de Justiça¹¹.

3 DA AGÊNCIA REGULADORA

Agora é tempo de tratar da alteração ocorrida no artigo 1º da Lei n. 9.984/2000, que estabeleceu a criação da Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico (ANA), entidade federal de implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos, integrante do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos (Singreh) e responsável pela instituição de normas de referência para a regulação dos serviços públicos de saneamento básico, através da edição de normas de referência para a regulação dos serviços públicos de saneamento básico.

Desde então, a Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico (ANA) ganhou nova formatação e se tornou responsável pela instituição de normas de referência que regularão os serviços públicos de saneamento básico, observando os princípios da regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade,

¹⁰ MARQUES, Claudia Lima *et al.* **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 543.

¹¹ REsp n. 1.833.349-RJ (2019/0248836-1).

generalidade, modicidade tarifária, utilização racional dos recursos hídricos e universalização dos serviços (artigo 4º-A, § 3º, I, da Lei n. 9.984/2000).

Em segundo lugar, também ficou claro no texto legal que a regulação está subordinada aos princípios de transparência, tecnicidade, celeridade e objetividade das decisões, de forma a estabelecer padrões de atuação para assegurar o cumprimento das metas e condições previstas nos contratos, planos municipais ou de prestação regionalizada; prevenir e reprimir o abuso do poder econômico; e definir tarifas visando ao equilíbrio contratual e à modicidade tarifária (artigos 21 e 22 da Lei n. 11.445/2007).

Logo, a fim de estabelecer uma ordem, o Novo Marco Legal procedeu a profundas transformações no sistema de formulação de políticas públicas de saneamento, instituindo um órgão colegiado responsável pela concretização das iniciativas.

O Comitê Interministerial de Saneamento Básico (artigo 53-A da Lei n. 11.445/2007) é um órgão 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, ou seja, com responsabilidade de coordenar, em escala federal, o Plano Nacional de Saneamento Básico, além de elaborar estudos técnicos que subsidiem as decisões quanto à alocação de recursos federais e promover a observância das normas de referência editadas pela ANA (artigo 53-B da Lei n. 11.445/2007 e artigos 2º e 3º do Decreto n. 10.430/2020), sempre com o olhar voltado às peculiaridades regionais.

4 DAS DISTINTAS MODIFICAÇÕES DA LEI

As alterações decorrentes da Lei Federal n. 14.026/2020 ao Marco Legal do Saneamento Básico Brasileiro pretendem, além de superar os déficits na implementação de serviços públicos e suprir questões regulatórias, atrair capital, na busca de maior efetividade da política pública de saneamento.

No que se refere às modificações da Lei n. 11.445/2007 decorrentes da Lei 14.026/2020, o rol de princípios regentes da política de saneamento básico foi expandido com a inclusão da prestação regionalizada¹² para garantia de ganhos de escala, universalização e viabilidade econômico-financeira, incentivo à competitividade dos serviços e prestação conjunta dos serviços de água e esgotamento sanitário. Esses elementos são fundadores do novo modelo do saneamento brasileiro.

¹² Embora a prestação regionalizada não seja uma novidade, ela era realizada sem uma institucionalização legislativa.

Para compreender o direito ao saneamento básico, é preciso conceituar o próprio saneamento. Trabalhos em engenharia civil¹³ trazem o conceito da Organização Mundial da Saúde (OMS) segundo o qual “saneamento é o controle de todos os fatores do meio físico do homem, que exercem ou podem exercer efeitos nocivos sobre seu bem-estar físico, mental e social”¹⁴. Em outra obra sobre “Abastecimento de água para consumo humano”, Heller e Pádua conceituam também o saneamento ambiental como algo mais abrangente que saneamento básico, utilizando conceito elaborado pela FUNASA, que o define como:

[...] o conjunto de ações socioeconômicas que têm por objetivo alcançar níveis de salubridade ambiental, por meio de abastecimento de água potável, coleta e disposição sanitária de resíduos sólidos, líquidos e gasosos, promoção da disciplina sanitária do uso do solo, drenagem urbana, controle de doenças transmissíveis e demais serviços e obras especializadas, com finalidade de proteger e melhorar as condições de vida urbana e rural.¹⁵

Legalmente, o saneamento básico foi definido no art. 3º da Lei 11.445/2007, conhecida como Marco do Saneamento.

O conceito legal de saneamento básico também se tornou mais específico e técnico ao serem elencadas e diferenciadas as atividades de cada um dos elementos do serviço de saneamento básico (abastecimento de água, esgotamento sanitário, limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos, manejo de águas pluviais urbanas) no art. 3º da Lei 14.026/2020. No entanto, ressalta-se do referido dispositivo legal a inclusão do termo “prestação regionalizada”, anteriormente compreendida como o atendimento de um prestador a dois ou mais titulares do serviço, passando a ser encarada como:

[...] 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 região metropolitana, aglomeração urbana ou

¹³ BARROS, Raphael Tobias de Vasconcelos; CHERNICHARO, Carlos Augusto de Lemos; HELLER, Léo; SPERLING, Marcos Von. **Manual de Saneamento e Proteção Ambiental para os Municípios, volume II**. 1. ed. Belo Horizonte: Escola de Engenharia da UFMG, 1995. p. 13.

¹⁴ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE – OMS. [World Health Organization – WHO]. **Guidelines On Sanitation and Health**. Geneva: World Health Organization; 2018. Disponível em: <https://portal.fiocruz.br/noticia/oms-lanca-diretrizes-sobre-saneamento-e-saude>. Acesso em: 12 maio 2021.

¹⁵ HELLER, Léo; PÁDUA, Valter Lúcio de (org.). **Abastecimento de água para consumo humano**. 2. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2010. Vol. 1. Cap.1. p. 33.

microrregião, unidade regional de saneamento básico ou bloco de referência, conceito este a ser definido pela reguladora.¹⁶

Nesse sentido, o Estatuto da Metrópole repercute na política de saneamento com a adoção da ideia de região metropolitana, uma vez que a *mens legis* desejou incentivar a prestação em unidades regionais, unindo aglomerações urbanas e microrregiões, as quais costumam estar em uma mesma bacia hidrográfica, de modo que um município afete o outro, especialmente se estiverem conturbados. O objetivo do Novo Marco do Saneamento é criar unidades regionais ou blocos de referência. Tal prática já tem sido incorporada em leilões recentes de concessão, como o da CEDAE.

Ocorre neste ponto que, em caso de adoção da regionalização, a lei prevê a alteração da titularidade do serviço, que deixa de ser municipal e passa a ser estadual¹⁷, conforme a nova redação do art. 8º da Lei 11.445/2007, uma vez que o serviço deixará de ser de interesse eminentemente local, passando a ser regional.

O modelo contratual das concessões em saneamento também foi alterado, sendo por um lado vedada a realização de contratos de programa, convênio, termo de parceria ou qualquer instrumento de natureza precária, e, por outro, permitida a realização de subdelegação de parte do serviço. Assim, na vigência do Novo Marco, todos os serviços de prestação de saneamento básico por entidades que não integrem a administração do titular estarão condicionados à realização de concorrência para que haja concessão, havendo, entretanto, possibilidade de que o próprio ente preste o serviço como única opção sem a celebração de contrato de concessão.

A inovação veio acompanhada da previsão de um rol de cláusulas contratuais essenciais no art. 10-A do Novo Marco, sob pena de nulidade contratual, prevendo inclusive o estabelecimento de metas de atendimento e a previsão financeira de possíveis fontes de receitas alternativas, complementares ou acessórias, metodologia de cálculo de eventual indenização relativa aos bens reversíveis não amortizados por ocasião da extinção do contrato e repartição de riscos entre as partes, o que gera um ambiente de segurança jurídica.

Por fim, aquela mudança que mais interessa ao consumidor é a forma de tarifação do serviço. O Novo Marco pretende substituir o modelo de tarifa cruzada,

¹⁶ GOMES. Camila Nicolai. **Os modelos público e híbrido de prestação dos serviços de saneamento básico: uma análise comparativa de eficiência do saneamento nos estados de Goiás e Tocantins**. 2020. 288 p. Mestrado – Universidade Federal de Goiás, Faculdade de Direito (FD), Programa de Pós-Graduação em Direito e Políticas Públicas, Goiânia, 2020. p. 45.

¹⁷ A alteração da titularidade do serviço de saneamento já está sendo debatida no Supremo Tribunal Federal quanto à possível inconstitucionalidade por violar a regra de competência. Tramitam no STF a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.492, apresentada ao STF pelo PDT (STF, 27/7/2020), e a ADI n. 6.536, proposta pelos partidos PC do B, PSOL, PSB e PT (STF, 1º/10/2020).

no qual o lucro proveniente da atividade em cidades rentáveis compensa o prejuízo das cidades deficitárias, gerando uma tarifa única nos estados onde imperam as concessões com empresas estaduais. A regionalização bem estruturada e a previsão da criação de um fundo compensatório financiado pelo Poder Público Federal, acompanhadas da priorização de regiões com menor índice de desenvolvimento, pretendem garantir a expansão da universalização do saneamento.

A formatação do novo modelo tarifário disposta nos arts. 29 e 30 da Lei n. 11.445/2007 prevê a cobrança de tarifa em conformidade com o princípio da sustentabilidade econômico-financeira, sendo mantido o subsídio¹⁸ no § 2º do art. 29 e no art. 31, também chamado de tarifa social, para garantir o acesso ao serviço pelos hipossuficientes econômicos.

A Lei Federal n. 14.026/2020 apresenta diversas vantagens com a alteração do marco regulatório do saneamento básico, mas caberá à sociedade civil a cobrança do acesso ao serviço enquanto direito fundamental à vida digna, especialmente no contexto da pandemia de covid-19, em que o acesso ao serviço básico de saneamento contribui para evitar a proliferação da doença, permitindo a higienização adequada para garantia da saúde.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como já afirmamos em outra oportunidade, é fundamental ao crescimento do Brasil a busca institucional de soluções para temas tão complexos como o meio ambiente, o saneamento básico e a universalização do acesso a água potável dentro de um contexto ecologicamente equilibrado. O novo Marco Legal do Saneamento Básico trouxe consideráveis mudanças em todo o sistema de gestão, controle e regulação das políticas federais de saneamento básico.

A água está no centro do desenvolvimento sustentável e humano. Os recursos hídricos e os serviços a eles associados sustentam os esforços desprendidos no imenso desafio de promover o desenvolvimento econômico, a erradicação da fome e da pobreza, e também vida digna para todos. O acesso à água e ao saneamento importa para todos os aspectos da dignidade humana: da segurança alimentar e energética à saúde humana e ambiental¹⁹.

O Poder Judiciário brasileiro tem avançado muito na busca da efetividade dos direitos. Essa afirmação é amparada pela qualidade das decisões que, cada vez

¹⁸ Lei n. 11.445/2007. Art. 3º - “VII – subsídios: instrumentos econômicos de política social que contribuem para a universalização do acesso ao saneamento básico por parte de populações de baixa renda”.

¹⁹ Disponível em: <http://www.agenda2030.com.br/ods/6/>. Acesso em: 10 maio 2021.

mais, têm emergido dos debates judiciais e que possuem um foco dirigido à concretização de direitos sociais. O direito ambiental tem tido uma especial deferência pelos tribunais pátrios.

Por fim, parafraseando o Ministro Luiz Fux, o saneamento como “premissa básica de saúde pública” e “gozo pleno da vida” está diretamente relacionado à dignidade da pessoa humana, à saúde e à cidadania, ou seja, está diretamente ligado à materialização de ações que reflitam de forma significativa na qualidade de vida do cidadão.

REFERÊNCIAS

AFONSO DA SILVA, José. **Direito ambiental constitucional**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BARROS, Raphael Tobias de Vasconcelos; CHERNICHARO, Carlos Augusto de Lemos; HELLER, Léo; SPERLING, Marcos Von. **Manual de Saneamento e Proteção Ambiental para os Municípios, volume II**. 1. ed. Belo Horizonte: Escola de Engenharia da UFMG, 1995. p. 13.

BRASIL. Lei n. 11.445, de 5 de janeiro de 2007. Estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico; altera as Leis n. 6.766, de 19 de dezembro de 1979, 8.036, de 11 de maio de 1990, 8.666, de 21 de junho de 1993, 8.987, de 13 de fevereiro de 1995; revoga a Lei n. 6.528, de 11 de maio de 1978; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 2007. Seção 1, p. 3.

BRASIL. Lei n. 13.089, de 12 de janeiro de 2015. Institui o Estatuto da Metrópole, altera a Lei n. 10.257, de 10 de julho de 2001, e dá outras providências. **Diário [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 12 jan. 2015. p. 2.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 6.492 – MC/DF. Relator Ministro Luiz Fux. **Diário de Justiça Eletrônico – DJE n. 194**. Brasília, 4 ago. 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5965908>. Acesso em: 20 nov. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI n. 6.536 – MC/DF**. Relator Ministro Luiz Fux. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5965908>. Acesso em: 20 nov. 2020.

BENJAMIN, Antonio Herman. Direito constitucional ambiental brasileiro. *In*:

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (org.). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2007.

BENJAMIN, Antonio Herman. O Princípio Poluidor-Pagador e a Reparação do Dano Ambiental. In: _____. **Dano ambiental**: prevenção, reparação e repressão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

CHINI, Alexandre. CAETANO, Marcelo Moraes. **Argumentação Jurídica**: Indo Além das Palavras. Brasília: Editora OAB Nacional, 2020.

GANEM, Roseli Senna. De Estocolmo À RIO+20: avanço ou retrocesso? **Cadernos ASLEGIS**, n. 45, p. 31-62, jan./abr. 2012.

GOMES, Camila Nicolai. **Os modelos público e híbrido de prestação dos serviços de saneamento básico**: uma análise comparativa de eficiência do saneamento nos estados de Goiás e Tocantins. 2020. 288 p. Mestrado – Universidade Federal de Goiás, Faculdade de Direito (FD), Programa de Pós-Graduação em Direito e Políticas Públicas, Goiânia, 2020.

HELLER, Léo; PÁDUA, Valter Lúcio de (Orgs.). **Abastecimento de água para consumo humano**. 2. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2010. Vol. 1. Cap. 1. p. 33.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE – OMS. [World Health Organization – WHO]. **Guidelines On Sanitation and Health**. Geneva: World Health Organization; 2018. Disponível em: <https://portal.fiocruz.br/noticia/oms-lanca-diretrizes-sobre-saneamento-e-saude>. Acesso em: 12 maio 2021.

ODS 6 E OS DESAFIOS DO ESTADO DE DIREITO AMBIENTAL: o acesso universal ao serviço de saneamento básico

Isabella Franco Guerra*
Leonardo Zulato Barbosa*

RESUMO: A Constituição Federal de 1988 assegurou o direito fundamental ao meio ambiente equilibrado. Lacunas na regulamentação deste ocasionaram a não implementação de direitos socioambientais, a exemplo do saneamento básico. Como programa de ação para a solução do problema, adotou-se a Agenda 2030 e um novo marco para o saneamento básico, cabendo ação civil pública para a efetivação desse programa.

Palavras-chave: Saneamento básico. Agenda 2030. Lei Nacional. Direitos socioambientais. Ação civil pública.

ABSTRACT: The Federal Constitution of 1988 guaranteed the fundamental right to a balanced environment. Gaps in the regulation of this led to the non-implementation of social and environmental rights, such as basic sanitation. As an action program to solve the problem, the 2030 Agenda and a new framework for basic sanitation were adopted, with public civil action being required to implement this program.

Keywords: Sanitation. 2030 Agenda. National law. Social-environmental rights. Public civil action.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Estado de Direito Ambiental e os desafios para a sua efetividade. 3 Agenda 2030 e o Saneamento Básico. 4 Direitos socioambientais na CRFB/88. 5 Lei Geral do Saneamento Básico no Brasil. 6 ACP e Saneamento Básico. 7 Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

O tema do saneamento básico está relacionado às prestações positivas por parte do Estado a fim de assegurar o acesso universal ao mínimo existencial. Nesse

* Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNESA – Universidade Estácio de Sá, Professora do Curso de Graduação em Direito da PUC-Rio, Doutora em Direito pela UNESA, Mestre em Direito pela PUC-Rio.

* Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Mestrando pela UNESA – Universidade Estácio de Sá.

âmbito, a análise no presente artigo irá partir da concepção dos direitos humanos fundamentais e sua respectiva essencialidade para a dignidade. Serão estabelecidas as interfaces intergeracionais que o direito ao saneamento comporta, de modo que este será relacionado ao direito à saúde, ao meio ambiente hígido e a própria vida.

O Estado brasileiro assumiu compromissos perante a Comunidade Nacional de agir para alcançar as metas da Agenda 2030, nesse sentido, cumprir a ODS 6 significa garantir à população o acesso ao serviço público de saneamento básico.

Assim, o objeto de estudo suscitou em uma primeira etapa explicar o conceito de Estado de Direito Ambiental, apontar suas lacunas e relacioná-las às questões socioambientais. Desse modo, além da identificação dos fundamentos constitucionais do Estado de Direito Ambiental, também foi levantada a questão da responsabilidade do Poder Público de garantir a todos o acesso ao serviço público de saneamento básico.

Sem deixar de analisar o novo marco legal do saneamento básico, a questão será tratada pelo viés da Agenda 2030, considerando o objetivo 6 do desenvolvimento sustentável, e da tutela coletiva brasileira, em especial pela análise da ação civil pública enquanto meio processual que abre caminho para judicialmente buscar a efetividade dos direitos socioambientais.

As especificidades do tema colocam a necessidade do tratamento interdisciplinar, tendo sido o estudo desenvolvido com base nos Tratados Internacionais, na Constituição brasileira e na legislação infraconstitucional, tendo sido realizada a revisão bibliográfica do tema.

2 ESTADO DE DIREITO AMBIENTAL E OS DESAFIOS PARA A SUA EFETIVIDADE

Estado de Direito Ambiental significa a existência de bases legais para a justiça ambiental, ele é essencial para o desenvolvimento sustentável e para a governança ambiental, a partir de referenciais éticos fornece os fundamentos para os direitos e obrigações ambientais¹. Seu sentido expressa que as decisões ambientais devem contar com a participação pública, garantia de transparência e de prestação de contas. Trata-se de um princípio de governança segundo o qual todas as pessoas, instituições e entidades, pública ou privada, e o próprio Estado incluído, estão

¹ UN Environmental Programme. Promoting Environmental Rule of Law. Disponível em: <https://www.unep.org/explore-topics/environmental-rights-and-governance/what-we-do/promoting-environmental-rule-law>. Acesso em: 03 nov. 2021.

submetidos às leis, que devem ser efetivadas com isonomia e devem estar em consonância com as normas internacionais de direitos humanos².

O Estado de Direito Ambiental, expressão formulada na Alemanha, acabou sendo previsto, de certa forma, no artigo 20a de sua Lei Fundamental (*Grundgesetz*)³, e propõe uma reformulação epistemológica do Estado Democrático de Direito na medida em que acresce a este último o prisma de que a proteção ambiental não é apenas uma tarefa estatal, mas também a baliza para suas decisões e atuações procedimentais⁴. E isso porque o programa político de ação deve reconhecer o meio ambiente equilibrado como premissa para o exercício de todos os demais direitos fundamentais (liberais ou sociais).

Com o intuito de alcançar esse objetivo, diversas normas internacionais, ao longo dos anos, reconheceram a proteção ao meio ambiente como aspecto essencial ao desenvolvimento dos Estados, iniciando-se a questão na Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente Humano, em Estocolmo, 1972⁵.

Contudo, diversas lacunas do Estado de Direito Ambiental impediram a efetividade das normas ambientais, como, por exemplo, a patente ausência de responsabilização dos governantes em relação ao não cumprimento dos comandos normativos que asseguram o meio ambiente equilibrado; a quase inexistente prestação de contas das políticas públicas ambientais adotadas etc. Tanto esses problemas são os mais recorrentes que a Comissão da União Europeia realizou estudo⁶ para avaliar a governança ambiental dos seus países membros justamente nos aspectos da transparência, participação, acesso à Justiça e prestação de contas, identificando como equívocos a falta de capacidade administrativa e financeira dos Estados, inexistência de coordenação entre os membros internamente e externamente, entre outras questões.

No caso brasileiro, em pleno século XXI a metade da população brasileira não tem acesso ao serviço público essencial de esgotamento sanitário e ainda é grande o déficit

² UNITED NATIONS, Security Council. **The rule of law and transitional justice in conflict and post-conflict society**. Report of the Secretary-General. S/2004/616. 23 Aug. 2004. Disponível em: <https://www.un.org/ruleoflaw/files/2004%20report.pdf>. Acesso em: 03 nov. 2021.

³ ALEMANHA. **Lei Fundamental da República Federal da Alemanha** (1943). Disponível em: <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>. Acesso em: 04 nov. 2021.

⁴ KLOPFER, Michael. A Caminho do Estado Ambiental? A transformação do sistema político e econômico da República Federal da Alemanha através da proteção ambiental especialmente desde a perspectiva da ciência jurídica. In: _____. **Estado Socioambiental e Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, cap. II, p. 43.

⁵ RELATO DA CONFERÊNCIA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O MEIO AMBIENTE HUMANO. Disponível em: https://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/CONF.4/8/14/REV.1 Acesso em: 04 nov. 2021.

⁶ THE ENVIRONMENTAL IMPLEMENTATION REVIEW. Disponível em: <https://ec.europa.eu/environment/eir/pdf/2019-Env%20governance%20IEEP%20EGA%20study-published.pdf>. Acesso em: 04 nov. 2021.

de acesso à água potável. Esse é um exemplo que denota as graves disparidades sociais e regionais, pois as regiões norte e nordeste têm um déficit maior de acesso se comparada à prestação desse serviço na região sudeste⁷. Mais, o painel de saneamento do Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento (SNIS)⁸ informa que, em relação ao manejo de resíduos sólidos, outro aspecto do saneamento básico, segundo a Lei n.º 11.445/2007, apenas 38,7% dos Municípios possuem coleta seletiva.

A presente pesquisa se restringe ao saneamento básico em seu conceito estrito, mas os dados estatísticos acima denotam a ausência de implementação das políticas ambientais e a não implementação do Estado de Direito Ambiental no Brasil.

3 AGENDA 2030 E O SANEAMENTO BÁSICO

O acesso à água limpa e ao saneamento básico é um direito humano essencial para o pleno gozo da vida e de todos os outros direitos humanos⁹, conforme reconhecido formalmente pela Assembleia Geral das Nações Unidas por meio de sua Resolução A/RES/64/292 de julho de 2010.

Antes desse reconhecimento formal, a questão fora tratada em diversos documentos internacionais¹⁰ sem se considerar este acesso como um dos prismas dos direitos humanos. Como exemplo, merecem ser citados a Conferência da ONU sobre a Água de Mar Del Plata de março de 1977 e a Conferência Internacional sobre a Água e o Desenvolvimento Sustentável de Dublin em janeiro de 1992, específicas sobre o tema; além das conferências e fóruns não específicos sobre recursos hídricos, como a Conferência das Nações Unidas sobre o Ambiente e o Desenvolvimento (ECO-92). Estas convenções e conferências, a exemplo desta última em seu capítulo 18 da Agenda 21¹¹, reconheceram de forma concisa o direito do ser humano à água potável, em regra, e como uma necessidade básica.

Tal normatização mais ampla implicou na dúvida acerca da vinculação desse direito para os Estados. Com o intuito de afastar essa indagação, o Conselho dos

⁷ TRATA BRASIL. **Painel Saneamento Brasil**. Disponível em: <https://www.painelsaneamento.org.br/saneamento-mais/index?id=2&S%5Bid%5D=3>. Acesso em: 03 nov. 2021.

⁸ Painel de saneamento do Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento. Disponível em: <http://www.snis.gov.br/painel-informacoes-saneamento-brasil/web/painel-setor-saneamento>. Acesso em: 04 nov. 2021.

⁹ ONU. **Resolução adotada pela Assembleia Geral em 28 de julho de 2010**. Disponível em: <https://undocs.org/A/RES/64/292>. Acesso em: 02 nov. 2021.

¹⁰ Disponível em: https://www.un.org/waterforlifedecade/pdf/human_right_to_water_and_sanitation_milestones_por.pdf. Acesso em: 02 nov. 2021.

¹¹ United Nations Department of Economic and Social Affairs. Disponível em: <https://www.un.org/esa/dsd/agenda21/>. Acesso em: 07 nov. 2021.

Direitos Humanos, em sua Resolução A/HRC/RES 15/9 de setembro de 2010¹², afirmou que os direitos à água e ao saneamento fazem parte do direito internacional existente e que esses são vinculativos para os Estados.

Nesse prisma, em setembro 2015, os países membros das Nações Unidas adotaram uma política internacional para o desenvolvimento sustentável, a Agenda 2030. Dentre os 17 Objetivos do Desenvolvimento Sustentável que configuram metas da Agenda 2030¹³, o sexto diz respeito justamente à água limpa e universalização do acesso ao saneamento básico.

Nesta, estabeleceram-se metas e prazos para o seu cumprimento. Até 2030, por exemplo, estabeleceu-se a meta de acesso universal e equitativo de água e saneamento básico para todos. Ressalte-se que a terceira meta é melhorar a qualidade da água, reduzindo a poluição, eliminando despejo e minimizando a liberação de produtos químicos e materiais perigosos, reduzindo à metade a proporção de águas residuais não tratadas e aumentando substancialmente a reciclagem e reutilização segura globalmente.

Ocorre que essas metas, aparentemente, não serão alcançadas se não houver uma mudança no programa de ação brasileiro para o saneamento básico. Como dito acima, o painel de saneamento do SNIS¹⁴ revela índice de 83,7% com atendimento de rede de água e 54,1% com rede de esgoto.

Sublinhe-se que o Plano Nacional de Saneamento Básico, em 2014, calculava a necessidade de investimento da ordem de R\$ 304 bilhões entre 2011 a 2030 para a universalização dos serviços de água e esgoto¹⁵. Ao contrário da previsão do plano acima mencionado, nos últimos anos, a exemplo de 2020, houve a redução dos investimentos em saneamento básico de R\$ 835,5 milhões em 2019 para R\$ 661 milhões em 2020¹⁶, a demonstrar que provavelmente as metas da Agenda 2030 não serão alcançadas.

¹² United Nations. Disponível em: https://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/HRC/RES/15/9. Acesso em: 03 nov. 2021.

¹³ UNITED NATIONS, Department of Economic and Social Affairs. Transforming our world: the 2030 Agenda for Sustainable Development (Transformando o Nosso Mundo: A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável). Disponível em: <https://sdgs.un.org/2030agenda>. Acesso em: 03 nov. 2021.

¹⁴ Painel de saneamento do Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento. Disponível em: <http://www.snis.gov.br/painel-informacoes-saneamento-brasil/web/painel-setor-saneamento>. Acesso em: 04 nov. 2021.

¹⁵ Panorama do Saneamento Básico no Brasil. Disponível em: https://www.gov.br/mdr/pt-br/assuntos/saneamento/plansab/panorama_vol_05.pdf. Acesso em: 04 nov. 2021

¹⁶ Portal do Saneamento Básico. Disponível em: <https://saneamentobasico.com.br/outros/gera-l/governo-recursos-saneamento-basico/>. Acesso em: 04 nov. 2021.

Assim, a necessidade de utilização de remédios para assegurar os direitos fundamentais será essencial, bem como de instrumentos que não dependam exclusivamente de recursos públicos.

4 DIREITOS SOCIOAMBIENTAIS NA CRFB/88

Os direitos fundamentais em suas várias dimensões foram positivados pela Constituição de 1988 e recebem assim, no Direito brasileiro, o manto da proteção da supremacia constitucional, colocados em seu núcleo intangível.

É importante compreender as interligações entre esses direitos, que não se excluem, ao contrário, no caso dos direitos sociais à saúde, ao saneamento básico, à moradia digna, eles se completam, cabendo chamar a atenção também para o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, pois esses direitos são essenciais para o mínimo existencial¹⁷ e dignidade humana.

As características e relações entre os direitos humanos foram ressaltadas no art. 5º da Declaração e Programa de Ação de Viena (1993) promulgada na Segunda Conferência Mundial sobre Direitos Humanos, sendo eles universais, interdependentes e inter-relacionados¹⁸.

Portanto, é preciso assegurar o ambiente hígido para se viver com saúde, da mesma forma que é preciso ter acesso à água potável e tratamento de esgoto para se obter a sadia qualidade de vida.

No artigo 6º da CRFB/88¹⁹ estão previstos os direitos sociais, dentre eles estão expressos os direitos à saúde e à moradia digna.

Por óbvio, a moradia digna implica que o local da habitação seja salubre, que o acesso à água potável esteja garantido e que haja o adequado sistema de coleta de esgoto. Tanto é assim que a Constituição²⁰, ao cuidar da partilha de competências

¹⁷ Tiago Fensterseifer explica que o mínimo existencial “dá forma a *posições jurídicas originárias*, detentoras de jusfundamentalidade e sindicalidade, não dependendo de intermediação do legislador infraconstitucional para se tornarem exigíveis.” FENSTERSEIFER, Tiago. **A Legitimidade da Defensoria Pública para a Tutela Coletivas dos Direito Sociais Fundamentais**: mínimo existencial, ação civil pública e controle judicial de políticas públicas. Disponível em: https://www.anadep.org.br/wtksite/cms/conteudo/20616/Tiago_Fensterseifer_-_DPSP_.pdf. Acesso em: 03 nov. 2021.

¹⁸ Conferência de Direitos Humanos- Viena- 1993. **DHNet**. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/viena/viena.html>. Acesso em: 03 nov. 2021.

¹⁹ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 30 out. 2021.

²⁰ “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; (Vide ADPF 672) [...]” BRASIL.

federativas, determinou à União, Distrito Federal, aos estados-membros e municípios “promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico”. Locais insalubres colocam em risco a saúde da população e são indicadores da vulnerabilidade social.

Esses direitos envolvem as prestações positivas por parte do Estado, nesse sentido, compete ao Poder Público assegurar as condições para a universal fruição desses direitos. Portanto, as políticas públicas têm o condão de delinear as ações estatais para a promoção desses direitos, pois a efetividade destes significa inclusão social, segurança, bem-estar e dignidade humana.

Sobre o dever de o Estado promover as ações para assegurar o mínimo existencial, Tiago Fensterseifer²¹ explica que “o seu conteúdo não se encontra na esfera de discricionariedade do legislador e do administrador, podendo, por conta disso, ser passível de controle judicial diante da omissão dos demais poderes em garantir a todos os cidadãos tal bem-estar mínimo”.

Em relação ao saneamento básico propriamente dito, a Constituição da República²², em seu artigo 200, IV, prevê a competência ao sistema único de saúde para a participação na formulação da política e da execução das ações de saneamento básico; e em seu artigo 21, XX, define a competência da União para instituir diretrizes para o saneamento básico, e a competência comum da União, Estados e Municípios, para a promoção de programas de melhoria das condições de saneamento básico, em seu artigo 23, IX.

Para isso, a União regulamentou as diretrizes do saneamento básico através da Lei n.º 11.445/2007.

5 LEI GERAL DO SANEAMENTO BÁSICO NO BRASIL

O saneamento básico é um serviço público essencial de caráter continuado e de acesso universal, atribuído no artigo 23, inciso IX a todos os entes políticos da Federação, tendo em vista a de competência comum. A competência para legislar sobre essa matéria está prevista no artigo 21, XX, como dito acima, tendo a União normatizada a questão.

Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 30 out. 2021

²¹ FENSTERSEIFER, Tiago. **A Legitimidade da Defensoria Pública para a Tutela Coletivas dos Direito Sociais Fundamentais: mínimo existencial, ação civil pública e controle judicial de políticas públicas**. Disponível em: https://www.anadep.org.br/wtksite/cms/conteudo/20616/Tiago_Fensterseifer_-_DPSP_.pdf. Acesso em: 03 nov. 2021.

²² BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 04 nov. 2021.

Em janeiro de 2007, foi publicada a Lei n.º 11.445, que regulamentou todas as diretrizes sobre o saneamento básico no Brasil²³. Em julho de 2020, houve alteração desse quadro normativo com a entrada em vigor da Lei n.º 14.026. Essa lei tem natureza de norma geral e estabelece como guia 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.

A lei, diferentemente da ODS 6, amplia o conceito de saneamento básico para além do conceito previsto pela ONU. Segundo a norma pátria, o saneamento básico engloba o abastecimento de água potável e o esgotamento sanitário, como a ODS 6, mas vai além ao prever a limpeza urbana, o manejo de resíduos sólidos e a drenagem e manejo de águas pluviais como aspectos do saneamento básico.

Além disso, a universalização progressiva prevista na Lei Geral do Saneamento Básico prevê a sua implementação até 2033, e não 2030.

A lei em questão ainda pretendeu regular aspectos fundamentais da governança ambiental. Em relação à transparência, essa é considerada princípio para a prestação do serviço público de saneamento básico, nos exatos termos do artigo 3º, IX.

Já a participação foi autorizada através do controle social definido como o conjunto de procedimento e mecanismos que asseguram à sociedade informações, planejamento, representações técnicas e a avaliação do serviço público de saneamento básico, conforme previsão do artigo 3º, II. Normatizou-se, ainda, como condição de validade dos contratos de concessão ou programa para a prestação do serviço público de saneamento básico a existência de cláusula que estipule os mecanismos de controle social, na forma do artigo 11, §2º, V. Por fim, autorizou a participação dos usuários nos órgãos colegiados que sejam criados para a realização deste controle social, nos termos do artigo 47, IV.

Mais, dentro do ordenamento jurídico brasileiro também se regulamenta as regras de governança corporativa através do regime jurídico das empresas públicas e sociedades de economia mista prevista na Lei n.º 13.303/2016²⁴, que pode ser utilizada para os casos de prestação de serviço de saneamento básico em razão do artigo 175 da Constituição da República. O artigo 6º da lei mencionada acima prevê que os estatutos devem observar regras de governança corporativa, de transparência e de estruturas,

²³ BRASIL. **Lei n.º 11.445, 11 de janeiro de 2007**. Estabelece as diretrizes nacionais para o saneamento básico. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/11445.htm. Acesso em: 04 nov. 2021.

²⁴ BRASIL. **Lei nº 13.303, 30 de junho de 2016**. Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113303.htm. Acesso em: 04 nov. 2021.

práticas de gestão de riscos e de controle interno. Verdadeiro programa de *compliance*, a lei planeja o seu programa para a avaliação de riscos, desenvolvimento de ambiente ético, desenvolvimento de controle, estruturação e monitoramento.

Assim, o quadro normativo e as diretrizes previstas pela União revelam a tentativa de regulamentar uma governança ambiental apta a resolver a questão.

O problema, entretanto, ainda se verifica e a ausência de implementação do saneamento básico é patente, como visto pelos dados estatísticos postos nesse artigo. Alguns aspectos podem ser mencionados para a não implementação da questão em igualdade ao estudo europeu sobre o tema mencionado acima.

A falta de coordenação entre os entes públicos sobrecarrega o Município em sua atribuição, que, em alguns casos, padece de conhecimento técnico e financeiro, como mencionado no diagnóstico europeu. Neste ponto, reforce-se que houve a recente redução dos investimentos efetivados no saneamento básico, sendo que estes sequer cumprem a estimativa prevista pela própria União, da ordem de R\$ 300 bilhões, até 2033. O novo marco regulatório, inclusive, autorizou a maior participação dos particulares na prestação do serviço em questão através de diversos instrumentos, o que, aparentemente, tem gerado um aumento desse investimento²⁵.

Ademais, o processo de acompanhamento da política pública em questão tem se mostrado confuso na medida em que o poder concedente ou prestador do serviço público, em regra, possui uma regulação não unificada.

Neste diapasão, a ausência de implementação da política pública acaba por desembocar no acesso à Justiça, visto que esta é inafastável no Brasil. E o remédio que se utiliza para a tentativa de implementação do saneamento básico, direito difuso, é a ação civil pública, como regra.

6 ACP E SANEAMENTO BÁSICO

A ação civil pública, prevista na lei nº 7.347 de 1985²⁶ é um importante instrumento do processo coletivo brasileiro, cuja leitura sistemática e integrada ao

²⁵ NEUMAM, Camila. Um ano após novo marco, 33% dos investimentos em saneamento são do setor privado. **CNN BRASIL**, 27 jul. 2021. “Um ano após a publicação do novo marco legal do saneamento básico (Lei 14.026) do país, a iniciativa privada corresponde a um terço dos investimentos no setor, segundo dados apresentados nesta terça-feira (27) pela Associação Brasileira das Concessionárias Privadas de Serviços Públicos de Água e Esgoto (Abcon) e pelo Sindicato Nacional das Concessionárias Privadas de Serviços Públicos de Água e Esgoto (Sindicom).” Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/business/um-ano-apos-novo-marco-33-dos-investimentos-em-saneamento-sao-do-setor-privado/>. Acesso em: 04 nov. 2021.

²⁶ BRASIL, **Lei nº 7.347, 24 de julho de 1985**. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético,

Código de Defesa do Consumidor – Lei nº 8078 de 1990²⁷, permite identificar a amplitude de seu objeto.

Segundo Tiago Fensterseifer:

[...] diante da ocorrência de omissão estatal para com o seu dever constitucional de assegurar o acesso aos direitos fundamentais sociais (ao menos no tocante ao conteúdo do mínimo existencial), estará autorizado o Poder Judiciário a corrigir tal descumprimento do comando constitucional. Com tal premissa, poderá ser imposta à Administração a adoção de medidas negativas (cessar a atividade estatal lesiva ao direito à saúde ou ao direito à moradia) ou mesmo prestações (fornecer medicamento ou tratamento médico, implantar rede de tratamento de esgoto ou garantir vaga em creche).²⁸

Assim, o instrumento processual em testilha visa corrigir a omissão parcial ou total do Poder Público na implementação de políticas públicas que concretizem direitos fundamentais nas hipóteses em que não há discricionariedade do administrador.

No caso do saneamento básico, é indiscutível o cabimento da ação civil pública, na forma da previsão legal do artigo 1º, I.

Mais, o artigo 45 da Lei 11.445 é claro, por exemplo, ao determinar que todas as edificações permanentes urbanas devem estar conectadas às redes públicas de abastecimento de água e de esgoto disponíveis, sujeitando os usuários ao pagamento do valor devido pelo serviço prestado. Quando não houver rede, é admitida a solução individual. Ou seja, trata-se de solução excepcional.

Neste prisma, não cabe ao administrador se negar a fornecer a coleta de esgoto sem uma justificativa absolutamente excepcional²⁹.

histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17347orig.htm. Acesso em: 30 out. 2021.

²⁷ BRASIL. **Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm. Acesso em: 30 out. 2021.

²⁸ FENSTERSEIFER, Tiago. A Legitimidade da Defensoria Pública para a Tutela Coletivas dos Direitos Sociais Fundamentais: mínimo existencial, ação civil pública e controle judicial de políticas públicas. Disponível em: https://www.anadep.org.br/wtksite/cms/conteudo/20616/Tiago_Fensterseifer_-_DPSP_.pdf. Acesso em: 03 nov. 2021.

²⁹ BRASIL. STJ - **REsp 1.366.331/RS**. ADMINISTRATIVO. PROCESSO CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. REDE DE ESGOTO. VIOLAÇÃO AO ART. 45 DA LEI N. 11.445/2007. OCORRÊNCIA. DISCRICIONARIEDADE DA ADMINISTRAÇÃO. RESERVA DO POSSÍVEL. MÍNIMO EXISTENCIAL. No caso descrito, não pode haver discricionariedade do Poder Público na implementação das obras de saneamento básico. A não observância de tal política pública fere aos princípios da dignidade da pessoa humana, da saúde e do meio ambiente equilibrado. Mera alegação de ausência de previsão orçamentária não afasta a obrigação de garantir o mínimo existencial. O município não provou a inexistência dos

A ação civil pública, portanto, mostra-se como instrumento eficiente para a implementação de política pública de saneamento básico quando há omissão do Poder Público na realização desse direito fundamental.

Ressalte-se que a resolução da questão pela via judicial, apesar de absolutamente necessária e cabível, limita-se ao pretendido nos autos, o que pode, por via oblíqua, ocasionar o reforço das desigualdades regionais, já apresentada nesse artigo. A possível solução para o problema seria, na mesma medida do novo marco regulatório do saneamento básico, a regionalização das questões postas em Juízo, como forma eficiente de implementação do saneamento básico, sem se olvidar dos recursos hídricos e das bacias hidrográficas que o servem, prevenindo os danos ambientais regionais.

Nesse mesmo prisma, na hipótese de descumprimento dos programas de ação propostos pelos próprios administradores, seja pela adesão à Agenda 2030 ou pela regulamentação de um novo marco para o saneamento básico, é certo que todo o planejamento e a sua execução é passível de controle pela via da ação civil pública. E isso porque a implementação do direito fundamental em testilha ultrapassa o interesse momentâneo do agente público e deve seguir rigorosamente o planejamento proposto pelo próprio Brasil de universalização progressiva do saneamento básico.

7 CONCLUSÃO

O Brasil estreitou laços com o Estado de Direito Ambiental ao prever como seu fundamento a dignidade da pessoa humana e reconhecer o meio ambiente equilibrado como direito fundamental.

Ocorre que as lacunas existentes no sistema de implementação de direitos socioambientais proporcionaram, por muito tempo, a ausência de interesse dos administradores na execução dessas políticas públicas. E isso porque não havia previsão de responsabilidades por omissão dos administradores ou a necessidade de prestação de contas de suas ações. Mais, não havia coordenação entre os entes, conhecimento técnico e financeiro para a realização de direitos fundamentais. O quadro acima ocasionou, no saneamento básico, por exemplo, um déficit na prestação do serviço público de maneira substancial, a ponto de quase metade da população brasileira não ter acesso ao serviço em questão.

pedidos da ação civil pública. Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: Município de São Jerônimo. Relator: Ministro HUMBERTO MARTINS Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201201255122&dt_publicacao=19/12/2014. Acesso em: 07 nov. 2021.

Com o intuito de resolver a problemática, o Brasil aderiu a Agenda 2030 e instituiu um novo marco para o saneamento básico, programas de ação e política públicas que possuem diretrizes e regras para a universalização do serviço público em testilha, produzindo o prognóstico de resolução da questão em um plano com prazo razoável para o seu cumprimento.

A regulamentação do tema proporcionou, ainda, a apropriação de conceitos empresariais de *compliance*, com as normas planejando o seu programa para a avaliação de riscos, desenvolvimento de ambiente ético e de controle, estruturação regional para suprir a ausência de conhecimento técnico dos entes públicos menores e monitoramento das ações, com a ampliação da participação social.

Em contrapartida, é certo que, nos últimos anos, houve uma redução dos investimentos necessários para a implementação universal da política pública de saneamento básico, como acima noticiado, a demonstrar que a opção do legislador pelo incremento da participação de verbas particulares na prestação do serviço público em questão pode ser uma via alternativa interessante, devendo ser reforçado o controle social com o intuito de evitar a ampliação das desigualdades regionais.

O programa de ações instituído pelo governo, além disso, é passível de controle por via judicial.

A ação civil pública se mostra como instrumento processual adequado para o controle das omissões do administrador no cumprimento de sua própria agenda, meta e propostas, tudo com o intuito de promover a efetividade dos direitos socioambientais, ressaltando-se que, nesse procedimento, cabem a participação popular, a publicidade dos atos e a construção da resolução adequada da questão.

REFERÊNCIAS

ALEMANHA, **Lei Fundamental da República Federal da Alemanha** (1943). Disponível em: <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>. Acesso em: 04 nov. 2021.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 30 out. 2021.

BRASIL. **Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985**. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá

outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17347orig.htm . Acesso em: 30 out. 2021.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm. Acesso em: 30 out. 2021.

BRASIL. Lei nº 11.445, de 05 de janeiro de 2007. Estabelece as diretrizes nacionais para o saneamento básico. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/11445.htm. Acesso em: 04 nov. 2021.

BRASIL. Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016. Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113303.htm. Acesso em: 04 nov. 2021.

BRASIL. STJ - REsp 1.366.331/RS. ADMINISTRATIVO. PROCESSO CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. REDE DE ESGOTO. VIOLAÇÃO AO ART. 45 DA LEI N. 11.445/2007. OCORRÊNCIA. DISCRICIONARIEDADE DA ADMINISTRAÇÃO. RESERVA DO POSSÍVEL. MÍNIMO EXISTENCIAL. No caso descrito, não pode haver discricionariedade do Poder Público na implementação das obras de saneamento básico. A não observância de tal política pública fere aos princípios da dignidade da pessoa humana, da saúde e do meio ambiente equilibrado. Mera alegação de ausência de previsão orçamentária não afasta a obrigação de garantir o mínimo existencial. O município não provou a inexecutabilidade dos pedidos da ação civil pública. Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: Município de São Jerônimo. Relator: Ministro HUMBERTO MARTINS Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201201255122&dt_publicacao=19/12/2014. Acesso em: 07 nov. 2021.

CONFERÊNCIA DE DIREITOS HUMANOS- Viena- 1993. DHNet. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/viena/viena.html>. Acesso em: 03 nov. 2021.

FENSTERSEIFER, Tiago. A Legitimidade da Defensoria Pública para a Tutela Coletivas dos Direito Sociais Fundamentais: mínimo existencial, ação civil pública e controle judicial de políticas públicas. Disponível em: https://www.anadep.org.br/wtksite/cms/conteudo/20616/Tiago_Fensteresifer_-_DPSP_.pdf. Acesso em: 03 nov. 2021.

KLOPFER, Michael. A Caminho do Estado Ambiental? A transformação do sistema político e econômico da República Federal da Alemanha através da proteção ambiental especialmente desde a perspectiva da ciência jurídica. In: _____. **Estado Socioambiental e Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

NEUMAM, Camila. Um ano após novo marco, 33% dos investimentos em saneamento são do setor privado. **CNN BRASIL**, 27 jul. 2021. “Um ano após a publicação do novo marco legal do saneamento básico (Lei 14.026) do país, a iniciativa privada corresponde a um terço dos investimentos no setor, segundo dados apresentados nesta terça-feira (27) pela Associação Brasileira das Concessionárias Privadas de Serviços Públicos de Água e Esgoto (Abcon) e pelo Sindicato Nacional das Concessionárias Privadas de Serviços Públicos de Água e Esgoto (Sindicom).” Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/business/um-ano-apos-novo-marco-33-dos-investimentos-em-saneamento-sao-do-setor-privado/>. Acesso em: 04 nov. 2021.

ONU. **Resolução adotada pela Assembleia Geral em 28 de julho de 2010**. Disponível em: <https://undocs.org/A/RES/64/292>. Acesso em: 02 nov. 2021.

PAINEL DE SANEAMENTO DO SISTEMA NACIONAL DE INFORMAÇÕES SOBRE SANEAMENTO. Disponível em: <http://www.snis.gov.br/painel-informacoes-saneamento-brasil/web/painel-setor-saneamento>. Acesso em: 04 nov. 2021.

PANORAMA DO SANEAMENTO BÁSICO NO BRASIL. Disponível em: https://www.gov.br/mdr/pt-br/assuntos/saneamento/plansab/panorama_vol_05.pdf. Acesso em: 04 nov. 2021.

PLATAFORMA AGENDA 2030. Disponível em: <http://www.agenda2030.org.br/ods/6/>. Acesso em: 03 nov. 2021.

PORTAL DO SANEAMENTO BÁSICO. Disponível em: <https://saneamentobasico.com.br/outros/geral/governo-recursos-saneamento-basico/>. Acesso em: 04 nov. 2021.

RELATO DAS CONFERÊNCIA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O MEIO AMBIENTE HUMANO. Disponível em: https://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/CONF.48/14/REV.1 Acesso em: 04 nov. 2021.

TRATA BRASIL. **Painel Saneamento Brasil**. Disponível em: <https://www.painelsaneamento.org.br/saneamento-mais/index?id=2&S%5Bid%5D=3>. Acesso em: 03 nov. 2021.

UN Environmental Programme. **Promoting Environmental Rule of Law**. Disponível em: <https://www.unep.org/explore-topics/environmental-rights-and-governance/what-we-do/promoting-environmental-rule-law>. Acesso em: 03 nov. 2021.

UNITED NATIONS, Department of Economic and Social Affairs. **Transforming our world: the 2030 Agenda for Sustainable Development** (Transformando o Nosso Mundo: A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável). Disponível em: <https://sdgs.un.org/2030agenda>. Acesso em: 03 nov. 2021.

UNITED NATIONS, Security Council. **The rule of law and transitional justice in conflict and post-conflict society**. Report of the Secretary-General. S/2004/616. 23 Aug. 2004. Disponível em: <https://www.un.org/ruleoflaw/files/2004%20report.pdf>. Acesso em: 03 nov. 2021.

REGULAÇÃO POR AGÊNCIA NO CONTEXTO DO NOVO MARCO LEGAL DO SANEAMENTO BÁSICO

Joel Ilan Paciornik*

Fernando Quadros da Silva*

SUMÁRIO: 1 Novo marco legal e a forma ampliada de provisão dos serviços públicos de água e saneamento básico. 2 Agências reguladoras no ordenamento brasileiro. 2.2 O déficit democrático e controle da Administração. 2.3 A natureza dos atos praticados pelas agências reguladoras. 3 As novas atribuições da Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico – ANA. 3.1 A nova Lei das Agências e o aperfeiçoamento do processo decisório. 4 Considerações finais.

1 NOVO MARCO LEGAL E A FORMA AMPLIADA DE PROVISÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS DE ÁGUA E SANEAMENTO BÁSICO

A tão aguardada Lei nº 14.026, de 15 de julho de 2020 atualizou o marco legal do saneamento básico introduzindo sensíveis alterações nas políticas relacionadas à prestação dos serviços públicos essenciais que abrangem a oferta de água potável e universalização da coleta e tratamento de esgotos.

O festejado diploma legal alterou substancialmente a Lei nº 11.445/2007 (que Estabelece as diretrizes nacionais para o saneamento básico). Alterou também as seguintes normas: Lei nº 9.984/2000, para atribuir à Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico - ANA competência para instituir normas de referência para a regulação dos serviços públicos de saneamento básico; Lei nº 10.768/2003, para alterar o nome e as atribuições do cargo de Especialista em Recursos Hídricos; Lei nº 11.107/2005, para vedar a prestação por contrato de programa dos serviços públicos de que trata o art. 175 da Constituição Federal; Lei nº 12.305/2010, para tratar de prazos para a disposição final ambientalmente adequada dos rejeitos; Lei nº

* Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS, doutorando pelo Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP, Graduado em Direito pela Faculdade de Direito de Curitiba. Foi advogado, Procurador do Município de Curitiba, Juiz de Direito no Paraná, Juiz Federal, Juiz do Tribunal Regional Eleitoral do Paraná e Desembargador no Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Foi professor de direito no ensino superior e em curso de pós-graduação. É conferencista e autor de diversos livros e artigos.

* Desembargador no Tribunal Regional Federal da 4ª Região, Doutor em Direito pela UFRGS, Mestre em Direito pela UFPR, Especialista em Direito Penal pela UNB e graduado pela Faculdade de Direito de Curitiba. Autor de livros e artigos.

13.089/2015 (Estatuto da Metrópole), para estender seu âmbito de aplicação a Unidades Regionais; e Lei nº 13.529/2017, para autorizar a União a participar de fundo com a finalidade exclusiva de financiar serviços técnicos especializados.

Conforme parâmetros ditados pelo legislador, saneamento básico é o conjunto de serviços públicos, infraestruturas e instalações operacionais de abastecimento de água potável e esgotamento sanitário (Art. 3º, I, alíneas “a” a “d”, da Lei nº 11.445/07).

No dicionário especializado, “Saneamento básico: é a solução dos problemas relacionados estritamente com o abastecimento de água e disposição final dos esgotos de uma comunidade. Há quem defenda a inclusão do lixo e outros problemas, que terminarão por tornar sem sentido o vocábulo ‘básico’ do título do verbete”.¹

Assim, do cotejo do texto legal com a abalizada manifestação de Edis Milaré pode-se concluir que o serviço público de fornecimento de água compreenderia a disponibilização e manutenção de infraestruturas e instalações operacionais necessárias ao abastecimento público de água potável, desde a captação, tratamento, adução, reserva, distribuição até as ligações prediais e seus instrumentos de medição. Por sua vez, o esgotamento sanitário é constituído pelas atividades e pela disponibilização e manutenção de infraestruturas e instalações operacionais necessárias à coleta, condução, tratamento e à disposição final dos esgotos.²

Conforme a nova legislação, os serviços públicos de saneamento básico, quando não prestados por entidade que integre a administração, dependerão da celebração de contrato de concessão, precedido de licitação, ficando vedada a sua disciplina mediante contrato de programa, convênio, termo de parceria ou outros instrumentos de natureza precária.

O novo marco regulatório prevê que os serviços públicos de saneamento básico poderão ser prestados das seguintes formas: a) diretamente pelo titular, por meio de órgão da sua administração direta (departamento) ou indireta (autarquia, empresa pública ou sociedade de economia mista) ou ainda por meio de autarquia intermunicipal, quando a titularidade for exercida por gestão consorciada; b) por particular não integrante da administração, mediante contrato de concessão, nas suas três modalidades: comum, patrocinada e administrativa.

A alteração das formas de prestação desses importantes serviços públicos traz consigo a necessidade de uma adequada regulação a ser desempenhada pela

¹ CARVALHO, B de A. **Glossário de saneamento e ecologia**, Rio de Janeiro: Associação Brasileira de Engenharia Sanitária e Ambiental, 1981. p. 203.

² MILARÉ, Edis. **Dicionário de direito ambiental**, 1ª ed, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 785.

agencia setorial que já existe há mais de duas décadas e, com o novo marco legal, está sendo fortalecida e recebendo mais atribuições.

De ressaltar-se que a Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável contém 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável – ODS que devem ser implementados pelos 193 Estados-Membros da Organização das Nações Unidas para erradicar a pobreza e promover a vida digna de todas as pessoas, agora e no futuro. Entre os ODS, tem-se o de nº 6 “Água potável e Saneamento: Assegurar a disponibilidade e a gestão sustentável de água e saneamento para todos”.

Exsurge o relevante papel atribuído pela nova legislação ao órgão regulador deste setor que passou a denominar-se Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico - ANA a qual foi atribuída a competência para “instituir normas de referência para regulação dos serviços públicos de saneamento básico”. No presente artigo será feita uma análise de algumas dessas alterações com enfoque no novo perfil e na nova missão da Agência na sua importante tarefa regulatória.

2 AGÊNCIAS REGULADORAS NO ORDENAMENTO BRASILEIRO

Há algumas décadas, em especial a partir das privatizações e da reforma do Estado, a regulação passou a ser alvo de especial interesse. A partir da década de 1990, houve uma mudança do perfil de Estado, de intervencionista para Estado Regulador, que repassou aos particulares a execução concreta das atividades relevantes de sua titularidade reservando-se a regulação, que lhe permite verificar se os objetivos estão sendo adequadamente atingidos e se os direitos dos usuários estão sendo assegurados. As concepções estatizantes, em maior ou menor grau, perderam de certa forma a importância.

Há que se concordar com Marçal Justen Filho quando identifica uma alteração no núcleo do debate sobre o papel do Estado. Num momento pretérito, o centro das disputas envolvia “quem” deveria desempenhar certas atividades, mas agora, a preocupação maior reside em “como” desenvolvê-las, pois “o que se pretende é obter atividades de interesse coletivo prestadas de modo satisfatório, independentemente da identidade de quem as presta.”³

No ordenamento jurídico brasileiro, a recente valorização da iniciativa privada e da concorrência como forma de melhorar a prestação de serviços públicos e a produção de bens essenciais, tornou evidente a indispensabilidade da atividade regulatória para fazer frente aos novos desafios da economia de mercado.

As didáticas explanações de Maria Leitão Marques e Vital Moreira pontuam que a regulação econômica tem cinco grandes objetivos: 1) Garantir os mecanismos

³ JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002. p. 41.

do mercado e da concorrência (legislação antitrust); 2) Minimizar as chamadas 'falhas de mercado', ou seja, situações em que, por razões físicas ou econômicas, não é possível estabelecer regime de concorrência, tendo de aceitar-se um único operador (monopólio natural verificado nas 'indústrias de rede' como eletricidade, gás canalizado, água e saneamento); 3) Reduzir as chamadas 'externalidades negativas', que são os custos sociais (danos ao meio ambiente, à saúde pública, à segurança coletiva) não considerados pelo mercado na busca pelo lucro; 4) Proteger os consumidores na relação de "troca desigual", reduzindo a assimetria de informações e garantindo reparação de danos; 5) garantir a adequada prestação de serviços públicos a que o Estado se obrigou constitucionalmente.⁴

A amplitude dos problemas a serem evitados, ou enfrentados, pelo Estado demonstra o especial relevo que passou ter a atividade regulatória. Por meio dela o estado assegura o atingimento do bem comum, do interesse público não mais preocupado apenas com a natureza pública ou privada do prestador de um serviço ou fornecedor de um produtor, mas com a eficiente alocação dos bens e serviços essenciais à comunidade.

Órgãos reguladores independentes são um fenômeno da atualidade nos mais diversos países. Inspiradas no modelo norte-americano foram criadas agências em diversos ordenamentos jurídicos ocidentais.

A experiência norte-americana com a regulação por agência é ampla. Para exemplificar, pode-se citar a Interstate Commerce Commission (ICC), órgão regulador federal criado pelo Interstate Commerce Act de 1887 com objetivo de regular transportes (inicialmente ferroviários e depois também o rodoviário), garantindo tarifas justas e não discriminatórias. A agência foi extinta em 1995, e as suas competências remanescentes transferidas para outra agência (Surface Transportation Board).

Trata-se de um caso clássico de estudo por se tratar de uma agência com direção colegiada e sem envolvimento formal com o setor regulado, estrutura que serviu de modelo para as agências criadas posteriormente nos Estados Unidos. Também nos Estados Unidos verifica-se a evolução do modelo de agências, sendo possível constatar o impacto da regulação mais intensa, levada a efeito por agências com largo espectro da atuação, ao mesmo tempo em que diminuía a fé do Congresso nos benefícios da autonomia administrativa.

As novas agências, criadas no período de 1965 a 1975, são a resposta do Congresso e do Presidente ao movimento do civil rights e estavam voltadas a combater a pobreza, a discriminação racial e sexual, proteger o meio ambiente, assegurar direitos dos

⁴ MARQUES, Maria Manuel Leitão; MOREIRA, Vital. **A mão invisível: mercado e regulação**. Coimbra: Almedina, 2003. p. 13-14.

trabalhadores e dos consumidores. Ao mesmo tempo, o Congresso passou a editar diretrizes mais específicas para a atuação das agências, aumentando as exigências procedimentais a serem atendidas e impondo limites claros à atuação.⁵

O ponto central que fundamentou historicamente a criação das agências e a discricionariedade técnica a elas atribuída é sua notória expertise, em relação aos demais órgãos do Estado, para regular áreas específicas da atividade econômica.⁶

Considerando essa necessidade de regulação e seu desempenho por meio de órgãos independentes, é que assume especial relevo o controle judicial, cuja intervenção pode interferir nesse equilíbrio regulatório e, por consequência, impedir a consecução de bem comum.

As agências reguladoras surgiram com escopo próprio e específico de regular adequadamente a economia. A sua independência é justificada pela possibilidade de atribuir a um órgão técnico e dotado de notória especialização, a realização de uma intervenção adequada e melhor possível. O relacionamento entre agências e as instâncias políticas também são fontes de problemas.

Conforme a elucidativa lição de Moreno Molina, os argumentos clássicos em favor das agências reguladoras independentes são: 1) Imparcialidade resolutória; 2) Experiência e técnica decorrente da especialização; 3) Colegialidade dos órgãos diretivos; 4) Continuidade da política pública desenvolvida pela agência; 5) Isolamento da política partidária e 6) Incapacidade das estruturas administrativas tradicionais para os desafios modernos da atividade regulatória.⁷

Conforme já se anotou em obra anterior, a principal vantagem da regulação por meio de agência reside na fundamentação puramente técnica de suas decisões e na ausência de influências político-partidárias no processo regulatório.⁸

Nas palavras de M. Bernstein essa peculiar forma de organização por comissão (ou agências) é defendida por aqueles que crêem que a regulação administrativa requer um alto grau de experiência, domínio dos detalhes técnicos e continuidade e estabilidade das políticas públicas.⁹

⁵ BREYER, Stephen; STEWART, Richard B.; SUSTEIN, Cass R.; SPITZER. **Administrative law and regulatory policy**: problems, text and cases. 5th ed. New York: Aspen Publishers, 2002. p. 27-28.

⁶ GELLHORN, Ernest. Administrative law in transition. 38 **Admin. L. Rev.** 109 (1986).

⁷ MORENO MOLINA, Ángel Manuel. **La administración por agencias en los Estados Unidos de Norteamérica**. Madrid: Boletín Oficial del Estado, 1995. p. 176.

⁸ SILVA, Fernando Quadros da. Agências reguladoras: um modelo em constante aperfeiçoamento, p. 48. In: FREITAS, Vladimir Passos de; SILVA, Fernando Quadros da. (coord.). **Agências reguladoras no direito brasileiro**: teoria e prática. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 48.

⁹ BERNSTEIN, Marver H. **Regulating business by independent Commission**. Westport, Conn.: Greenwood Press, 1977.

2.1 Vícios da regulação e o controle judicial

Em muitos casos, más práticas no âmbito do órgão regulador podem conduzir à uma regulação ineficiente, que pode ser constatada e corrigida pelo processo judicial, enquanto método dialético de controle da Administração Pública.

A captura¹⁰ estará configurada quando a agência perde a condição de autoridade imparcial comprometida com a realização do interesse coletivo e passa a produzir atos destinados a legitimar a realização dos interesses egoísticos do setor regulado. A captura da agência é uma distorção de finalidades verificada em alguns setores burocráticos estatais.¹¹

Um fenômeno também relacionado diretamente com a captura é a "Política da Porta Giratória". Depois de ocupar um elevado posto numa agência ou órgão regulador, o ex-dirigente busca colocação profissional justamente no mercado regulado, quer pela sua notória qualificação quer pela maior remuneração eventualmente paga pela iniciativa privada.¹²

Posteriormente, pode retornar a ocupar cargo público justamente em razão da especialização e do profundo conhecimento do mercado regulado. Para Ackerman, a proibição de trabalho posterior no setor regulado e a imposição de uma quarentena são regras que reduzem, mas não eliminam o problema.¹³

O exercício de um controle social eficaz e equilibrado e o aperfeiçoamento do processo decisório no âmbito das agências pode contribuir para afastar os atos eventualmente praticados com desvio de finalidade, beneficiando o setor regulado.

2.2 O déficit democrático e controle da Administração

Outro sério questionamento que se faz à atuação dos órgãos reguladores independentes é o déficit democrático, pois importantes decisões são tomadas pelos dirigentes das agências, que detém mandatos não cancelados pela soberania popular. Essa circunstância bastaria para fundamentar o controle judicial específico e análogo ao sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*).

¹⁰ A "captura regulatória" ocorre quando uma agência se transforma em via de proteção e benefício para setores empresariais regulados, perdendo sua condição de autoridade comprometida com a realização do interesse coletivo e passando atuar no interesse daqueles segmentos regulados.

¹¹ JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002. p.370.

¹² ACKERMAN, Bruce. The new separation of powers. **Harvard Review**, v. 113, n. 3, p. 633-729, jan. 2000.

¹³ *Ibid.*, p. 709.

O controle dos atos da Administração é inerente ao Estado de Direito. Os órgãos públicos exercem uma parcela do poder estatal e o ordenamento deve prever instrumentos que permitam a análise dos atos e compatibilidade com suas finalidades. Diversas formas de controles são admissíveis. Quanto ao objeto ou conteúdo de um ato, podem-se controlar as contas, a economicidade, a efetividade e eficácia da atuação dos órgãos públicos. Também é viável a análise do cumprimento das leis, regulamentos e contratos de gestão. Quanto ao aspecto subjetivo, os pontos sensíveis dizem respeito a 'quem' está legitimado ou a 'quem' exerce um controle mais eficaz, o próprio Poder Executivo, o Poder Judiciário ou os órgãos vinculados ao Legislativo, como os tribunais de contas.¹⁴

Afora esses temas, persiste, ainda, a questão do controle mais efetivo quanto à adoção das políticas públicas pelas agências. Substantial parte da vida cotidiana é afetada por decisões emanadas das agências sem que se tenha à disposição os meios tradicionais de responsabilização política dos seus dirigentes, ao contrário dos agentes políticos do Executivo e Legislativo que são periodicamente submetidos ao teste eleitoral, ocasião em que obtêm seus mandatos e submetem seu ideário político-administrativo à chancela da soberania popular.¹⁵

As exigências técnicas da atividade regulatória e a limitação temporal na tomada das decisões tornam inviável a disciplina dessas questões pelo parlamento.¹⁶

2.3 A natureza dos atos praticados pelas agências reguladoras

No que se refere aos atos típicos das agências reguladoras, lembre-se a didática classificação feita por Marcos Juruena Villela Souto que sistematiza os atos de regulação expedidos pelas agências em três categorias: a) atos de regulação normativa; b) atos de regulação executiva e c) atos de regulação judicante.¹⁷

Na categoria dos atos de regulação executiva se enquadram as autorizações para ingresso de um agente econômico num determinado segmento regulado.

¹⁴ FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 44.

¹⁵ A mensagem encaminhada pela Presidente da República ao Congresso, prestando contas das atividades do Poder Executivo no ano de 2011, no item *Regulação dos Mercados*, destaca as ações desenvolvidas para propiciar: "melhoria da qualidade da regulação, consolidar a autonomia decisória das agências reguladoras federais, e aperfeiçoar os instrumentos de supervisão e de controle social" (BRASIL. Presidente. **Mensagem ao Congresso Nacional, 2011**, 2.^a Seção Legislativa Ordinária da 54.^a Legislatura. Brasília: Presidência da República, 2012. p. 384).

¹⁶ SILVA, Fernando Quadros. **Controle judicial das agências reguladoras: aspectos doutrinários e jurisprudenciais**, Porto Alegre: Verbo Jurídico. 2014, p. 66.

¹⁷ SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito administrativo regulatório**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 58.

Também se enquadram nessa categoria os atos de fiscalização, de fixação de tarifas e de interpretação regulatória.

O ingresso no setor regulador pode ocasionar conflitos entre os agentes econômicos que concorrem para se manter operando no mercado, muitas vezes com sacrifícios para a regularidade e qualidade dos serviços. Essa questão surgiu no precedente judicial em que uma corte federal afastou a pretensão da empresa permissionária de impedir a outorga dos serviços de transporte rodoviário a outra empresa.¹⁸

A falta de fiscalização, decorrente de inércia administrativa ou de conflito de atribuições, negativo (nenhum órgão quer fiscalizar) ou positivo (vários órgãos desejam fiscalizar), também dá origem a processos judiciais, que exigem uma solução.

A regulação normativa, por sua vez, cuida de explicitar os comandos técnicos voltados para o cumprimento dos direitos e deveres previstos na legislação específica.¹⁹ A notável expedição de normas por parte das agências reguladoras, atividade que tem sido objeto de análise da doutrina, tendo em vista a necessidade de compatibilizar a criação das agências com a separação dos poderes, tal como desenhada na Constituição brasileira.²⁰

O exercício da atividade normativa é alvo de acesa controvérsia. A reserva de lei, exigida constitucionalmente é um parâmetro constante para o juiz aferir a validade as normas expedidas pelas agências.

Por fim, a regulação judicante compreenderia os atos desenvolvidos pelas agências para solucionar conflitos, utilizando a mediação, a conciliação e a arbitragem administrativa, distinta da arbitragem comercial.²¹

A classificação dos atos regulatórios, em executivo, normativo e judicante, é fundamental e permite ao intérprete visualizar o escopo almejado pela agência, demonstrando a multiplicidade de atribuições a elas repassadas e a potencialidade de conflitos que daí pode decorrer. Resta saber se o controle que é realizado por meio do processo judicial, é adequado para tutelar o direito das partes e, ao mesmo tempo, compatibilizar a liberdade econômica com os objetivos sociais previstos na Constituição Federal.

Com efeito, tratando-se de atos que afetam o direito de livre iniciativa e livre concorrência, o controle judicial revela-se essencial para análise de sua conformação e sua validade com outros direitos fundamentais garantidos pelo ordenamento constitucional.

¹⁸ TRF 1.^a Região. **Apelação Cível n.º 200638060038701**, 5.^a Turma, Rel. Des. João Batista Moreira, e-DJF1 21.01.2011, p.504.

¹⁹ SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito administrativo regulatório**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 76.

²⁰ CUÉLLAR, Leila. **As agências reguladoras e seu poder normativo**. São Paulo: Dialética, 2001.

²¹ SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito administrativo regulatório**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 58.

3 O NOVO PERFIL DA AGÊNCIA NACIONAL DE ÁGUAS E SANEAMENTO BÁSICO – ANA

A nova legislação do saneamento atribuiu à Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico - ANA a competência para regular a prestação do serviço de saneamento básico por meio da “edição de normas de referência” (nova redação dos arts. 1º e 3º da Lei nº 9.984/2000 e art. 25-A da Lei nº 11.445/2007, com nova redação da lei), aí incluídas a disciplina dos padrões de qualidade e eficiência na prestação, a manutenção e a operação dos sistemas de saneamento básico e as metas de universalização dos serviços (art. 4-A, § 1º, da Lei nº 9.984/2000, com nova redação da lei).

O novo perfil e as novas atribuições da agência setorial (ANA) contribuirão para criar um cenário de segurança jurídica e regulatória, com regras claras e uniformes em todo o país, possibilitando novos investimentos e a universalização dos serviços públicos de água e saneamento. Cabe realçar quanto a este ponto, que a legislação contempla expressamente as ideias de uniformidade regulatória do setor e de segurança jurídica na prestação e na regulação dos serviços (art. 4º-A, § 7º, da Lei nº 9.984/2000 e art. 48, III, da Lei nº 11.445/2007).²²

Caberá a diligente doutrina nacional e aos intérpretes diretamente afetados a delimitação conceitual das mencionadas “normas de referência.” Quanto a este aspecto se antevê obviamente alguma perplexidade, pois, se trata de tema ligado intimamente à competência normativa das agências reguladoras.²³

A Agência Nacional de Águas – ANA, agora Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico (ANA), foi criada pela Lei 9984/2000 como autarquia sob regime especial, embora vinculada institucionalmente ao Ministério de Desenvolvimento Regional detém autonomia administrativa e financeira e recebeu do legislador todos os instrumentos necessários ao seu mister regulatório.

3.1 A nova Lei das Agências e o aperfeiçoamento do processo decisório

Cabe lembrar que em tempo recente o perfil institucional das agências bem como seu processo decisório foram significativamente aperfeiçoados pelo advento da Lei n. 13.848 de 25 de junho de 2019, que resultou de lenta tramitação

²² ANTUNES, PAULO DE BESSA; D’OLIVEIRA, RAFAEL DAUDT. **Breves considerações sobre o novo marco regulatório do saneamento básico**: Lei nº 14.026, de 15 de julho de 2020. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2020/07/23/marco-regulatorio-saneamento-basico/>. Acesso em: 11 jan. 2021.

²³ CUELLAR, Leila. **As agências reguladoras e seu poder normativo**, São Paulo: Dialética, 2001.

no parlamento brasileiro e culminou com texto normativo que procurou aperfeiçoar as agências e sua atuação.

A nova lei aplica-se a todas as agências reguladoras federais descritas no seu artigo 2º, aí incluída a Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico – ANA, objeto do presente artigo.

Foi reforçada a autonomia institucional e financeira das autarquias. Há previsão dos mecanismos garantidores da independência necessária a essas instituições. Foi reforçada a ausência de tutela ou de subordinação hierárquica e reafirmadas as autonomias funcional, decisória, administrativa e financeira. Foi mantido o aspecto essencial que garante a atuação independente das agências qual seja a estabilidade dos dirigentes garantida pela existência de um mandato.

No caso da Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico - ANA sua administração é feita por uma Diretoria Colegiada composta de 5 (cinco) membros, nomeados pelo Presidente da República, com mandatos não coincidentes de 5 (cinco) anos, vedada a recondução, sendo um deles o Diretor-Presidente. Sua estrutura funcional conta ainda com uma Procuradoria, uma Ouvidoria e uma Auditoria.

Cabe ressaltar mais uma vez que, anteriormente ao novo marco regulatório do saneamento básico, foi editada a Lei nº 13.848/2019, que aperfeiçoou o processo decisório das agências reguladoras, anteriormente muito sujeito a questionamentos por estar normatizado por resoluções das próprias agências.

A Lei nº 13.848/2019 foi além do que prescreve o artigo 29 da Lei 13.655/18 (LINDB). Esta última, Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB, faculta ao gestor público a realização de consulta antes da edição de normas de interesse geral. A norma que regula o saneamento (Lei nº 13.848/2019) estabelece a “obrigatoriedade” de consulta pública, prévia à tomada de decisão pela criação ou alteração de atos normativos de interesse geral.²⁴

Quanto à consulta, cumpre salientar que o legislador impôs a obrigatoriedade de expressa manifestação da agência sobre as críticas e sugestões

²⁴ Lei nº 13.848/2019, Art. 9º Serão objeto de consulta pública, previamente à tomada de decisão pelo conselho diretor ou pela diretoria colegiada, as minutas e as propostas de alteração de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, consumidores ou usuários dos serviços prestados. § 1º A consulta pública é o instrumento de apoio à tomada de decisão por meio do qual a sociedade é consultada previamente, por meio do envio de críticas, sugestões e contribuições por quaisquer interessados, sobre proposta de norma regulatória aplicável ao setor de atuação da agência reguladora. § 2º Ressalvada a exigência de prazo diferente em legislação específica, acordo ou tratado internacional, o período de consulta pública terá início após a publicação do respectivo despacho ou aviso de abertura no Diário Oficial da União e no sítio da agência na internet, e terá duração mínima de 45 (quarenta e cinco) dias, ressalvado caso excepcional de urgência e relevância, devidamente motivado.

apresentadas no processo de consulta pública, exigência que confere mais transparência e fortalece o processo de consulta.

No que se refere a Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico – ANA, o novo marco regulatório setorial também tratou das consultas prévias ao processo decisório. Incluiu na lei da agência (Lei nº 9.984/2000) o art. 4º-A que fixa a competência da ANA para instituir “normas de referência para a regulação dos serviços públicos de saneamento básico”.

O §4º do mesmo artigo 4º-A estabeleceu rígidas diretrizes materiais concernentes ao processo decisório ao exigir que a agência: 1) avalie as melhores práticas regulatórias do setor, ouvidas as entidades encarregadas da regulação e da fiscalização e as entidades representativas dos Municípios; 2) realize consultas e audiências públicas, de forma a garantir a transparência e a publicidade dos atos, bem como a possibilitar a análise de impacto regulatório das normas propostas;

Digna de nota é a possibilidade de a agência atuar na resolução de conflitos: “Art. 4º-A (...) § 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.”

Por fim, o novo marco regulador do saneamento básico exige que a agência setorial avalie o impacto regulatório da sua atuação, exigência que aperfeiçoa significativamente a atuação da agência.

O Ministro Luiz Fux, do Supremo Tribunal Federal, não deferiu a liminar requerida na Ação Direta de Constitucionalidade – ADI nº 6536-DF, que pretende suspender a integralidade da Lei Federal 14.026/2020 (novo marco legal do saneamento básico), entre outros fundamentos, a alegada inconstitucionalidade do art. 4º-A que atribui competência à agência setorial (ANA) para editar “normas de referências nacionais”, em violação à competência originária dos municípios para regular o serviço público de saneamento.²⁵

Ressalte-se que o marco regulatório nacional obriga os Estados a adotarem a regionalização dos serviços de água e esgoto com previsão de contratos que garantam a universalização dos serviços de água (99% da população) e coleta e tratamento de esgoto (90% da população), meta a ser alcançada até 31 de dezembro de 2033.

Além de representar uma meta a ser alcançada, os percentuais se constituem na própria razão de agência existir.

²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Relator Ministro Luiz Fux, **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6536-DF**, Requerentes: Partido Comunista do Brasil - PCdoB, Partido Socialismo e Liberdade - PSOL, Partido Socialista Brasileiro – PSB e Partido dos Trabalhadores – PT. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5977458>. Acesso em: 29 out. 2020.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A edição do novo marco legal do saneamento básico (Lei nº 14.026/2020) atribuiu a uma agência setorial, a Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico (ANA), a competência para editar normas de referência sobre o serviço de saneamento.

No ordenamento jurídico brasileiro, a recente valorização da iniciativa privada e da concorrência como forma de melhorar a prestação de serviços públicos e a produção de bens essenciais, tornou evidente a indispensabilidade da atividade regulatória para fazer frente aos novos desafios da economia de mercado.

A falta de controle social, a captura regulatória, a falta de instrumentos de atuação efetiva pelas agências atraiu muitas críticas à atuação das agências reguladoras brasileiras.

As alterações produzidas pela nova lei, somadas ao aperfeiçoamento anteriormente produzido na estrutura, controle e processos decisórios das agências reguladoras pela Lei nº 13.848/2019, vão tornar possível uma regulação que garanta os mecanismos do mercado e da concorrência, minimize as “falhas de mercado”, proteja os consumidores, enfim, garanta a adequada e universal prestação dos serviços públicos de água e saneamento básico.

O êxito da atuação da agência setorial contribuirá para a implementação da “Agenda 2030 da ONU para o Desenvolvimento Sustentável” e seus 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável – ODS, entre os quais destaca-se o de nº 6 Água potável e Saneamento: “Assegurar a disponibilidade e a gestão sustentável de água e saneamento para todos”.

REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. The new separation of powers. **Harvard Law Review**, v.113, n.3, p. 633-729, jan. 2000.

ANTUNES, Paulo de Bessa; D’OLIVEIRA, Rafael Daudt. **Breves considerações sobre o novo marco regulatório do saneamento básico – Lei nº 14.026, de 15 de julho de 2020.** Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2020/07/23/marco-regulatorio-saneamento-basico/>. Acesso em: 23 out. 2021.

BERNSTEIN, Marver H. **Regulating business by independent Commission.** Westport, Conn.: Greenwood Press, 1977.

BREYER, Stephen; STEWART, Richard B.; SUSTEIN, Cass R.; SPITZER. **Administrative law and regulatory policy: problems, text and cases**. 5. ed. New York: Aspen Publishers, 2002.

CARVALHO, B de A. **Glossário de saneamento e ecologia**, Rio de Janeiro: Associação Brasileira de Engenharia Sanitária e Ambiental, 1981.

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

FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

FREITAS, Vladimir Passos de; SILVA, Fernando Quadros da. **Agências reguladoras no direito brasileiro: teoria e prática**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014,

GELLHORN, Ernest. Administrative law in transition. **Administrative. Law Review**, v. 38, n. 109, 1986.

JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002.

MARQUES, Maria Manuel Leitão; MOREIRA, Vital. **A mão invisível: mercado e regulação**. Coimbra: Almedina, 2003.

MILARÉ, Edis. **Dicionário de direito ambiental**. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MORENO MOLINA, Ángel Manuel. **La administración por agencias en los Estados Unidos de Norteamérica**. Madrid: Boletín Oficial del Estado, 1995.

SILVA, Fernando Quadros. **Controle judicial das agências reguladoras: aspectos doutrinários e jurisprudenciais**, Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2014.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito administrativo regulatório**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

POLUIÇÃO NO MAR: o monitoramento, em tempo real, dos impactos gerados pela falta de saneamento básico e sua reparação ambiental

Joelma Gonçalves Ribeiro*

Maria Tereza Couto Magrani*

RESUMO: País que tem a maior biodiversidade natural do mundo e uma costa oceânica de mais de 7.000 km de extensão, nosso litoral é destino certo de lazer para milhões de pessoas. Um problema de infraestrutura nas cidades, o saneamento básico, traz consequências à população e ao meio ambiente, fatores que delineiam grandes desafios aos administradores públicos. A qualidade da água deve ser monitorada, se possível em tempo real, via IoT (internet das coisas) e com tratamento dos dados por “machine learning”, facilitando a tomada de decisão e atenuando a poluição dos oceanos e incentivando ações de recuperação e proteção ambiental.

Palavras-chaves: Oceanos. Saneamento Básico. Monitoramento Ambiental. Aprendizado de Máquina. Reparação Ambiental.

ABSTRACT: A country that has the greatest natural biodiversity in the world and an oceanic coastline of more than 7,000 km in length, our coast is the right leisure destination for millions of people. An infrastructure problem in cities, the basic sanitation, has consequences for the population and the environment, factors that outline major challenges for public administrators. Water quality should be monitored, if possible in real time, via IoT (internet of things) and with data processing by "machine learning", facilitating decision-making and mitigating ocean pollution and encouraging environmental recovery and protection actions.

Keywords: Oceans. Basic Sanitation. Environmental Monitoring. Machine Learning. Environmental Repair.

* Advogada. Mestranda em Ciências Ambientais pela Universidade de Vassouras/RJ. Presidente da Comissão Especial de Governança dos Oceanos da OAB/RJ. Presidente da Comissão de Direito Ambiental da 14ª Subseção da OAB/RJ. Presidente do COMDEMA de Levy Gaspraíran/RJ.

* Advogada. Mestre em Processo Civil e Direitos Humanos. Membro da Comissão Especial de Saneamento Básico da OAB Nacional.

1 INTRODUÇÃO

Em pleno Século XXI, a população global de mais de 7 bilhões de pessoas ainda enfrenta o desafio que nos acompanha desde os primórdios da Antiguidade, os problemas sanitários, a água suja - prejudicial à sobrevivência humana e dos ecossistemas marinhos – além do acúmulo de lixo e sua potencialidade para a degradação do meio ambiente e a proliferação de doenças.

As águas dos Oceanos são, continuamente, poluídas não só pelo esgoto despejado direto no mar por emissários submarinos, mas também pelo despejo nos rios que deságuam no litoral, assim, produtos químicos, exploração de petróleo e os impactos de lazer dos veranistas comprometem a biodiversidade marinha e fazem mal à saúde das pessoas.

Os principais elementos de uma economia saudável se distinguem considerando a dimensão ambiental, social, econômica, política e institucional dos processos organizados de desenvolvimento socioeconômico. A água é um bem essencial a sobrevivência e cerca de 40% das mortes humanas são causadas por água contaminada no mundo¹.

A fim de mitigar as mazelas que a falta de saneamento revela, o Marco de Saneamento Básico propõe um cenário desafiador para melhorar a qualidade de vida através da universalização do acesso à água potável e à coleta e tratamento de esgoto, tendo como metas atingir, respectivamente, 99% e 90% da população².

A gestão eficiente carece de inovações tecnológicas que permitam a análise e cruzamento do grande volume de dados, hoje, precariamente sistematizados e informados, devido à limitação da capacidade de processamento aplicada. Assim, a implementação de um sistema de monitoramento e controle da qualidade da água via IoT em convergência com a computação em nuvem surge como uma nova técnica para melhor o gerenciamento de dados provenientes de diferentes sensores, coletados e transmitidos por microcontroladores de baixa potência e baixo custo, como por exemplo o Arduino.

Uma grande vantagem que o sistema tecnológico tem demonstrado é a possibilidade de gerir dados de maneira transparente, possibilitando, portanto, a tomada de decisões acertadas e a mitigação de equívocos sistemáticos.

¹ CAMARA, Paulo; RIBEIRO, Joelma. Monitoramento da Qualidade da Água via Arduino. **18º Congresso Nacional de Meio Ambiente de Poços de Caldas**. 2021.

² FROTA, Leandro Mello; HOSKEN, Rodrigo Santos (coord.). **Cartilha Saneamento Básico**. 1. Ed. Brasília: Ordem dos Advogados do Brasil; Comissão Especial de Saneamento, Recursos Hídricos e Sustentabilidade da OAB Nacional, 2020.

Logo, a automatização do processo de monitoramento das Estações de Tratamento de Esgoto, seja pelo poder público ou por particulares e a emissão do relatório de eficiência por “*machine learning*”, irá garantir a conformidade dos padrões de lançamento de efluentes e melhoria da qualidade de vida do ecossistema marinho.

Este monitoramento irá possibilitar entender a condição da água para a manutenção salutar do ecossistema fluvial, marinho e litorâneo a fim de possibilitar ações corretivas quanto a degradação ambiental e reivindicar soluções e responsabilidades ambientais do poder público ou do particular.

2 OCEANOS: poluição marinha por esgoto

O litoral brasileiro é um dos maiores atrativos do Brasil, responsável por aquecer atividades econômicas de vários segmentos, com destaque ao turismo e lazer, no entanto, sofre forte impacto causado pela poluição gerada pelo descarte irregular de esgoto nos rios que desembocam no mar.

Segundo dados do Índice de Qualidade de Água (IQA), indicador da qualidade da água dos rios nacionais, este apresenta a lastimável informação de que dos 17 (dezessete) Estados em que a Mata Atlântica está presente, nenhum deles apresenta água bruta em ótima qualidade:

- 74,5% estão em condições de qualidade regular;
- 17,6% em condição ruim;
- 6,5% em situação classificada como boa;
- 1,4% está em péssimas condições.³

Assim, vivemos uma realidade de praias impróprias para banho e com perda da biodiversidade marinha, contaminadas por todo tipo de poluição: plástico, esgoto, produtos químicos e petróleo. Assim, as poluições por despejo de esgoto “in natura” nos rios podem alcançar de áreas bem distantes e terem os reflexos percebidos no litoral.

Os maiores problemas detectados pelo lançamento dos esgotos nos rios e no mar vão desde a perda da biodiversidade marinha, onde objetos como plásticos e materiais flutuantes são engolidos por animais ou presos em seus corpos, até ao processo de eutrofização, que favorece o desenvolvimento de algas que impedem a penetração de luz, e microrganismos que sobrevivem com pouco oxigênio, além da morte de espécies marinhas sensíveis a este habitat.

³ SOS. Mata Atlântica, 2019.

O resultado para a espécie humana está relacionado ao contato com água contaminada ocasionando vários problemas de saúde e doenças. A lista de Doenças Relacionadas ao Saneamento Básico (DRSAI) e as enfermidades de veiculação hídrica encontra-se em crescimento exponencial. Estudos destacam que o saneamento básico precário é favorável e facilita a proliferação da Covid-19.⁴

Em 2016, as Nações Unidas concluíram a primeira Avaliação Mundial dos Oceanos que apontou a urgência de gerenciar com sustentabilidade as atividades no oceano. Por isso, em 2017, foi proclamada a **Década da Ciência Oceânica para o Desenvolvimento Sustentável**, de 2021 a 2030, buscando cumprir os compromissos da Agenda 2030, com foco no ODS 14 e correlatos.⁵

A Comissão Oceanográfica Intergovernamental (COI), da UNESCO, coordena o design, e a preparação do Plano de Implementação da Década, para definir um conjunto de avanços científicos e tecnológicos de alto nível, necessários ao alcance “A Ciência que precisamos para o Oceano que Queremos” de forma cooperativa, sistêmica e integrada, como:

- Oceano limpo;
- Saudável e Resiliente;
- Previsível;
- Seguro;
- Sustentável e produtivo;
- Transparente e acessível;
- Conhecido e valorizado por todos.

O **Programa Ciência no Mar** do Ministério de Ciência, Tecnologia, Inovações (MCTI) que promove a gestão do conhecimento para o uso e exploração sustentável dos recursos do mar e a Década do Oceano nascida da necessidade de se atuar em prol da saúde oceânica, busca explorar a pesquisa científica e as inovações tecnológicas voltadas para a limpeza, segurança e sustentabilidade do Oceano.

Assim tecnologias de saneamento capazes de monitorar em tempo real a água em diferentes parâmetros com o fim de resguardar o ecossistema marinho e a saúde humana., torna-se um dos principais vetores para ciência oceânica.

Imperioso que o titular da prestação dos serviços públicos de saneamento básico, estabeleça, em caráter de urgência, projetos e ações de saneamento como

⁴ SENADO FEDERAL, 2016.

⁵ MCTI, 2021.

forma de minimizar os reflexos da contaminação nos oceanos, fazendo uso dos aportes do conhecimento científico existentes.

3 MARCO DE SANEAMENTO BÁSICO (LEI 14.026/20);

O novel apresenta metas de universalização no intuito de garantir a 99% da população acesso à água potável e a 90% a coleta e tratamento de esgoto – captação e tratamento – impactando, de modo positivo, na qualidade de vida de toda a população.⁶

Para estabelecer a elevada prioridade, destaca-se o fato de que mais de 16% da população brasileira – **quase 35 milhões de pessoas**, não têm acesso à água tratada e, portanto, adequada às necessidades humanas e, **apenas 46% dos esgotos gerados no país, são tratados**, ou seja, 100 milhões de brasileiros não tem serviço de coleta e tratamento de esgoto.⁷

O cenário dos oceanos não é muito diferente do que vivenciamos nos centros urbanos. Os dados alarmantes de poluição marinha acompanham os nefastos dados de contaminação pela ausência de saneamento básico que dependerá dos esforços mútuos de vários segmentos para serem sanados: público, privado e da sociedade civil organizada.

O monitoramento ambiental em tempo real é um importante aliado na captura de dados no intuito de receber as informações reais das situações de lançamentos dos efluentes no corpo hídrico, possibilitando e facilitando a tomada de decisão em tempo real de adequações às conformidades legais e salvaguarda do ecossistema marinho e a saúde dos veranistas.

4 MONITORAMENTO AMBIENTAL

O monitoramento ambiental é um processo de coleta de dados, estudo e acompanhamento contínuo e sistemático das variáveis ambientais, com o objetivo de identificar e avaliar - qualitativa e quantitativamente - as condições dos recursos naturais em um determinado momento, assim como as tendências ao longo do tempo. As variáveis sociais, econômicas e institucionais também são incluídas neste tipo de estudo, já que exercem influências sobre o meio ambiente.⁸

Com base nesses levantamentos, o monitoramento ambiental fornece informações sobre os fatores que influenciam o estado de conservação, preservação, degradação e recuperação ambiental da região estudada. Também subsidia medidas

⁶ CARTILHA OAB, 2020

⁷ CARTILHA OAB, 2020.

⁸ EMBRAPA, 2021.

de planejamento, controle, recuperação, preservação e conservação do ambiente em estudo, além de auxiliar na definição de políticas ambientais.⁹

O monitoramento dos recursos hídricos tem como objetivo: acompanhar as alterações de sua qualidade; elaborar previsões de comportamento; desenvolver instrumentos de gestão e fornecer subsídios para ações saneadoras.¹⁰

Sob o olhar quanto ao monitoramento das ETE's, que é a unidade operacional primária do sistema de esgotamento sanitário no qual processos químicos, físicos e biológicos são responsáveis pela remoção das cargas poluentes do esgoto. Estas devem garantir o tratamento adequado dos efluentes, atendendo os padrões de lançamentos exigidos na Legislação Ambiental.

A Resolução CONAMA nº 430/11 dispõe sobre condições, parâmetros, padrões e diretrizes para lançamento de efluentes em corpos de água. Esta resolução altera e complementa a Resolução nº 357, de 17 de março de 2005, do CONAMA.

Os parâmetros determinados na Conama 430 são:

- pH entre 5 a 9;
- temperatura: inferior a 40°C;
- materiais sedimentáveis: até 1 mL/L em teste de 1 hora em cone Imhoff. Porém, para lançamento em lagos e lagoas, os materiais sedimentáveis deverão estar virtualmente ausentes;
- regime de lançamento com vazão máxima de até 1,5 vez a vazão média do período de atividade diária do agente poluidor;
- óleos e graxas: óleos minerais até 20 mg/L; óleos vegetais e gorduras animais até 50 mg/L;
- ausência de materiais flutuantes;
- demanda Bioquímica de Oxigênio (DBO 5 dias a 20°C): remoção mínima de 60% de DBO¹¹.

Atualmente, o monitoramento é realizado trimestralmente, através da coleta de amostras e as análises de efluentes realizadas por um técnico habilitado e submetidas a um laboratório credenciados pelo INEA e o INMETRO para a emissão do laudo com o controle de qualidade.

A automatização do processo de monitoramento irá fornecer em tempo real as informações quanto à conformidade aos índices determinados pela Conama 430/2011, relativo à qualidade ambiental dos recursos hídricos, possibilitando a

⁹ EMBRAPA, 2021

¹⁰ SARAIVA, 2019.

¹¹ CONAMA, 430/11.

redução dos desastres ambientais ocasionados pela falta de saneamento que muda a rotina da população afetada e aflixe nosso ecossistema.

A universalização do acesso aos serviços de saneamento dependerá do avanço de tecnologias que facilitam as ações de mitigação dos danos ambientais.

5 MACHINE LEARNING

Em um mundo conectado, dados são constantemente gerados. A revolução cognitiva por meio de técnicas de *machine learning* fez surgir a possibilidade de se encontrar padrões de enorme quantidade de dados gerados, permitindo a compreensão e a definição destes.¹²

O aprendizado de máquina é um subcampo da ciência da computação que evoluiu o estudo de reconhecimento de padrões e da teoria do aprendizado computacional em inteligência artificial. O estudo e construção dos algoritmos podem aprender a partir de seus erros e fazer previsão sobre os dados. Tais algoritmos operam construindo um modelo a partir de inputs amostrais a fim de fazer previsões ou decisões guiadas pelos dados ao invés de simplesmente seguindo inflexíveis e estáticas instruções programadas.¹³

Para Flach, “*machine learning*” é o estudo sistemático de algoritmos e sistemas com a finalidade de melhorar o conhecimento e desempenho de determinada experiência.¹⁴

Esta tecnologia, *machine learning*, já vem sendo utilizada por meio de imagens geradas diariamente por satélites radares no monitoramento de águas costeiras para detectar manchas de óleo, permitindo treinar um sistema detectador de contaminação, com exemplos sobre derramamentos para cada utilizador¹⁵.

São esses algoritmos que irão tratar os dados obtidos no monitoramento ambiental, via Arduino acoplados nas estações de tratamento de esgoto e/ou na rede de lançamento de efluentes que visa auxiliar a tomada de decisão, auxiliando na preservação ambiental costeira.

6 RESPONSABILIDADE CIVIL POR LESÃO AMBIENTAL

A falta de serviços de saneamento básico eficientes, os passivos ambientais já existentes, a precariedade dos sistemas de licenciamento ambiental nos municípios e os próprios gargalos de infraestrutura nas cidades importará no recebimento pela

¹² MOLINARO, Carlos; LEAL, Augusto Antônio Fontanive. 2018.

¹³ WIKIPÉDIA, 2021.

¹⁴ FLACH, 2012, p. 3.

¹⁵ MOLINARO, Carlos; LEAL, Augusto Antônio Fontanive. 2018.

iniciativa privada, de sérios problemas ambientais que, inevitavelmente os evidenciam como passíveis de responsabilização na legislação.¹⁶

A responsabilidade civil ambiental é orientada pela teoria do risco integral, da qual há dispensa de comprovação da ocorrência do elemento subjetivo (dolo ou culpa), sendo necessário somente a comprovação da ocorrência do ato, bem como o liame da causalidade com o dano ambiental.¹⁷

Seguindo a direção de posicionamentos doutrinários e de ensaios normativos que semearam o tema, a automatização do monitoramento ambiental possibilitará a identificação dos passivos que norteará ações imediatas de recuperação, regeneração e indenização, restabelecendo a qualidade do corpo hídrico e minimizando os impactos nos ecossistemas marinhos e no auxílio da possível identificação do agente causador do dano.

7 CONCLUSÃO

A gestão da água e do saneamento no Brasil é tema delicado, frente aos direitos humanos garantidos pela norma constitucional, pois seus efeitos dependem de cumprimento de ações que atendam à requisitos técnicos, ambientais, sociais e econômicos, a fim de alcançar o desenvolvimento sustentável.¹⁸

A proposta de universalizar o acesso aos serviços de saneamento proposta no marco de Saneamento é uma questão de primeira ordem e de extrema urgência e os desafios são tarefas que dependerão dos esforços conjuntos de vários segmentos: público, privado e da sociedade civil organizada.

A declaração da Década da Ciência dos Oceanos e não apenas para falar da água do mar, por assim dizer, mas para abordar o desenvolvimento sustentável e é a primeira a tratar a ciência como um baluarte e suporte para a sociedade. Temos muito a descobrir, como possíveis remédios, curas para doenças. O oceano necessita do nosso olhar e atenção.

Assim o monitoramento ambiental em tempo real vem como um importante aliado na preservação ambiental, pois sua principal característica é poder tomar decisões no momento em que acontece algum desequilíbrio ecológico. Além disso, os dados aplicados em *machine learning* melhoram a capacidade de entender o problema e suas implicações, aumentando a agilidade na tomada de decisão e consequentemente saber como as coisas estão fluindo.

¹⁶ GIL, Luciana; DIAS, Patrícia Mendanha, TEIXEIRA, Tatiana da Silva Souza. 2021.

¹⁷ GIL, Luciana; DIAS, Patrícia Mendanha, TEIXEIRA, Tatiana da Silva Souza. 2021.

¹⁸ RIBEIRO, Joelma Gonçalves, JUNIOR, Altivo de Souza Vieira, FROTA, Leandro Mello, CHACHÉ, Cristiane Borborema. 2020.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 16. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2014.

ATAIDE, Gabriela Vieira de Toledo Lisboa; BORJA, Patricia Campos. Justiça Social e Ambiental em Saneamento Básico: um olhar sobre as experiências de planejamento municipais. **Ambiente & Sociedade**, São Paulo, v. XX, n. 3, p. 61-80, jul./set. 2017.

BENACCHIO, Vanuza. **Responsabilidade civil por danos ambientais em face da omissão do poder público ao esgotamento sanitário**. 2013. 72 f. Monografia (Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais). Curso de Direito. Universidade de Passo Fundo, Soledade, RS, 2013.

BRASIL, Comissão Especial de Saneamento, Recursos Hídricos e Sustentabilidade - **Cartilha Saneamento Básico – Ordem dos Advogados do Brasil – OAB Nacional**, 1ª Edição, 2020, Coordenada por Leandro Mello Frota e Rodrigo Santos Hosken.2020.

BRASIL, Organização das Nações Unidas – ONU – Disponível em: <https://brasil.un.org/>. Acesso em: 27 jul. 2021.

BRASIL, Planalto, **Lei 14.026/2020**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L14026.htm. Acesso em: 26 jun. 2021.

BRASIL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.842 Rio de Janeiro**. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630026>. Acesso em: 26 jun. 2021.

BRASIL. **Decreto nº 9.254/2017**. Planalto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Decreto/D9254.htm. Acesso em: 26 jun. 2021.

BRASIL. **Ministério do Desenvolvimento Regional – Agência Nacional de Água e Saneamento Básico**. <https://www.gov.br/ana/pt-br>. Acesso em: 26 jun. 2021.

BRASIL. **Painel Saneamento Brasil**. Disponível em: <https://www.painelsaneamento.org.br>. Acesso em 26 jun. 2021.

BRASIL. Saneamento é saúde. **Instituto Trata**. Brasil, Disponível em: <http://www.tratabrasil.org.br/>. Acesso em: 26 jun. 2021.

BRASIL. **Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento – SNIS** – Disponível em: <http://snis.gov.br/>. Acesso em: 26 jun. 2021.

CAMARA, Paulo Wilton; RIBEIRO, Joelma Gonçalves Ribeiro, et al. Monitoramento da qualidade da água via Arduino. 18º Congresso Nacional de Meio Ambiente. **Justiça no Antropoceno**, v.13, n. 1, 2021.

EMBRAPA, 2021. RAMOS, Nilza Patrícia, JUNIOR, Arivaldo Luchiari. **Árvore do conhecimento cana de açúcar**. Monitoramento Ambiental. https://www.agencia.cnptia.embrapa.br/gestor/cana-de-acucar/arvore/CONTAG01_73_711200516719.html ambiente. Acesso em: 06 ago. 2021.

GIL, Luciana; DIAS, Patrícia Mendanha, TEIXEIRA, Tatiana da Silva Souza. Transferência da Responsabilidade Civil por passivo ambientais decorrentes de concessões de Saneamento. **Marco Regulatório do Saneamento Básico: Lei 14.026/2020**. Comissão Especial de Saneamento, Recursos hídricos e Sustentabilidade. Brasília: OAB Editora, 2021, p..245, 291. 2021.

MMA, 2021. **Resolução CONAMA 357/2005**. Dispõe sobre a classificação dos corpos de água e diretrizes ambientais para o seu enquadramento, bem como estabelece as condições e padrões de lançamento de efluentes, e dá outras providências. <http://www2.mma.gov.br/port/conama/legiabre.cfm?codlegi=646>. Acesso em: 27 jul. 2021.

MMA, 2021. **Resolução CONAMA 430/2011**. Dispõe sobre as condições e padrões de lançamento de efluentes, complementa e altera a Resolução nº 357, de 17 de março de 2005, do Conselho Nacional do Meio Ambiente- CONAMA. Disponível em: <http://www2.mma.gov.br/port/conama/legiabre.cfm?codlegi=646>. Acesso em: 27 jul. 2021.

MOLINARO, Carlos; LEAL, Augusto Antônio Fontanive. Big Data, machine learning e a preservação ambiental: Instrumentos tecnológicos em defesa do Meio Ambiente. **Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v. 15, n. 31, p. 201-224, jan./abr. 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Plataforma Agenda 2030 – **ONU/ Brasil** – <http://www.agenda2030.org.br/>. Acesso em 26 jun. 2021.

Organização das Nações Unidas (ONU). Desenvolvimento Sustentável. **ONU/ Brasil**. 2020. Disponível em: <https://brasil.un.org/>. Acesso em: 26 jun. 2021.

RIBEIRO, J. G. *et al.* O Novo Marco de Saneamento Básico. *In*: CARVALHO, C. V. de A. *et al.* (Eds.). **Ebook do Mestrado Profissional em Ciências Ambientais**. 2020.

SARAIVA, Coleção Saraiva de legislação. **Legislação de Direito Ambiental**, Constituição da República Federativa do Brasil, 12. Ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2019.

CONTRATOS POR RESULTADO: legalidade e aplicabilidade no setor de saneamento

José Augusto Dias Castro*

Túlio de Medeiros Jales*

RESUMO: O artigo avalia como a figura dos contratos administrativos por resultado podem ser explorados pelo setor de saneamento básico. Após analisar a licitude e as características próprias destes contratos, a conclusão é a de que eles podem servir de complemento aos instrumentos de delegação da prestação do serviço de saneamento, possibilitando a execução de obras de infraestrutura e serviços complexos não previstos pelos contratos de concessão.

Palavras-Chave: Contratação administrativa por resultado; Contratação por performance; Contratos Administração por resultado; Saneamento Básico; Novo Marco Legal do Saneamento Básico.

ABSTRACT: The paper examines how administrative performance-based contracts can be employed in the sanitation sector. After analyzing the legality and typical characteristics of these contracts, the conclusion is that they can serve as a complement to instruments for delegation of sanitation service, enabling the execution of infrastructure improvements and complex services not provided for in concession contracts.

Keywords: Performance-based procurement; Basic Sanitation; New Brazilian Legal Framework of Basic Sanitation.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Características gerais do modelo de contratações públicas no Brasil: *input-based procurement*. 3 Contratações por resultado. 4 Estrutura jurídica do setor de saneamento. 5 Contratações por resultado no setor de saneamento. 6 Conclusão.

* Advogado. Doutorando em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Direito Constitucional pelo IDP. L.L.M em Direito Público pela London School of Economics.

* Advogado Doutor em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN).

1 INTRODUÇÃO

O Brasil tinha ao final de 2018 cerca de 100 milhões de habitantes que ainda não possuíam sequer acesso a uma rede de esgoto; do esgoto gerado, apenas 49,1% eram tratados¹. Estes dados levantam o óbvio questionamento sobre se o Estado brasileiro – aqui tomado de forma ampla, englobando União, Estados, Distrito Federal e Municípios – está ou não sendo eficiente no uso de recursos econômicos e mecanismos jurídicos disponíveis para melhorar as condições de acesso a saneamento básico de sua população. Ainda que a infraestrutura básica de serviços públicos tenha mostrado avanços nas últimas décadas, a resposta parece ser negativa. Portanto, a busca por soluções que possam agregar eficiência na entrega de infraestrutura e serviços de saneamento com qualidade é fator crítico.

No campo do saneamento, a busca por soluções já é, de longa data, uma atribuição majoritariamente estatal. Tanto o regime anterior instituído pela ditadura militar, quanto aquele instituído pela Lei n. 11.445/2007, conferiam primordialmente ao Estado, por meio de suas estatais de saneamento básico, a tarefa de construção da infraestrutura básica e da prestação de serviços, especialmente nos campos de fornecimento de água e coleta de esgoto.²

No entanto, nas discussões recentes sobre a reforma do estatuto legal do saneamento básico brasileiro, prevaleceu entre os formadores de políticas públicas diagnóstico de que a iniciativa privada deve ser chamada a contribuir com o esforço de universalização de tais serviços, algo fortemente refletido no texto da Lei n. 14.026/2020, que repaginou a Lei n. 11.445/2007. Neste cenário, surge o tema que é núcleo deste ensaio, que é a análise do conceito de contratação administrativa por resultado, ou contratação por performance³ (*performance-based procurement*) como uma ferramenta adicional na busca pela concretização do direito fundamental ao saneamento básico, compreendido enquanto direito social albergado pela Constituição Federal.

É importante desde já fazer claro que as contratações por resultado, em princípio, não visam a substituir as concessões de serviços de saneamento ou os

¹ MINISTÉRIO DO DESENVOLVIMENTO REGIONAL. **Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento**. Site oficial. Disponível em: snis.gov.br. Acesso em: 03 nov. 2020.

² Até 2019, conforme dados do SNIS, mais de 90 por cento dos serviços de fornecimento de água e esgotamento sanitário ainda eram prestados por entidades estatais de diferentes tipos (prestação direta, autarquias, empresas públicas). Fonte: Site do Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento (SNIS): <http://www.snis.gov.br/painel-informacoes-saneamento-brasil/web/painel-esgotamento-sanitario>. Acesso em: 01º jul. 2021.

³ Ao longo deste projeto, faremos referência tanto a “contratos por resultados” quanto a “contratos por performance”, por serem sinônimos igualmente referenciados em abordagens sobre esta modalidade de ajuste.

contratos de programa. Trata-se de uma alternativa disponível para a Administração Pública contratar diretamente a implementação da infraestrutura de saneamento necessária à adequada prestação do serviço público, nas situações em que isso se mostre mais vantajoso do que inserir esta obrigação no escopo das delegações de serviço público. Portanto, o esforço aqui empreendido não será o de defender este tipo de contrato como uma alternativa melhor ou pior do que as concessões comuns, mas sim analisar como tais contratos podem complementá-las, além de avaliar como se encaixam nos modelos de contratações públicas previstas nas leis aplicáveis a licitações e contratos administrativos.

O artigo divide-se em quatro seções. A seção I descreve os principais aspectos do atual regimes para contratação pública no Brasil, denominado *input-based procurement*. A seção II explorará o modelo de contratação por resultados. Ver-se-á que, embora a busca por resultados seja o objetivo de qualquer contratação pública, a modalidade contratual aqui debatida tem uma estrutura de incentivos totalmente distinta da forma tradicional de compras governamentais, baseada na Lei nº 8.666/1993. As seções IV e V tratarão de transportar as discussões sobre contratações por resultados para o setor de saneamento básico. A intenção será avaliar se – e como – tais tipos de contratos podem dialogar com o atual marco legal do saneamento básico. Veremos que o novo modelo, ancorado em concessões e no conceito de benefícios cruzados entre municípios de maior e menor atratividade, pode não ser suficiente para atender a todas as regiões necessitadas de aprimoramentos em saneamento. Nestas situações, União, Estados e Municípios precisarão investir diretamente na construção de infraestrutura (ainda que para posterior concessão), e os contratos por resultados podem ser uma modalidade com atributos interessantes.

2 CARACTERÍSTICAS GERAIS DO MODELO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS NO BRASIL: *input-based procurement*

Antes de avançar-se na caracterização dos contratos por performance, convém fazer uma rápida contextualização do arquétipo atual desenhado para a construção de infraestrutura e prestação de serviços públicos no Brasil em geral, e em específico no campo do saneamento.

Nas normas que regulam as contratações públicas predomina um modelo de no qual o Poder Público concebe o resultado que pretende atingir com determinada contratação e contrata junto a fornecedores e prestadores de serviços os insumos e entregas que, no seu entender, irão possibilitar o atingimento daquele resultado planejado pelos formadores de políticas públicas. O contratado não participa do design dos resultados pretendidos, e não toma riscos caso não sejam alcançados. Seu

desempenho será medido e remunerado pela entrega dos insumos e fases contratadas, nos termos e condições estabelecidos no instrumento assinado. Este modelo é definido na literatura estrangeira como *input-based procurement*:

[...] mesmo quando o governo não é o principal prestador do serviço, ele permanece responsável por canalizar recursos públicos (sejam originados de tributos ou assistência internacional ao desenvolvimento) para prestadores alternativos sob parcerias público-privadas. Em ambos casos, a maioria dos contratos governamentais são contratados na modalidade tradicional, baseada em insumos (por exemplo, arranjos com pagamento de homem-hora de trabalho ou contratação individual de mão de obra, materiais, trabalhos físicos, serviços de consultoria, e outros componentes do trabalho). Valores enormes de recursos são gastos sem conectar os gastos à entrega dos serviços, levando observadores a questionar se este método tradicional cria incentivos adequados para resultados eficientes, e se limita apropriadamente oportunidades para corrupção.⁴ (tradução livre nossa)

Esta forma de contratação traz consigo problemas bem conhecidos a agentes públicos e operadores do direito pátrios: (i) deixa inteiramente nas mãos do órgão público a tarefa e o risco de modelagem da contratação e do detalhamento de todos os componentes de forma minuciosa (mesmo em situações de alta complexidade, que poderiam ser estruturadas com mais qualidade e menor custo por especialistas no setor privado); (ii) requer aparato expressivo de medição e controle da execução pelos contratados, com o consequente custo aos cofres públicos; (iii) pela dificuldade de exercer-se um controle efetivo do grande número de insumos que compõem o objeto do contrato, termina-se por abrir a porta para a falta de transparência e estímulos à corrupção; e, por fim, (iv) não há garantia de que o resultado em termos de ganhos sociais será efetivamente alcançado.

Tais problemas parecem pouco harmônicos com os desafios de racionalidade e eficiência administrativa demandados de gestores públicos na busca da realização do amplíssimo caderno de direitos sociais previstos na Constituição. Em especial, destaca-se que a legislação licitatória seria pouco convidativa à inovação. Este aspecto foi bem capturado por Carlos Ari Sundfeld ao comentar o contexto do surgimento da lei básica de licitações e contratos, Lei nº 8.666/1993⁵. Segundo o autor,

⁴ TINEO, Luis. Procurement issues in performance-based contracts: the World Bank experience with output-based aid subsidies. **Journal of Public Procurement**. Volume 7, Issue 1, p. 63. Reino Unido: Emerald Publishing, 2007.

⁵ SUNDFELD, Carlos Ari. Como reformar as licitações? In: SUNDFELD, Carlos Ari (org.). **Contratações Públicas e Seu Controle**. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 267-268.

eram duas as preocupações centrais no enredo que levou à aprovação deste estatuto: garantir a isonomia entre os interessados no fornecimento de bens e serviços à Administração Pública (em alinhamento com o preceito constitucional aplicável às aquisições públicas), e evitar conluios entre concorrentes em certames.

Como consequência da centralidade destas preocupações adveio um procedimento licitatório bastante burocrático, voltado a anular o poder criativo na definição de escopos e critérios de seleção (quase inteiramente focados em preço), e para criar métodos e controles de atuação dos atores envolvidos (gestores públicos e agentes privados). O atingimento de resultados, eficiência e economicidade no gasto público ficaram em segundo plano.

A consequência foi, já nos anos seguintes à aprovação da Lei n. 8.666/93, o surgimento de movimento legislativo que flexibilizassem ou permitissem exceções aos procedimentos previstos no então novel estatuto das licitações públicas⁶. No início dos anos 2000, aprovou-se a Lei n. 10.520/02, que instituiu a modalidade de pregão nas contratações públicas, para a contratação dos chamados bens e serviços comuns. Foi o primeiro grande sopro de inovação na legislação de licitações brasileira pós Lei n.º 8.666/93, com resultados alvissareiros para redução da burocracia e ganho de agilidade no processo licitatório.⁷ Outra inovação mais recente ocorreu em 2011, quando se aprovou o Regime Diferenciado de Contratação (Lei n.º 12.462 de 2011), com regras mais maleáveis especialmente para realização de obras.

Os resultados positivos das iniciativas mencionadas deixaram evidente a importância de arejar as contratações públicas com novas possibilidades, capazes de garantir agilidade e leveza às licitações e contratos em geral, mas especialmente aqueles voltados à geração de impacto social. Não por acaso a nova lei de licitações, Lei n.º 14.133/2021 encontrou bastante ceticismo da comunidade jurídica, por ter sido vista como instrumento incapaz de atingir tal desiderato⁸.

⁶ O movimento tomou duas formas. De um lado, incremento das hipóteses de dispensa de licitação previstas no art. 24 da referida lei; de outro, a possibilidade de terceirização quase integral da prestação de determinados serviços públicos para entidades privadas sem fins lucrativos, que embora sujeitas ao controle nos gastos dos recursos públicos recebidos, dispõem de maior margem de liberdade para contratar.

⁷ Novamente conforme dados do Portal da Transparência, em 2019, do total de valores contratados pelo Governo Federal, 42% ocorreram por meio de pregão. Se considerarmos que 56% das aquisições ocorreram por dispensa ou inexigibilidade, tem-se que a quase totalidade das compras realizadas com processo licitatório aconteceram via pregão. PORTAL DA TRANSPARÊNCIA. Acesso em: 30 out. 2020.

⁸ Há de se destacar, todavia, avanços interessantes, como a modalidade contratual dos ‘contratos de eficiência’, definidos pela nova lei como o contrato que tem como objeto a “prestação de serviços, que pode incluir a realização de obras e o fornecimento de bens, com o objetivo de proporcionar economia ao contratante, na forma de redução de despesas correntes, remunerado o contratado com base em percentual da economia gerada” (art. 6º,

Abre-se, portanto, campo interessante para modelos alternativos como as contratações por resultado, aqui discutidas. Conforme experiência internacional, tal tipo de arranjo tem sido utilizado nos casos em que o custeio de determinado direito social é feito diretamente pelo Estado, seja por uma decisão estratégica de não transferir sua exploração para o setor privado; seja pela falta dos requisitos que tornam sua delegação atraente e, portanto, viável economicamente. Como veremos adiante, embora não seja modelo que possa substituir as concessões de saneamento básico remuneradas via tarifas, pode lhes complementar especialmente na fase de construção da infraestrutura básica.

3 CONTRATAÇÕES POR RESULTADO

Feito o alinhamento inicial quanto ao instrumental disponível no sistema jurídico brasileiro para contratações no ramo de infraestrutura de saneamento, a seguir avalia-se as contratações por resultado, não sem antes uma rápida passada de olhos no que se tem denominado de doutrina da ‘administração de resultados’, com a qual este tipo contratual guarda pertinência.

3.1 Administração por resultados

Os contratos por resultado precisam ser inseridos no contexto mais amplo do que se vem denominando “administração por resultados”.

A noção de administração de resultados, objeto de doutrina que vem se fixando também no Direito Administrativo brasileiro, está intimamente ligada ao princípio da eficiência, e pressupõe um dever funcional – não meramente programático – da Administração de entregar resultados concretos à população. Diogo Figueiredo de Moreira Neto ensina que este conceito encerra em si uma dimensão finalística e não de intenções, estando o núcleo da legitimidade e eficiência administrativas não mais voltadas para processos ou atos administrativos, mas sim para resultados. Ou seja: uma gestão pública será tanto mais legítima e eficiente quanto mais resultados concretos entregar. Ainda segundo o autor, o que chama de ‘racionalização’ das atividades de governos não mais deve ser considerada apenas como mera aspiração ético-política, pois já tem status de direito difuso, sendo, portanto, imediatamente exigível por toda cidadania.⁹

LIII). Embora sua intenção direta seja gerar impactos sociais diretos, e sim a redução de despesas correntes da Administração Pública, o mecanismo de incentivos é similar ao de contratos por resultados.

⁹ MOREIRA NETO, Diego Figueiredo de. O paradigma do resultado. In: CARLIN, Volnei Ivo (org.). **Grandes temas de Direito Administrativo**: Homenagem ao Professor Paulo Henrique Blasi. Florianópolis: Millenium Editora, 2009. p. 221-224. O Professor ainda destaca

Rodrigo Pagani de Souza igualmente debruçou-se sobre a questão da busca por uma administração de resultados, e destacou que, no país, esta doutrina vem sendo construída em torno de três grandes pilares: eficiência, políticas públicas e controle de resultados. Ao tratar sobre a noção de eficiência, destaca que seu sentido mais destacado é o de *atingir efetivamente resultados*. E não quaisquer resultados: para Pagani, eficiência administrativa significa exigência de compromisso com resultados prioritários (conforme políticas públicas desenhadas), lícitos, legítimos e de qualidade, observada uma razoável relação custo-benefício¹⁰.

Neste contexto, a atividade de planejamento e sua execução ganha relevo especial como mecanismo de gestão nuclear para a obtenção de resultados. Moreira Neto destaca esta prática como intrinsecamente ligada ao que chama de ‘imperativo de racionalização’, a ponto de constar expressamente no texto do art. 174 da Constituição como uma das funções do Poder Público em sua função normativa e reguladora. Tal previsão constitucional, segundo o autor, “não deixa alternativa jurídica à passividade, ao imprevisto e ao desacerto por parte dos governos e dos governantes”¹¹. Há, portanto, ótimo espaço para novas concepções que possam ir ao encontro do anseio de concretude das políticas públicas desenhadas. As contratações por performance alinham-se a esta busca pela forma dinâmica como propõem metas e remuneração, proporcionando o uso de expertise privado para situações de alta complexidade.

3.2 Uma solução disruptiva: as contratações por resultado (ou por performance)

As chamadas contratações por resultado (originalmente *performance-based procurement* ou *output-based procurement*)¹², propõem um modelo que contém

a Lei italiana n. 241/90 como um dos marcos iniciais desta evolução do direito administrativo, “orientada por critérios de eficiência, de economicidade e publicidade”. Não por acaso, afirma, a doutrina italiana, como autores como Giancarlo Sorrentino, tomou a vanguarda da chamada ‘doutrina da administração de resultado’. No Brasil, na onda desta evolução, o legislador constituinte incluiu no caput do art. 37 da Constituição o princípio da eficiência entre os norteadores da atuação da Administração Pública direta e indireta.

¹⁰ PAGANI DE SOUZA, Rodrigo. Em busca de uma administração pública de resultados. In: PEREZ, Marcos Augusto; PAGANI DE SOUZA, Rodrigo. **Controle da Administração Pública**. Belo Horizonte: Editora Forum, 2017, p. 406 e seguintes.

¹¹ MOREIRA NETO, *op. cit.*, p. 220.

¹² As expressões são utilizadas em artigo paradigmático para este tipo de contratação elaborado por Penelope J. Brook e Suzanne M. Smith intitulado “*Contracting for public services: Output-based aid and its applications*” (Tradução livre: Contratação de serviços públicos: auxílio baseado em resultados e suas aplicações). BROOK, P. J.; SMITH, S. M. **Contracting for Public Services: Output-Based Aid and Its Applications**. Washington, DC: The World Bank. 2001.

estrutura de incentivos completamente distinta das contratações tradicionais centradas no modelo da lei nº 8.666 de 1993, e agora da Lei nº 14.133/2021.

Embora não tenha uma formatação específica, a contratação por resultados vem sendo utilizada de forma geral para incrementar a eficiência na entrega de infraestrutura e serviços para atividades governamentais nucleares. Como característica básica, delega-se a consecução de determinado objetivo a um terceiro, atrelando-se a remuneração ao atingimento de resultados diretamente ligados a ganhos sociais tangíveis. A aferição dos resultados é realizada por uma organização independente. Em resumo, contrata-se um resultado, com a transferência do risco por seu atingimento ao contratado. Como bem define Luis Tineo:

Focando em entregas palpáveis, a lógica da contratação muda de “que trabalho precisa ser feito” (*input-based*) para “que resultado precisa ser entregue” (*performance-based*). Especificações técnicas são substituídas por padrões de resultados mensuráveis; um único contrato substitui a gestão custosa de múltiplos fornecedores e componentes; e uma determinada soma só é paga mediante atingimento do resultado. Se forem desenhados da maneira apropriada, contratos com base em resultados podem levar governos a experimentar melhor valor dos prestadores de serviços e, no fim do dia, melhores resultados¹³.

No exterior, a modalidade tem exemplos práticos animadores¹⁴. O Peru conseguiu uma ampla expansão dos serviços de telefonia para zonas rurais, por meio de contratos em que as empresas contratadas assumiram integralmente o risco do investimento necessário para levar o serviço a áreas remotas, somente tendo seu subsídio pago pelo governo quando demonstrassem a efetiva conexão dos usuários da localidade à rede. Contratou-se somente o resultado: um número pré-determinado de novas conexões telefônicas na área rural. No Chile, usou-se o método para levar água tratada para casas de baixa renda. O resultado contratado foi um número pré-determinado de novas conexões de água, e o prestador de serviços só era remunerado pelo órgão público após demonstração da conexão e após o usuário ter pago pela fatura do serviço ao governo.

O Brasil já possui algumas iniciativas interessantes. A Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo (Sabesp) tem sido pioneira na execução de contratos de performance para obtenção de resultados tangíveis ligados a diminuição de desperdício de água, melhoria da qualidade da água e aumento de unidades conectadas à rede. Recentemente, a empresa assinou contratos para uma série de atividades para a despoluição do Rio Pinheiros, um dos mais notórios

¹³ TINEO, *op. cit.*, p. 63.

¹⁴ Estes exemplos são detalhados em BROOK e SMITH, *op. cit.*, 2001.

problemas ambientais da cidade. Pelo modelo adotado, as contratadas serão responsáveis por todas as obras de ampliação e adequação do sistema de esgotamento sanitário, e sua remuneração depende do resultado obtido. Para avaliar a performance, serão consideradas metas como o total de novos imóveis conectados ao sistema de tratamento de esgoto e a qualidade da água do córrego¹⁵.

Conforme informações públicas, os contratos já assinados no âmbito do mesmo projeto – todos baseados em resultados – já trazem resultados palpáveis com promissor impacto socioambiental. Até julho de 2019, as obras já haviam possibilitado que 6,7% da carga orgânica não mais afluísse aos córregos da bacia do rio Pinheiros (correspondente à carga de 35.913 imóveis/economias, uma população da ordem de 120 mil pessoas)¹⁶.

Outra iniciativa envolvendo contratação por resultados refere-se a projeto recente (2019/2020) do Ministério da Economia para formação e colocação no mercado de jovens desempregados. Esta iniciativa resultou na assinatura em fevereiro de 2020 do primeiro “Contrato de Impacto Social” (CIS) do Brasil, que é uma forma de contrato de performance inspirado nos *Social Impact Bonds* já experimentados no exterior, que são uma forma de engenharia financeira e de projetos para financiar empreendimentos de impacto social¹⁷.

Há, portanto, uma modelagem inovadora de contratação para atingimento de impacto social sendo aos poucos implementada no Brasil, com expectativa de altíssimo impacto social. Todavia, seu desenvolvimento pleno ainda carece de sólida

¹⁵ Governo de São Paulo assina últimos contratos para sanear bacia do Pinheiros e gera 3,7 mil vagas de trabalho. São Paulo: site da Secretaria de Infraestrutura e Meio Ambiente. Disponível em: <https://www.infraestruturameioambiente.sp.gov.br/2020/07/governo-de-sp-assina-ultimos-contratos-para-sanear-bacia-do-pinheiros-e-gera-37-mil-vagas-de-trabalho/>. Acesso em: 02 nov. 2020.

¹⁶ Novo Rio Pinheiros. São Paulo: SABESP, 2019. Disponível em: <http://site.sabesp.com.br/site/interna/Default.aspx?secaoId=751>. Acesso em: 02 nov. 2020.

¹⁷ Um *Social Impact Bond* é definido pela OCDE (Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico) como um mecanismo inovador de financiamento no qual governos entram em acordos com prestadores de serviços, como empreendedores sociais ou organizações não-governamentais, e investidores para pagar pela entrega de resultados sociais pré-definidos. Uma organização emissora de títulos levanta fundos de investidores, entidades de caridade e fundações, e tais fundos são distribuídos a prestadores de serviços para cobrir seus custos. Se os resultados mensuráveis são alcançados, o governo realiza os pagamentos para os emissores dos títulos ou investidores. OECD. **Understanding Social Impact Bonds**. Paris: OECD Publishing, 2014. Disponível em: <http://www.oecd.org/sti/ind/social-impact-investment.pdf>. Acesso em: 25 out. 2020.

base científica, normativa e jurisprudencial, para que operadores de políticas públicas tenham segurança jurídica e ferramentas adequadas para utilizá-la.¹⁸

3.3 Legalidade dos contratos por resultado no quadro legal brasileiro

As experiências de contratos por resultado trazidas pela seção anterior vêm ocorrendo mais pela coragem, empreendedorismo e espírito inovador de agentes públicos e parceiros privados do que pela existência de um marco jurídico sedimentado que lhes confira a segurança jurídica necessária, especialmente quando do enfrentamento dos temas pelos órgãos de controle. O principal desafio a ser superado para a demonstração da legalidade deste tipo de ajuste está ligado à sua falta de tipicidade, daí provindo o receio de gestores públicos em adotá-los. Existe no Brasil uma crônica falta de abertura para contratações não tradicionais por órgãos públicos, refletida em excessos dos mecanismos de controle.

Para Fernando Dias Menezes de Almeida, a predominância de regime jurídico geral não é mais apta a resolver a complexidade do fenômeno contratual vivido pela Administração, havendo de se garantir maior flexibilidade ao administrador, sem descuidar da legalidade e do controle do exercício dessa discricionariedade¹⁹. Floriano de Azevedo Marques Neto fala em unicidade de regime, capaz de impedir a modulações de modelos na ação administrativa. Para o autor, há uma força hermenêutica em torno da mencionada lei que atrai sua aplicação mesmo em contratos administrativos de outra natureza.²⁰ O resultado é a existência de um regime geral baseado especialmente no

¹⁸ Ainda no Brasil, vale menção a outros dois casos ainda em fase de planejamento, mas que já servem como importante referência de tipos de resultados e metodologias que uma inovação como os CIS tem potencial de gerar. No Estado do Ceará, o piloto em desenvolvimento pelo Governo do Estado é na área de saúde. A intervenção pretende aumentar a disponibilidade de leitos hospitalares para pacientes de internação de curta duração, o que seria possível com a transferência de pacientes crônicos para suas casas ou casas de saúde comunitárias. O objetivo é liberar 43.000 leitos na rede pública em 5 anos. As métricas de resultado previstas são: dias de leito ocupado no hospital, bem-estar e saúde de pacientes, cuidadores e famílias. A Secretaria da Educação do Estado de São Paulo planeja no momento um CIS voltado para o Ensino Médio. A intervenção será voltada para jovens com risco de evasão escolar, de regiões de vulnerabilidade social da região metropolitana do Estado. O objetivo é atender 12.000 jovens. As métricas de resultado incluem conclusão do ensino médio no tempo esperado sem perda de desempenho, medido por testes padronizados. Tais referências práticas no Brasil foram retiradas do parecer emitido pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional (PARECER SEI nº 2738/2019/ME) no âmbito do processo administrativo que culminou na celebração do CIS do Ministério da Economia (Processo SEI nº 19968.100062/2019-39).

¹⁹ MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. **Contrato Administrativo**. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 691.

²⁰ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Do contrato administrativo à administração contratual. **Revista do Advogado**, São Paulo, ano 29, n. 107, 2009.

modelo de empreitada para obras de engenharia, que é o típico *input-based procurement* discutido acima (item II.a), excessivamente voltado para o desenho e controle de entrega dos componentes da execução da avença, sobrando pouca atenção ao atingimento do resultado da política pública.

Esta força hermenêutica do unicismo destacado pelos autores extrapola o campo normativo, e povoa também as decisões nos campos administrativos, controladores e judiciais, ainda muitas vezes reativas a soluções não convencionais em termos de contratos administrativos. Tais circunstâncias sem dúvida constituem óbice à adoção dos contratos por resultado. Todavia, embora atípico, esta modalidade de avença não é ilegal, e tem os elementos necessários para ser bem acolhido pelos titulares da análise de sua validade.

Em favor da defesa da licitude dos contratos por resultado, no entanto, já é bastante pujante a posição segundo a qual o Direito Administrativo não é mais norteado por uma tipicidade cerrada, não passível de ser ventilada por novos modelos consensuais. Para embasar esta afirmação, há relevantes autores que vêm pavimentando o caminho rumo a uma Administração menos preocupada em enquadramento típico de atos administrativos, e sim com um modelo aberto de construção de consensos, seja em matéria contratual, seja em matéria litigiosa²¹.

Especificamente quanto aos contratos por resultado, embora ainda pouco desenvolvida, a discussão quanto à sua tipicidade já encontrou seu lugar em situações específicas. Em parecer emitido no âmbito de processo administrativo para implantação de iniciativa desta natureza, Carlos Ari Sundfeld foi instado a manifestar-se sobre a possibilidade de pagamentos vinculados a resultados efetivos, apesar da ausência de previsão na Lei nº 8.666/1993, tendo se manifestado nos seguintes termos:

O pagamento exclusivamente por resultado não tem referência expressa na lei 8.666/93, mas também não é proibido por ela. Nesse modelo o pagamento é realizado somente se ocorrer o

²¹ Entre eles, destacam-se trabalhos nessa linha de Fernando Dias Menezes de Almeida e os “módulos convencionais” trabalhados em sua tese de livre docência apresentada nesta Universidade de São Paulo; Carlos Ari Sundfeld e Floriano de Azevedo Marques Neto, que forneceram a base jurídica por trás da Lei no 13.655/2018, que prega pela solução consensual de situações conflituosas envolvendo particulares e a Administração Pública; Diogo de Figueiredo Moreira Neto e o que chamou de “eclosão da Administração consensual; Juliana Bonacorsi de Palma e Victor Rhein Schirato, para quem o atual apoio ao consenso compõe um plano mais amplo de mutação do Direito Administrativo ; entre outros autores de quilate similar. MENEZES DE ALMEIDA, *op. cit.*; MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. **Mutações do direito público**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 333; PALMA, Juliana Bonacorsi; e SCHIRATO, Victor Rhein. Consenso e Legalidade: vinculação da atividade administrativa consensual ao Direito. **Revista Brasileira de Direito Público**, Belo Horizonte, ano 7, n. 27, out./dez. 2009, p. 69 e 70.

atendimento das metas contratuais, sem o que não será devida remuneração, e isso ainda que o contratado tenha executado todas as prestações a que havia se comprometido. Na prática, o contrato deverá usar os recursos (próprios ou de terceiros) e executar as atividades que tiverem sido programadas, mas receberá remuneração apenas se (e na medida em que) resultados pré-definidos forem atingidos. A Sabesp (sociedade de economia mista controlada pelo GESP) já há algum tempo tem adotado contratos de performance para reduzir perdas de água e para obter eficiência energética. A desconfiança que houve no passado quanto ao modelo foi motivada por contratos cuja remuneração ou estava vinculada a resultados não diretamente relacionados às prestações executadas ou havia atingido valores excessivos, desproporcionais às prestações executadas. (...)O art. 40, XIV, 'a', da lei 8.666/93 não é um impedimento a esse modelo de remuneração. Ele apenas estabelece que o contrato deve conter prazo de pagamento não superior a trinta dias, contado a partir da data final do período de adimplemento de cada parcela. A prática de pagar conforme os serviços sejam prestados (pelo mecanismo conhecido por medição) é comum, mas não obrigatório. Não há, assim, óbice a que os pagamentos ocorram somente após a realização integral dos serviços e após a verificação do atingimento das metas. Aliás, hoje em dia está reconhecida em lei a juridicidade de os pagamentos nos contratos administrativos se darem com base em remuneração variável, vinculada ao desempenho do contrato.²²

Também já há decisões de tribunais de contas que abordaram o tema de maneira favorável, como o Tribunal de Contas de São Paulo, ao avaliar a legalidade de contratações dessa natureza. Em diferentes oportunidades, a referida Corte já se posicionou favoravelmente a tais contratos, inclusive no âmbito de tomadas de contas, mesmo contrariamente à opinião de assessorias jurídicas e órgãos internos de fiscalização do órgão²³. Assim, por ainda não haver um tipo contratual específico

²² SUNDFELD, Carlos Ari. **Parecer SEI Nº 2738/2019/ME** no âmbito do processo administrativo que culminou na celebração do CIS do Ministério da Economia (Processo SEI nº 19968.100062/2019-39). Brasília: Ministério da Economia, Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, 22 out. 2019.

²³ Como exemplo, cite-se o julgamento da TC-008226/026/09, julgado pela Primeira Câmara do Tribunal em 17 de abril de 2012 no âmbito do contrato celebrado em 06 de janeiro de 2009, entre a Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo - SABESP e o Consórcio ETEP/RESTOR, objetivando a “prestação de serviços técnicos para elaboração de estudos, projetos e implantação de plano de trabalho para otimização do Setor de Abastecimento de Água Chácara Flora, visando a redução de perdas reais”.

previsto na legislação brasileira, os contratos por resultado tomarão a forma das modalidades já existentes, mantendo suas características elementares²⁴.

Há outros bons elementos para defender que a contratação com base em resultados foi plenamente recepcionada pelo sistema jurídico brasileiro, e que, para necessidades de infraestrutura e prestação de serviços de impacto social com certas características, é uma opção atrativa para atender a interesses específicos da Administração Pública e, conseqüentemente, do público a ser atingido.

Segundo os Araújo, Barbeito e Fonseca, a transferência de riscos que caracteriza o modelo se desejável no cenário de notória e aguda crise fiscal, atualmente vivenciada por Estados e Municípios, reduzindo-se a incapacidade desses entes em efetivar os investimentos sociais previstos na Constituição Federal.²⁵

Mencionam os autores ainda que, como consequência da inserção de metas quantificáveis e demonstráveis a serem atingidas, o contratos de impacto social têm o grande potencial de trazer novos atores para o campo de financiamento de políticas públicas, já que exige que os investimentos sociais sejam geridos por estruturas capazes de comprovar que os valores dispendidos, de fato, geraram um retorno social, contribuindo para a disseminação de uma cultura de avaliação e monitoramento de intervenções sociais. Além disso, há o potencial de trazer tradicionais investidores do campo da filantropia, que buscam diversificar sua forma de atuação e ampliar os resultados almejados. Destacam ainda ser o CIS um veículo propício para a propagação de soluções inovadoras e eficientes para a resolução de problemas sociais, dotada de alguma escalabilidade, uma vez que novos arranjos, submetidos ao teste da realidade e bem-sucedidos, poderão ser replicados.²⁶

Também já avaliaram o tema Monteiro Rosilho, que anota aspecto interessante: o CIS tem potencial para ampliar as possibilidades de engajamento da

²⁴ Vale notar que o PLS nº 338/2018, já mencionado neste estudo, cria tipo específico chamado ‘Contrato de Impacto Social’. Caso aprovado, os contratos de resultado passam a contar com tipificação específica no Administrativo Brasileiro. Cabe observar, todavia, que o PLS é bastante sucinto, fazendo referência à aplicação subsidiária da Lei nº 11.079/2004 (Lei das PPP), Lei nº 10.520/2002 (Lei do Pregão) e à Lei nº 8.666/1993 (Lei de Licitações).

²⁵ FONSECA, Gustavo Madureira; VASCONSELLOS, Juliana F. Barbeito de; ARAÚJO, Thiago Cardoso. O contrato de impacto social (CIS) e a modelagem jurídica para sua implementação: uma inovação na forma de financiamento de políticas públicas. **Revista da Escola da Magistratura do TRF da 4. Região**, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 161-182, out. 2014.

²⁶ Merece destaque também o trabalho de Schiefler e Adib, sobre os *Social Impact Bonds* acima mencionados (traduzidos pelos autores como “Títulos de Desenvolvimento Social”). No artigo, os autores descrevem o instrumento, e como a lógica do mercado de capitais pode ser utilizada para financiamento de projetos de impacto social. SCHIEFLER, Gustavo Henrique Carvalho; e ADIB, Luccas Augusto Nogueira. **Revista Digital de Direito Administrativo**, v. 3, n. 1, p. 69- 103, 2016. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/106006/108645>. Acesso em: 20 out. 2020.

iniciativa privada em projetos sociais para além da filantropia, atraindo atores privados que não têm interesse somente em fazer doações. A ideia é que esses sujeitos, que visam primordialmente ao lucro, passem a enxergar em projetos de impacto social verdadeiras oportunidades de negócio, incorporando-os a seus portfólios²⁷.

Destaca-se também o Projeto de Lei do Senado nº 338, de 2018 de autoria do Senador Tasso Jereissati (PSDB/CE), que pretende tipificar expressamente os contratos de impacto social. Na justificativa do PLS, aponta-se dois principais problemas que podem impedir ou dificultar a implementação do CIS no Brasil: em primeiro lugar, a falta de um arcabouço legislativo que lhe dê segurança e estabilidade; em segundo plano, a falta de uma clara matriz de riscos inclusive para o investidor, que pode evitar realizar o investimento, quando da captação de recursos pela entidade contratada, por temer ser responsabilizado em esferas trabalhistas e tributárias, por exemplo.²⁸

Vê-se, portanto, movimentação relevante da comunidade jurídica e política para ampliação do universo normativo das contratações públicas em direção ao atingimento de resultados de impacto social mais palpáveis, ora em linha mais principiológica (como no Decreto nº 9.977/2019), ora mais pragmática (PLS nº 338/2018, que busca inserir no Direito Administrativo um contrato típico).

4 ESTRUTURA JURÍDICA DO SETOR DE SANEAMENTO

A prestação do serviço público de saneamento básico saneamento básico é regulada por meio da Lei nº 11.445/2007, embora com pontos de intersecção com a Lei nº 8.987/1995 mencionados expressamente em seu texto. Por este estatuto, os titulares dos serviços públicos de saneamento básico – definidos como os municípios e Distrito Federal isoladamente, ou em conjunto com Estados, a depender da existência ou não de interesse comum (art. 8º, caput) – poderão optar por prestar os serviços diretamente ou concedê-los (art. 9º, II). Até o advento da Lei nº 14.026/2020, que alterou substancialmente o arquétipo legal do setor, os titulares tinham a prerrogativa de conceder a prestação de serviços sem licitação a empresas estatais por meio de contratos de programa (Lei nº 8.666/1993, art.

²⁷ MONTEIRO, Vera; ROSILHO, André. Como o Estado pode celebrar contrato de impacto social/CIS? In: WALD, Arnoldo *et al.* (org.). **O Direito Administrativo na Atualidade**. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 1173-1177.

²⁸ Ainda no contexto da legalidade desta modalidade contratual nova, é relevante ter em conta o recente Decreto nº 9.977/2019, que cria a Estratégia Nacional de Investimentos e Negócios de Impacto e o Comitê de Investimentos e Negócios de Impacto. Nos termos do Decreto, o objetivo das instituições criadas é a promoção de um ambiente favorável ao desenvolvimento de investimentos e negócios de impacto, definidos como “empreendimentos com o objetivo de gerar impacto socioambiental e resultado financeiro positivo de forma sustentável” (art. 2º, I). Embora não trate especificamente dos contratos de performance, a iniciativa segue a linha de geração de um ambiente mais amigável a projetos de impacto social.

24, XXVI), normalmente em conexão com convênios de cooperação assinados com os governos dos Estados (disciplinados pela Lei nº 11.107/2005, que dispõe sobre os consórcios públicos e convênios de cooperação).

Com a reforma do marco do setor trazida pela Lei nº 14.026/2020, desenham-se duas diretrizes principais novas, que podem ser assim resumidas: (i) as concessões de serviços de saneamento devem ser precedidas de processo licitatório, vedada a celebração de contrato de programa de forma direta e sem concorrência, o que reflete clara orientação do legislador de trazer operadores e investidores privados para o setor; e (ii) há forte estímulo à organização em blocos regionais (na forma de região metropolitana, aglomeração urbana ou microrregião instituídas via lei complementar pelos Estados; unidades regionais de saneamento básico instituídas pelos Estados via lei ordinária; ou blocos de referência instituídos pela União, nos termos do art. 3º, VI da Lei nº 11.445/2007), para que municípios de menor potencial em termos de geração de receita aos concessionários não resem aliçados do modelo de concessão.

Quanto à segunda característica (estímulo à organização em blocos regionais), há pontos relevantes a serem endereçados frente à proposta deste estudo. Primeiro, o caráter facultativo da adesão por entes federativos aos arranjos regionais aprovados Estados ou União (art. 8º-A), o que abre espaços para que municípios encontrem arranjos distintos para prestação dos serviços. Segundo, as dificuldades superlativas na obtenção de consensos e definição do modelo mais atraente de prestação regionalizada de forma a gerar os benefícios cruzados pretendidos pelo legislador.

Tais circunstâncias são campo propício para surgimento de dois cenários: (i) um no qual municípios optem por seguir caminhos próprios, por exemplo, prestando diretamente os serviços ou contratando concessões fora do bloco inicialmente delineado; e (ii) diante do insucesso na formação dos blocos regionais programados, Estados e União podem ter de encontrar novas formas de criar infraestrutura de saneamento para determinadas áreas com baixa densidade tarifária. Para estes cenários vislumbra-se oportunidades interessantes para o uso dos contratos de resultado, conforme comentários que seguem.

5 CONTRATOS POR RESULTADOS NO SETOR DE SANEAMENTO

A hipótese de uso dos contratos de performance na área de saneamento já se demonstrou factível na prática, com exemplos no Brasil e no exterior, alguns deles indicados no item IV.b deste artigo. Mas como este tipo de arranjo dialoga com o marco legal do saneamento básico vigente (notadamente a Lei nº 11.445/2007)? Em um modelo ancorado em concessões, há espaço para tais contratos?

A resposta parece ser positiva, pois o conceito de contratação por performance não pressupõe a exclusão ou substituição dos demais modelos existentes, pelo contrário: podem inclusive tomar a sua forma, pois não existe um tipo contrato específico como este no arquétipo aplicável às contratações públicas brasileiras. E como visto no item IV.c acima, já há material jurídico consistente a defender que há espaço nos contratos administrativos tradicionais para conferir abrigo às características que definem este tipo de arranjo, que pode muito ser aplicado sem a necessidade de mudanças legislativas que reformem a forma de contratar do Poder Público. Assim, sugere-se endereçar esta pergunta – se há diálogo possível entre os contratos por resultados e o novo marco do saneamento – a partir dos principais elementos caracterizadores deste tipo de ajuste já delineados nos tópicos anteriores, porém aqui especificamente avaliados para este campo de aplicação, conforme segue.

Situações de alta complexidade e alto risco de modelagem: Em linhas gerais, a conveniência do uso desta modalidade em lugar das contratações tradicionais para realização de obras e serviços leva em conta dois fatores combinados. Primeiramente, tem-se recorrido a tais contratos quando órgãos públicos se deparam com problemas de alta complexidade, que lhe demandariam um esforço de modelagem da solução altamente custoso e com alto risco de não atingimento do resultado pretendido. Há um componente forte de inovação e expertise comumente não disponível no âmbito do Poder Público.

Segundo, ao menos idealmente os contratos por resultado são alternativa interessante somente quando o custo estimado para o design da solução pelo próprio Poder Público é maior do que os subsídios a serem pagos ao parceiro privado caso atinja os resultados. Caso a obtenção da solução possa ser delineada pelo próprio órgão com seus recursos humanos e tecnológicos próprios, a um custo e tempo menores do que a remuneração de eventual contratado, não há razão em se utilizar esta forma de contratação, que por envolver alto risco, tende a envolver preços mais altos para que possam ser justificadas no lado privado.

No campo do saneamento básico, que envolve desafios logísticos, ambientais, e tecnológicos relevantes, não é difícil imaginar hipóteses em que estes elementos tornariam este tipo de contratação conveniente. Por exemplo, para a construção de estruturas de fornecimento de água tratada ou coleta de esgoto com desafios geográficos e geológicos relevantes, e para projetos para tratamento de água com níveis críticos de poluição.

Atendimento de direitos sociais difusos: Tais contratos têm se caracterizado por endereçarem uma necessidade diretamente vinculada a direitos sociais de ordem constitucional. Quanto a este aspecto, tem-se cediço que o saneamento básico é um instrumento essencial para o atingimento do direito difuso à saúde (art. 6º, caput da

Constituição), que é dever do Estado garanti-lo 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 (art. 196). No campo infraconstitucional, há metas fixadas na Lei nº 11.445/2007 (especialmente com a reforma trazida com a Lei nº 14.026/2020) para dar concretude a tais direitos difusos por meio do saneamento básico, que devem ser perseguidas pelos titulares dos serviços²⁹.

Desembolso de recursos públicos: De início, deve-se apontar que o contrato por resultado não pode ser entendido como tipo de concessão comum de serviços públicos, que se aplica a contextos distintos e com outro mecanismo de incentivos. O contrato aqui avaliado é aplicável especialmente nos espaços em que as concessões comuns não são convenientes, em que inexistente viabilidade econômica para tal. No arquétipo desenhado pela atual redação da Lei nº 11.445/2007, vislumbra-se esta falta de viabilidade econômica para adoção do modelo de concessões comuns (regrados pelo art. 10 e seguintes da lei) por diferentes razões que podem vir a se concretizar, como a falta de adesão de municípios suficientes às unidades regionais para prestação regionalizada (definidas no art. 3º, inciso VI) para garantir-lhes viabilidade; e alta complexidade e custo de obras necessárias para certas regiões, que inviabilizam o modelo de concessão e remuneração unicamente por tarifas.

Amoldam-se os contratos de performance, portanto, mais às situações em que o titular do serviço opte por prestar diretamente os serviços (conforme Lei nº 11.445/2007, art. 9, II, primeira parte), ou ao menos construir a infraestrutura necessária – ou parte dela – para posterior delegação. Neste caso, a Administração Pública precisará custear diretamente obras e/ou serviços de saneamento, diferentemente do modelo de delegação em que a construção da infraestrutura e a prestação de serviços são transferidas a um particular (embora a concessão possa se dar sem necessidade de investimentos em infraestrutura pelo particular, o mais comum é que com a delegação obrigue-se o contratado a realizá-los, em maior ou menor monta, a depender da estrutura já existente).

Fixação de resultados de impacto social aferíveis: Outra característica das contratações por resultado, quiçá a mais determinante para sua configuração,

²⁹ Os contratos de prestação de serviços de saneamento, independentemente do tipo, deverão conter 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 (art. 10-A, I). Além disso, 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 (art. 11-B).

determina que o escopo contratado deve ser um resultado tangível e de impacto social objetivamente aferível. Não se contrata *meios* para atingimento de ganhos sociais (por exemplo, execução de projetos previamente concebidos pelo órgão público, como para construção de tubulações, estações de tratamento de água), mas sim o próprio resultado pretendido. O Estado desincumbe-se da tarefa de conceber todo o projeto para atingimento de certo impacto social, contratando simplesmente o ponto de chegada, e só pagando se for efetivamente atingido. Como visto na seção II deste trabalho, em saneamento básico, já há casos práticos com metas objetivas, mensuráveis e que resultam em impacto direto caso sejam atendidas.³⁰

Alocação de riscos ao contratado: Outro aspecto relevante dos contratos de resultado refere-se ao risco pelo não atingimento das metas pactuadas, que a princípio compete ao contratado, que só receberá os pagamentos caso os resultados de impacto social sejam atendidos. Trata-se de um contrato efetivamente de risco, pois ainda que o contratado tenha feito trabalho com excepcional qualidade, caso os resultados não sejam atingidos, não lhe caberá remuneração alguma³¹.

Tal alocação de riscos merece ser vista com cautela. Embora não haja previsão específica em legislação, parece-nos que o mais razoável é aplicar o regime geral dos contratos administrativos, segundo o qual o risco pertence ao contratado enquanto as condições inicialmente avençadas com a Administração Pública sejam mantidas. Na modalidade aqui avaliada, os riscos efetivamente assumidos pelo contratado são aqueles ligados ao projeto e sua execução, pois diretamente ligados à definição e atingimento das metas. Riscos de outras naturezas podem ser alocados diferentemente, conforme melhor indicarem os estudos prévios à contratação. Aliás, a questão da alocação de riscos deverá ser muito bem construída, especialmente em função do risco expressivo assumido pelo particular de não receber quaisquer valores na eventualidade de metas não serem cumpridas.

Aferição por meio de avaliador independente: Por fim, destaca-se como característica de tais contratos a aferição do efetivo alcance do resultado por meio de um

³⁰ Na seção II, vimos que o Chile usou o método para levar água tratada para casas de baixa renda, contratando como resultado um número pré-determinado de novas conexões de água, com o prestador de serviços sendo remunerado pelo órgão público após demonstração da conexão e após o usuário ter pago pela fatura do serviço ao governo. No caso da SABESP, o projeto tem como meta um número pré-determinado de novos imóveis conectados ao sistema de tratamento de esgoto (evitando assim o despejo de efluentes na água do rio), além de metas de qualidade nos índices de pureza da água.

³¹ Este ponto é bastante enfatizado no PLS nº 338/2018, que institui os CIS. Além de estabelecer que cabe à entidade contratada e aos eventuais parceiros investidores o risco de não atingimento das metas estipuladas no contrato (art. 4º), o projeto ainda determina ser vedado ao poder público assumir, a qualquer título, obrigação financeira pelos riscos de não atingimento das metas (art. 5º).

avaliador independente credenciado para tal³². Como a remuneração do contratado depende integralmente da aferição do batimento da meta contratada, de fato não faria sentido confiar esta função ao próprio órgão contratante. Haveria um notório conflito de interesses na avaliação do resultado obtido, sendo ponto de inegável importância nas experiências internacionais. A contratação de avaliador independente não é figura estranha às contratações públicas no Brasil, tendo a Lei nº 14.133/2021 positivado esta possibilidade ao disciplinar que os órgãos contratantes poderão exigir certificação por organização independente acreditada pelo Inmetro como condição de aceitação de “conclusão de fases ou de objetos de contratos” (art. 17, § 6º).

Em projetos de saneamento, a aferição do cumprimento de metas pode se mostrar atividade de notável complexidade, como avaliar o número de unidades residenciais efetivamente conectadas à rede, o nível de turbidez da água; além de grande responsabilidade, pois toda a remuneração do contratado estará vinculada ao resultado desta aferição.

A partir destes elementos que caracterizam os contratos de performance, abrem-se algumas possibilidades de utilização destes instrumentos no campo do saneamento básico. Deve-se, primeiramente, compreender a aplicação destes ajustes não como prestação de serviços públicos unicamente, mas como instrumentos que podem visar finalidades distintas, tais como aquelas ligadas à construção de infraestrutura, resolução de desafios ambientais e melhoria nas condições de tratamento da água. Embora haja ainda pouco material doutrinário e precedentes sobre as diferentes situações em que estes arranjos podem ser úteis neste campo específico, atrevemo-nos a elencar algumas.

5.1 Contratação de obras ou serviços simples (sem prestação de serviços públicos)

Em um primeiro modelo, a contratação por resultados pode ser atrativa em situações com altíssimo custo de construção de infraestrutura, porém com boa capacidade tarifária proveniente da população a ser beneficiada (caso o custo da infraestrutura não precise ser absorvido pelo concessionário). Neste caso, a modelagem adotada pode envolver a contratação por resultados somente para a construção da infraestrutura, mediante um dos estatutos atualmente disponíveis (legislação de licitações, RDC), de forma a evitar que a concessão tenha de absorver tais custos. O Poder Público, aqui, beneficia-se do modelo para transferir a entes

³² Trata-se de aspecto igualmente previsto no PLS nº 338/2018, segundo o qual é essencial que o CIS contenha “as condições para a contratação de avaliador externo independente, a fim de verificar e mensurar o atingimento das metas do CIS” (art. 7º, V).

contratados o desafio de superar os eventuais entraves geográficos ou tecnológicos postos, desincumbindo-se do encargo de desenvolvimento da solução de forma direta pelo órgão, e remunerando o parceiro pela criação em caso de sucesso. Posteriormente, delega-se via concessão comum unicamente a execução dos serviços com a respectiva manutenção, com maior viabilidade para a concessão.

Pode-se imaginar aqui o uso do diálogo competitivo, recém inaugurado pela Lei nº 14.133/2021, definido como a “modalidade de licitação para contratação de obras, serviços e compras em que a Administração Pública realiza diálogos com licitantes previamente selecionados mediante critérios objetivos, com o intuito de desenvolver uma ou mais alternativas capazes de atender às suas necessidades, devendo os licitantes apresentar proposta final após o encerramento dos diálogos” (art. 6º, XLII).³³

5.2 Concessão administrativa

Em outro modelo, entes federativos podem contratar por resultados a construção de infraestrutura e custear a própria prestação dos serviços públicos, como em regiões de difícil acesso, baixa densidade demográfica e renda, sem volume tarifário mínimo. Neste modelo, há pouca atratividade para uma concessão remunerada unicamente ou parcialmente por tarifas. Uma vez atingidas as metas estabelecidas pelo contratado que permitam a prestação dos serviços em determinada região até então não atendida, o contratado passa a ser remunerado diretamente pelo órgão contratante para prestação dos serviços, como usuário indireto.

Neste caso, a contratação poderia tomar a forma de uma parceria público-privada administrativa, nos termos da Lei nº 11.079/2004, modalidade de concessão na qual a Administração Pública é a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens (art. 2º, § 2º). Diferente do modelo de contratação via legislação de licitações e contratos para obras, bens e serviços, as PPPs conferem tempo maior (até 35 anos) de duração, permitindo que os investimentos de desenvolvimento e implementação da solução pelo contratado tenham maior período para amortização. Além disso, têm em seu núcleo a noção de repartição de riscos, permitindo-se a com menor margem para questionamentos

³³ Note-se que, nos termos da lei, este tipo de contrato aplica-se exatamente às hipóteses acima descritas, quando presentes as seguintes condições: a) inovação tecnológica ou técnica; b) impossibilidade de o órgão ou entidade ter sua necessidade satisfeita sem a adaptação de soluções disponíveis no mercado; e c) impossibilidade de as especificações técnicas serem definidas com precisão suficiente pela Administração (art. 32, I).

alocação do risco ligado ao sucesso de design da solução do projeto e sua implementação ao contratado.

5.3 Concessão patrocinada

Outra possível modelagem poderia envolver parceria público-privada patrocinada, definida pela Lei nº 11.079/2004 como a concessão de serviços públicos que envolve adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários uma contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado (art. 2º, § 1º). Assim, de forma a garantir os investimentos necessários e a modicidade das tarifas, pode-se envolver no modelo o desembolso de recursos públicos, que seriam liberados por parte do parceiro público com a obtenção dos resultados previamente fixados dentro da modelagem típica dos contratos de performance aqui avaliados. Diferente do modelo anterior, há margem para cobrança de tarifas. Todavia, a passagem para o estágio de sua cobrança – bem como do pagamento da contraprestação provinda de recursos públicos – estará condicionada ao atingimento das metas inicialmente pactuadas com a Administração Pública. Novamente, embora não haja previsão específica na Lei nº 11.079/2004 para o condicionamento da prestação pública ao atingimento de metas, não nos parece haver óbice para que esta alternativa possa ser contemplada (apesar de ser opção bastante arriscada para o parceiro privado).

Há, portanto, espaço para os contratos de performance dentro das hipóteses já previstas em lei. O mais importante é que a construção do modelo preveja seus requisitos centrais, que não desfiguram os modelos contratuais já existentes: (i) transferência do desafio de concepção da solução para contratado; (ii) mediante fixação de metas que atinjam diretamente (e não sejam apenas meio) o impacto social desejado; (iii) sob risco de não haver pagamento em caso de não atingimento.

6 CONCLUSÃO

Vem se consolidando o entendimento de que o Poder Público deve buscar resultados concretos no atendimento dos direitos difusos previstos constitucionalmente, sendo este objetivo não somente programático, mas efetivamente finalístico. Os contratos por resultado alinham-se a este esforço, pois seu método de definição de escopo e remuneração propõe metas objetivas e aferíveis, que uma vez atingidas trazem resultados concretos para a população.

Há ainda desafios a serem vencidos, especialmente quanto à falta de tipicidade específica para este tipo de avença quando um dos contratantes é parte da

Administração Pública. Todavia, já há exemplos alvissareiros de seu uso no país, e boa receptividade prática entre administrativistas quanto à sua aplicação. Embora já haja projeto legislativo em andamento para discipliná-los, parece-nos que estes contratos podem ser enquadrados nas formas de contratação já existentes, desde que exista abertura para adaptações.

No campo do saneamento, ele agrega mais uma opção interessante para desenho de projetos com desafios ambientais, logísticos e de tecnologia complexos, especialmente quando a concessão remunerada por tarifas se mostre inviável ou inconveniente, devendo a contratação de determinada solução ser feita pelo próprio órgão público. Neste ensaio, fizemos uma análise inicial de possíveis situações e modelos contratuais em que este tipo possa se encaixar para atacar desafios de saneamento, a ser complementada com novos exercícios teóricos e práticos para que se consolide no universo dos contratos administrativos.

REGIONALIZAÇÃO DO SANEAMENTO BÁSICO NO NOVO MARCO LEGAL: compreensão dos precedentes do STF e o modelo adotado pelo Estado do Espírito Santo

Luciana Merçon Vieira *

RESUMO: Este artigo versa sobre a regionalização dos serviços de saneamento básico imposta pelo novo marco legal do saneamento, especialmente sobre a criação de microrregiões pelos Estados e sua interseção com o deslocamento do exercício da titularidade municipal desses serviços para o agrupamento intergovernamental entre Estados e Municípios. Identifica, mediante o levantamento bibliográfico de precedentes do Supremo Tribunal Federal, bem como por intermédio do estudo de dois casos concretos de concessão, que o tema da titularidade dos serviços de saneamento, quando regionalizados na forma de microrregiões, interfere nas concessões dos serviços, inclusive, com possível cancelamento do certame. A partir dessas observações, analisa o modelo de regionalização adotado pelo Estado do Espírito Santo e apresenta, como medida mitigatória de disputa entre estados e municípios, o desenvolvimento de um arcabouço de divulgação sobre os precedentes do STF e sobre as respectivas leis estaduais de regionalização do saneamento básico.

Palavras-chave: Regionalização dos serviços de saneamento. Titularidade. Falha de Projeto. Arcabouço de informação.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Prestação regionalizada dos serviços de saneamento básico no novo marco legal, mediante a criação de microrregiões pelos Estados. 2.1 Regionalização da prestação dos serviços de saneamento no novo marco legal. 2.2 A criação de microrregiões pelos Estados. 3 A Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.842-RJ e precedentes do STF. 4 Recentes disputas em concessões de saneamento básico em torno da titularidade dos serviços. 4.1 Caso da Bahia: Reclamação nº 3.7500. 4.2 Caso da CEDAE no Rio de Janeiro. 5 Modelo de regionalização adotado pelo Estado do Espírito Santo. 5.1 Criação de uma única microrregião no Estado do Espírito Santo. 5.2 Arcabouço de divulgação de informações como medida preventiva de disputas entre Estados e Municípios. 6 Considerações finais.

* Procuradora do Estado do Espírito Santo, Mestre em direitos e garantias constitucionais pela FDV, especialista em Concessões e PPPs pela FESPSP.

1 INTRODUÇÃO

Delimitou-se, neste artigo, o tema da regionalização dos serviços de saneamento básico instituída pelo novo marco legal do saneamento em uma de suas formas: a criação de microrregiões.

Apontou-se como problema o impacto da regionalização sobre o exercício da titularidade dos serviços de saneamento básico que, na hipótese de criação de microrregiões, desloca-se para um ente intergovernamental formado pelos estados e municípios que lhe integram.

Para o desenvolvimento das ideias, identificou-se as formas de regionalização previstas no novo marco, bem como a competência dos estados para implementá-las e as consequências advindas de possíveis omissões dos entes estaduais em promovê-las.

Ressaltou-se que a compreensão do problema parte de precedentes do Supremo Tribunal Federal (STF), em especial o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.842-RJ (BRASIL, 2013), que enfrentou o tema da titularidade dos serviços de saneamento na hipótese de criação de regiões metropolitanas ou microrregiões, e concluiu que nessas hipóteses, a titularidade dos serviços passa a ser exercida conjuntamente pelo estado e municípios integrantes da microrregião.

Em linha com os precedentes do STF, empreendeu-se o estudo de dois casos concretos de concessão, nos quais a titularidade dos serviços de saneamento, dada a formação de regiões metropolitanas ou microrregiões, impactou as licitações. Um dos paradigmas ocorreu no Município de Brumado, no Estado da Bahia, tendo havido o cancelamento da licitação.

O outro paradigma averiguado fora o leilão da Companhia Estadual de Águas e Esgotos do Rio de Janeiro (CEDAE), em que, embora tenha sido concluído com a adjudicação parcial dos lotes licitados, o tema da titularidade dos serviços ensejou ajustes na fase interna do certame, bem como disputa entre a Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro (ALERJ) e o Estado do Rio de Janeiro, por intermédio de atos normativos veiculados às vésperas do leilão.

Verificou-se que embora o STF já tenha enfrentado a matéria e o novo marco legal tenha incorporado a solução atribuída pela Corte, remanescem incertezas por parte dos entes públicos quanto à titularidade dos serviços na hipótese de criação de microrregiões.

Aludida circunstância poderá ensejar falha de projetos¹ em escala nacional, como o cancelamento de licitações, ou retardar os procedimentos licitatórios dada a

¹ “[...] Há dois tipos principais de falha (em termos de consequências), durante as fases de preparação e licitação: • A suspensão do processo, seguida da redefinição do projeto (no todo, com uma revisão do escopo do projeto e reinício do processo de avaliação, ou em parte, com

necessidade de ajustes na fase interna dos certames, pois a regionalização da prestação dos serviços de saneamento básico encontra-se em curso em parte substancial dos estados brasileiros, por imposição do novo marco legal.

Seguidamente, analisou-se o modelo de regionalização adotado pelo Estado do Espírito Santo, com igual ênfase no exercício da titularidade dos serviços, delineando-se sobre o funcionamento do colegiado, órgão máximo da autarquia intergovernamental constituída pelo estado e municípios capixabas.

Abordou-se as vantagens do modelo adotado como, por exemplo, a criação de apenas uma microrregião, medida que favorece a institucionalização da autarquia intergovernamental, bem como as aparentes desvantagens relativas aos pesos dos votos dos entes públicos na tomada de decisão da autarquia, que terá a competência para autorizar a delegação ou não dos serviços de saneamento na microrregião.

Quanto ao método, utilizou-se o de abordagem dedutiva, bem como o método de procedimento bibliográfico e documental.

Concluiu-se, ao final, pela necessidade de se mitigar as incertezas e prevenir disputas em torno do tema da titularidade dos serviços de saneamento regionalizados por intermédio das microrregiões, propondo-se a adoção de um arcabouço de divulgação de informações e sua comunicação dirigidas aos municípios, aos órgãos de controle externo e ao Poder Judiciário, objetivando que os certames se encaixem às respectivas regras da regionalização.

2 PRESTAÇÃO REGIONALIZADA DOS SERVIÇOS DE SANEAMENTO BÁSICO NO NOVO MARCO LEGAL, MEDIANTE A CRIAÇÃO DE MICRORREGIÕES PELOS ESTADOS

2.1 Regionalização da prestação dos serviços de saneamento no novo marco legal

O marco legal do saneamento básico brasileiro fora atualizado, em 2020, pela Lei nº 14.026 (BRASIL, 2020b) mediante a derrogação e revogação de determinadas normas, e pela previsão de normas novas na Lei nº 11.445 de 2007 (BRASIL, 2007), da qual emanam as diretrizes nacionais para o saneamento.

Dentre as inovações estipulou, como regra geral, que até o ano de 2033, os operadores dos serviços de saneamento deverão garantir o atendimento de 99% da população com água potável e de 90% da população com coleta e tratamento de

o refino de algumas características do projeto em termos de objeto ou de condições comerciais/estrutura contratual); e • O cancelamento definitivo do projeto, pelo menos enquanto PPP.” (APMG, 2016, p. 131).

esgoto, além de metas quantitativas de não intermitência no abastecimento, redução de perdas e melhoria nos processos de tratamento².

Paralelamente, a nova redação do artigo 3º da Lei 11.445 passou a prever a prestação regionalizada dos serviços de saneamento básico, dispondo nas alíneas do inciso VI as três formas de regionalização em territórios que abranjam mais de um município, que serão abordadas a seguir, dada sua convergência com o exercício da titularidade dos serviços.

A primeira forma de prestação regionalizada consubstanciada na alínea “a” consiste na instituição de regiões metropolitanas, aglomerações urbanas ou microrregiões, cuja estruturação requer a aprovação de lei complementar estadual, bem como qualifiquem-se os municípios como limítrofes, conforme prescreve a Constituição Federal, artigo 25, § 3º (BRASIL, 1988), cujo processo legislativo deverá observar o que dispõe a Lei nº 13.089 (BRASIL, 2015), denominada Estatuto da Metrópole.

A segunda forma prevista na alínea “b” compreende a instituição de unidades regionais de saneamento básico pelos estados por intermédio de lei ordinária. Nessa hipótese, não é necessário que os municípios sejam limítrofes, e a materialização da regionalização dar-se-á pela constituição de consórcios públicos ou convênios de cooperação³, conforme prevê a Constituição Federal, artigo 241.

A terceira forma contida na alínea “c” abarca os blocos de referência caracterizados pelo agrupamento de municípios não necessariamente limítrofes, estabelecido pela União Federal à luz do § 3º, artigo 52 do novo marco legal, mas formalmente criado por intermédio de gestão associada voluntária dos municípios.

Relativamente aos blocos de referência, a União Federal atuará de forma subsidiária aos estados, caso esses entes não promovam a regionalização no prazo de um ano, desde a publicação da Lei nº 14.026, em 15 de julho de 2021.

Conquanto o inciso VI do artigo 3º não tenha elencado outras modalidades para estruturar a prestação integrada dos serviços de saneamento básico, extraem-se do inciso II do mesmo artigo formas adicionais consolidadas nas expressões “gestão associada de entes federativos”, todavia, sem defini-las.

Outro comando normativo que resulta do novo marco legal do saneamento concerne ao caráter imperativo da regionalização pelos Estados, sob pena de a União

² Segundo dados do Ministério do Desenvolvimento Regional, em 2019 os níveis de atendimento com água e esgoto nos municípios participantes do Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento (SNIS) apresentam uma média para o fornecimento de água potável de 83,7% para territórios não urbanos, e de 92,9% para áreas urbanas. Em relação à coleta de esgotos esses índices são de 54,1% em áreas não urbanas e de 61,9 em áreas urbanas. Já para o tratamento dos esgotos esses percentuais alcançam 49,1% em áreas não urbanas e 78,5% em áreas urbanas. (BRASIL, 2020c).

³ Sobre consórcios públicos, ver Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2012, p. 243 e seguintes).

Federal promover a instituição dos blocos de referência e de restringir aos entes subnacionais o acesso à alocação de recursos públicos federais, inclusive financiamentos com recursos da União ou com recursos geridos ou operados por órgãos ou entidades da União, de acordo com o artigo 2º do Decreto Federal nº 10.588 (BRASIL, 2020b) que regulamenta parcialmente a nova lei.

Essas cominações legais têm impulsionado os estados a implementar a prestação regionalizada do saneamento básico em seus territórios, conforme será abordado a seguir.

2.2 A criação de microrregiões pelos Estados

Dessume-se dos arquétipos normativos previstos no novo marco legal do saneamento que os Estados desempenham um papel central na tomada de decisão sobre a modalidade de prestação regionalizada a ser adotada em seu território, a despeito de a titularidade dos serviços de saneamento básico competir aos municípios e ao Distrito Federal, nos termos do artigo 21, XX, combinado com os artigos 30, V e 182, *caput* da Constituição Federal.

Prestigiou-se com esse modelo o que a doutrina denomina de federalismo de cooperação. Sobre o tema, afirmam Magalhães, Batista Júnior e Arêdes (2014, p. 90):

É nesse contexto de exercício de competências comuns pelas pessoas políticas que se apresenta o saneamento básico, visto que se trata de serviço público cuja satisfação depende da participação de todos os entes federativos.

Além disso, as cominações legais como a restrição de acesso à alocação de recursos públicos federais vêm conduzindo os estados a implementarem de forma célere a prestação regionalizada do saneamento básico.

Até a apresentação deste trabalho, 14 estados já haviam publicado suas leis estaduais, dos quais nove optaram pela instituição de microrregiões o que denota a prevalência dessa forma de regionalização sobre as demais formas previstas no novo marco legal (ABCON; SINDCON, 2021, n.p.).

Essa expansão da criação de microrregiões implica o enfoque de três aspectos: (i) seu pressuposto consistente na presença do interesse comum entre municípios e estado, (ii) seu caráter compulsório para os municípios e (iii) o descolamento do exercício da titularidade municipal dos serviços para um ente intergovernamental.

Quanto ao interesse comum, à luz do artigo 3º, XIV do novo marco legal, se caracteriza pelo compartilhamento de instalações operacionais de infraestrutura de

abastecimento de água e/ou de esgotamento sanitário entre dois ou mais municípios, circunstâncias que atraem a organização, planejamento, execução e operação de forma conjunta e integrada pelo Estado e pelos Municípios.

Há, portanto, uma justificativa técnica que por um lado legitima os Estados a promoverem a instituição de microrregiões e, por outro lado, impõe-se aos Municípios de forma compulsória⁴, conforme já decidiu o Supremo Tribunal Federal (STF) ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 796-ES (BRASIL, 1999).

Sobre o caráter compulsório para os Municípios integrarem as regiões metropolitanas ou microrregiões, afirma Barroso (2007, p. 23): “[...] editada a lei instituidora da região metropolitana – atualmente, nos termos do art. 25, § 3º, da Constituição, uma lei complementar estadual – não podem os Municípios se insurgir contra ela”.

Prossegue o autor: “[...] o elemento local, particular, não pode prejudicar o interesse comum, geral; se a associação não fosse compulsória, faleceria a utilidade da instituição da região metropolitana para o atendimento do interesse público regional de forma mais eficiente.”

Outrossim, com a adoção das microrregiões, o exercício da titularidade municipal dos serviços de saneamento poderá ser deslocado para um ente intergovernamental dissociado tanto dos Estados, como dos Municípios, embora constituídos por ambos⁵.

Por dedução lógica, esse descolamento impacta na competência para se delegar os serviços, ou autorizar que se delegue, tema já enfrentado pelo STF na ADI nº 1.842-RJ (BRASIL, 2013), anteriormente ao novo marco e incorporado por ele, conforme se demonstrará.

3 A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 1.842-RJ E PRECEDENTES DO STF

Aborda-se nesta seção o precedente do STF firmado a partir do julgamento da ADI nº 1.842-RJ, em que o Tribunal decidiu que a instituição de regiões

⁴ Veja-se, sobre o ponto, Barroso (2007, p. 23): “[...] Tanto é assim que o entendimento da doutrina é o de que a associação à região metropolitana é compulsória para os Municípios. Ou seja: editada a lei instituidora da região metropolitana – atualmente, nos termos do art. 25, § 3º, da Constituição, uma lei complementar estadual – não podem os Municípios se insurgir contra ela. E isso porque o elemento local, particular, não pode prejudicar o interesse comum, geral; se a associação não fosse compulsória, faleceria a utilidade da instituição da região metropolitana para o atendimento do interesse público regional de forma mais eficiente.”

⁵ Alves (1998, p. 66) propõe que “Na verdade, o poder constituinte inaugurou uma nova figura em nossa federação, constituída por ente público administrativo regional, de caráter territorial e intergovernamental, sem força legislativa, mas com estrutura suficiente para garantir a integração indispensável ao tratamento das funções públicas de interesse comum.”

metropolitanas ou microrregiões desloca o exercício da titularidade dos serviços de saneamento básico dos municípios para um ente intergovernamental formado pelos municípios e pelo estado, alterando a maneira como esses serviços são prestados, notadamente como são concedidos, caso adotada a regionalização por intermédio das regiões metropolitanas ou microrregiões.

Em 2004, iniciou-se o julgamento da ADI nº 1.842-RJ, cujo objeto fora a alegação de inconstitucionalidade da Lei Complementar nº 87 (RIO DE JANEIRO, 1997a), que instituiu a Região Metropolitana do Rio de Janeiro e a Microrregião dos Lagos⁶.

O julgamento da ADI nº 1.842-RJ, concluído em seu mérito anteriormente à vigência da Lei nº 14.026, firmou entendimentos incorporados ao novo marco, como, por exemplo, o exercício conjunto da titularidade dos serviços públicos de saneamento básico entre estados e municípios, quando instituídas microrregiões ou regiões metropolitanas.

Enfatizam Sampaio *et al.* (2021, p. 168) que

[a] publicação do Novo Marco Legal do Saneamento Básico [Lei nº 14.026/2020] busca trazer soluções para promover a expansão do serviço, sem descuidar das orientações colocadas pelo STF no julgamento do leading case do tema [a ADI nº 1.842],

bem como afirmam que o precedente

[...] assentou a titularidade municipal do serviço, bem como a necessidade de articulação entre Estados e municípios, no exercício dessa titularidade, em regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões.

Após longos anos de debate no STF, o Ministro Gilmar Mendes relatou o acórdão, tendo o Tribunal concluído que as características do serviço público de saneamento básico, seja em função do monopólio natural, seja em decorrência das inúmeras etapas que o integram, indicam a existência de interesse comum.

Destacou o Ministro Gilmar Mendes (BRASIL, 2013, p. 2) que o interesse comum

[...] inclui funções públicas e serviços que atendam a mais de um município, assim como os que, restritos ao território de um deles, sejam de algum modo dependentes, concorrentes, confluentes ou integrados de funções públicas, bem como serviços supramunicipais. 4. Aglomerações urbanas e saneamento básico.

⁶ A ADI nº 1.842 versou, também, sobre a Lei nº 2.869/1997 do Estado do Rio de Janeiro (RIO DE JANEIRO, 1997b) e o Decreto nº 24.631/1998 (RIO DE JANEIRO, 1998), que não serão objeto de análise neste trabalho.

O art. 23, IX, da Constituição Federal conferiu competência comum à União, aos estados e aos municípios para promover a melhoria das condições de saneamento básico. Nada obstante a competência municipal do poder concedente do serviço público de saneamento básico, o alto custo e o monopólio natural do serviço, além da existência de várias etapas – como captação, tratamento, adução, reserva, distribuição de água e o recolhimento, condução e disposição final de esgoto – que comumente ultrapassam os limites territoriais de um município, indicam a existência de interesse comum do serviço de saneamento básico.

E o interesse comum, conforme se externou na seção anterior, autoriza a prestação integrada dos serviços de saneamento básico mediante a instituição de regiões metropolitanas, microrregiões ou aglomerados urbanos pelos estados.

Sobre o ponto, reportamo-nos ao voto proclamado na ADI pelo Ministro Nelson Jobim:

[...] A instituição não é simplesmente uma possibilidade legislativa, mas um poder-dever do ESTADO [...] cabe ao ESTADO criar condições para que os serviços públicos de interesse comum possam ser prestados para toda a população da região [...]. (BRASIL, 2013, p. 29-30).

O precedente firmado pelo STF assentou, igualmente, que o agrupamento de municípios e do estado em regiões metropolitanas ou microrregiões não transfere a titularidade dos serviços públicos de saneamento dos municípios para os estados, embora transfira seu exercício para o colegiado formado pela integração dos estados e dos municípios⁷.

Pondera-se que essas noções sobre a não transferência da titularidade dos serviços, mas apenas do seu exercício, não são aferíveis pela mera leitura da ementa do acórdão, sendo necessária a leitura integral dos votos proferidos a partir da divergência inaugurada pelo voto do Ministro Joaquim Barbosa.

Já na vigência do novo marco legal do saneamento básico, o STF voltou a enfrentar a questão e decidiu de igual modo ao julgar a ADI nº 2.077-BA (BRASIL, 2019),

⁷ Nesse sentido, o item 5 do acórdão relatado pelo Ministro Gilmar Mendes aponta: “[...] 5. O estabelecimento de região metropolitana não significa simples transferência de competências para o estado. O interesse comum é muito mais que a soma de cada interesse local envolvido, pois a má condução da função de saneamento básico por apenas um município pode colocar em risco todo o esforço do conjunto, além das consequências para a saúde pública de toda a região. [...]. Reconhecimento do poder concedente e da titularidade do serviço ao colegiado formado pelos municípios e pelo estado federado.” (BRASIL, 2013, p. 3).

relatada pelo Ministro Alexandre de Moraes⁸, que ratificou competir aos municípios a titularidade dos serviços de saneamento básico, embora em face do interesse comum, seja possível a aplicação do precedente firmado na ADI nº 1.842-RJ.

Esses precedentes também foram confirmados na ADI nº 5877-DF (BRASIL, 2021)⁹, relatada pelo Ministro Edson Fachin que, na esteira do acórdão proferido na ADI nº 1.842-RJ, afirmou que a titularidade dos serviços públicos “de distribuição de água” compete aos municípios.

A conjugação desses precedentes indica que a titularidade municipal dos serviços de saneamento, na hipótese da instituição de regiões metropolitanas, microrregiões ou aglomerados urbanos, não se transfere para o estado, mas passa a ser exercida por um ente intergovernamental formado pelos estados e municípios pertencentes à dada região.

Há de se consignar, contudo, que embora o STF tenha enfatizado que a transferência recai apenas sobre o exercício da titularidade, a instituição de regiões metropolitanas ou microrregiões pelos estados importa em substancial, senão integral, restrição à plena titularidade dos serviços pelos Municípios. Isto porque os municípios, titulares originários dos serviços de saneamento básico conforme previsão constitucional, terão que observar as regras estabelecidas pelos estados que disciplinam a microrregião ou região metropolitana, regras estas que, em maior ou menor medida, regulamentam a forma de execução dos serviços, restringindo a autonomia municipal sobre a decisão de concedê-los e de como concedê-los.

Em outros termos, os municípios que passam a integrar uma microrregião ou região metropolitana, e de forma compulsória, como visto anteriormente, não poderão decidir autonomamente como prestarão os serviços de saneamento básico em seu território. Para tanto, dependerão de uma decisão colegiada da qual participarão conjuntamente os demais municípios da microrregião e o respectivo estado.

Verifica-se, de outro lado, que o novo marco consolidou esse entendimento ao prever textualmente em seu artigo 8º, II que os estados exercerão a titularidade dos

⁸ “[...] 4. O artigo 228, caput e § 1º, da Constituição Estadual também incorre em usurpação da competência municipal, na medida em que desloca, para o Estado, a titularidade do poder concedente para prestação de serviço público de saneamento básico, cujo interesse é predominantemente local. [ADI 1.842, Rel. Min. LUIZ FUX, Rel. P/ acórdão Min. GILMAR MENDES, DJe de 13/9/2013]. [...]” (BRASIL, 2019, p. 1-2).

⁹ “[...] 2. Descabimento da **ADI** quanto ao serviço público de distribuição de água, visto que a titularidade desse serviço público é dos municípios, nos termos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (**ADI 1.842**, Rel. Min. Luiz Fux, e **ADI 2.340**, Rel. Min. Ricardo Lewandowski). [...] 5. Ação direta de inconstitucionalidade não conhecida quanto ao serviço público de distribuição de água e pedido julgado parcialmente procedente para declarar a inconstitucionalidade da Lei distrital nº 4.632/2011 quanto aos serviços de energia elétrica, telefonia fixa e móvel e internet.” (BRASIL, 2021, p. 1).

serviços de saneamento em conjunto com os municípios, caso seja adotada a forma de regionalização por intermédio da instituição de regiões metropolitanas ou microrregiões. E essa diretriz deve embasar a condução das regionalizações dos serviços de saneamento básico que estão em curso no Brasil, desde que os entendimentos firmados pelo STF não sejam superados pela Corte em *overruling*.

4 RECENTES DISPUTAS EM CONCESSÕES DE SANEAMENTO BÁSICO EM TORNO DA TITULARIDADE DOS SERVIÇOS

Coteja-se, nesta seção, dois casos concretos nos quais o deslocamento do exercício da titularidade dos serviços de saneamento para o ente intergovernamental constituído pelos estados e municípios impactou a concessão desses serviços, embora de maneiras distintas.

Estudou-se o caso do Município de Brumado, na Bahia, e a concessão dos serviços na região metropolitana do Rio de Janeiro. Enquanto o paradigma da Bahia revela a ocorrência de falha de projeto caracterizada pelo cancelamento da concorrência, a licitação dos serviços de saneamento básico na região metropolitana do Rio de Janeiro fora concluída com a adjudicação de três dos quatro lotes licitados.

Entretanto, durante a modelagem jurídica das concessões na região metropolitana do Rio de Janeiro, como se demonstrará adiante, o órgão de consultoria jurídica do Estado do Rio de Janeiro advertiu sobre a necessidade de se promover alterações no edital e nas minutas de contratos, justamente no que dizia respeito à titularidade dos serviços, visando afastar insegurança jurídica quanto à constitucionalidade dos certames, levando em consideração os precedentes do STF.

Logo, embora não tenha havido a frustração do certame, houve necessidade de ajustes na fase interna da licitação, fato que também impactou as concessões.

A seleção dos casos analisados atribui-se à incipiência de ambos em relação ao novo marco, a Lei baiana, inclusive, entrou em vigor em data anterior ao próprio marco.

4.1 Caso da Bahia: Reclamação nº 3.7500

O Estado da Bahia, no ano de 2019, portanto anteriormente ao início da vigência do novo marco legal do saneamento, publicou a Lei Complementar Estadual nº 048/2019 (BAHIA, 2019a) e promoveu a regionalização dos serviços mediante a instituição de microrregiões em todo o seu território, abrangendo a integralidade de seus municípios.

Cada uma das microrregiões instituídas possui natureza jurídica de autarquia intergovernamental, sendo o Colegiado Microrregional a instância máxima da

autarquia a quem compete autorizar os municípios integrantes a promoverem isoladamente a licitação e a contratação dos serviços públicos de saneamento básico.

Em síntese, a Lei do Estado da Bahia incorporou as premissas firmadas pelo STF no julgamento da ADI nº 1.842-RJ acerca da regionalização da prestação dos serviços de saneamento pelo agrupamento dos municípios e dos estados, e prevê a natureza autárquica intergovernamental desse ente.

À autarquia fora cometido o exercício da titularidade dos serviços de saneamento básico nos municípios integrantes das microrregiões, abstraindo a plena autonomia municipal para licitar, contratar e, ao final, conceder os serviços.

A despeito da previsão legal estadual, o Município de Brumado, por intermédio do Edital de Concorrência Pública nº 004/2019, deflagrou licitação pública objetivando conceder os serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário pelo prazo de 35 anos (BAHIA, 2019b).

A Empresa Baiana de Águas e Saneamento S/A (EMBASA), companhia estadual controlada pelo Estado da Bahia, insurgiu-se contra o certame e promoveu, junto ao Tribunal de Contas dos Municípios do Estado da Bahia (TCM-BA), uma Representação com pedido de medida liminar (BAHIA, 2020).

Essencialmente, a EMBASA alegou que a deflagração do certame isoladamente pelo Município de Brumado violaria as regras instituídas pela Lei Complementar Estadual nº 048/2019, pois a autarquia intergovernamental detinha, entre outras competências, a de autorizar os municípios integrantes da microrregião a, isoladamente, promover licitações para delegação dos serviços de saneamento básico.

Em sua defesa, o Município de Brumado suscitou, fundamentalmente, a inconstitucionalidade da Lei Complementar Estadual nº 048/2019 com supedâneo na ADI nº 1.482-RJ, procedendo a uma interpretação do acordão que preservasse a autonomia do município para conduzir, sem a autorização da autarquia intergovernamental, a licitação municipal dos serviços de saneamento básico.

Igualmente, o Município de Brumado suscitou ter a Lei baiana incorrido em desvio de finalidade ao instituir as microrregiões de saneamento no Estado da Bahia, não com o fim de regionalizar o serviço de interesse comum, mas com o intuito de assegurar a manutenção da EMBASA como prestadora de serviços de saneamento nos municípios nas quais ela opera o sistema.

Colhe-se, de fundamental, que o pleito de medida liminar para suspensão do certame pelo TCM-BA não fora inicialmente apreciado, o que motivou a EMBASA a impetrar ação de Mandado de Segurança contra ato coator do Prefeito Municipal de Brumado, bem como contra o Presidente da Comissão Permanente de Licitação do Município de Brumado, junto ao Juízo da Comarca de Brumado-BA (BAHIA, 2019c), tendo obtido decisão liminar favorável à suspensão da licitação.

Posteriormente, o TCM-BA também deferiu medida liminar na Reclamação, determinando a suspensão da licitação, julgando-a, ao final, parcialmente procedente para anular o certame.

O Município de Brumado antagonizou-se às decisões de suspensão da licitação e propôs junto ao STF a Reclamação Constitucional nº 3.7500 (BRASIL, 2020d) contra ato do Juízo da Comarca de Brumado-BA, bem como contra ato do TCM-BA.

Os fundamentos centrais da Reclamação Constitucional foram a afronta ao decidido nas ADIs n.os 1.842-RJ e 2.077-BA e a inconstitucionalidade da Lei Complementar Estadual nº 048/2019, dada a supressão da autonomia municipal para conceder os serviços de saneamento básico.

Conquanto a Reclamação Constitucional nº 3.7500 tenha sido inadmitida, o Ministro Relator Gilmar Mendes consignou, em sua decisão monocrática, que as decisões do Juízo da Comarca de Brumado-BA e do TCM-BA não conflitavam com os precedentes da Corte.

A decisão monocrática proferida na Reclamação Constitucional nº 3.7500 fora desafiada por Agravo Regimental, tendo o STF pronunciado o acerto das decisões reclamadas e ratificando o entendimento segundo o qual o exercício da titularidade dos serviços de saneamento pela microrregião legitima a competência da autarquia intergovernamental para autorizar a prestação delegada desses serviços em um dos municípios integrantes do agrupamento regional¹⁰.

Nas palavras do Ministro Gilmar Mendes,

[...] levando em consideração que [...] na hipótese dos autos, não ocorreu a transferência da titularidade dos serviços de saneamento básico para o Estado, não verifico afronta à autoridade de decisão desta Corte Suprema [...]. (BRASIL, 2020d, p. 7).

O julgamento da Reclamação nº 3.7500 resultou na manutenção da anulação do certame conduzido pelo Município de Brumado e na consequente falha do projeto

¹⁰ O voto proferido pelo Ministro Gilmar Mendes na Reclamação nº 3.7500 destaca: “[...] Conforme anteriormente dito, se extrai dos trechos acima transcritos, que os atos reclamados determinaram a suspensão do processo licitatório por entender que não estariam sendo cumpridos os requisitos previstos na Lei Nacional de Saneamento Básico nº 11.445/2007 e que o município necessitaria da autorização do Conselho Microrregional para promover licitação ou contratar a prestação de serviços públicos de saneamento básico, nos termos da LCE 48/2019. Assim, levando em consideração que a Lei Complementar nº 048/2019 não foi objeto de análise dos referidos paradigmas e que, na hipótese dos autos, não ocorreu a transferência da titularidade dos serviços de saneamento básico para o Estado, não verifico afronta à autoridade de decisão desta Corte Suprema, ante a ausência de similitude entre o decidido nos atos reclamados e nas ADIs n.os 2.077/BA e 1.842/RJ, o que acarreta a inadmissibilidade da ação, por ausência de pressuposto de cabimento necessário.” (BRASIL, 2020d, p. 7).

de concessão dos serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário do município, pois houve o cancelamento da licitação. E a falha de projeto da concessão do Município de Brumado ocasionou, com elevada probabilidade, na perda de investimentos materiais e humanos, ao se considerar que a estruturação de um projeto de concessão ou de parceria público-privada comumente demanda elevados custos ao poder público.

4.2 Caso da CEDAE no Rio de Janeiro

Outro caso de disputa envolvendo a titularidade dos serviços de saneamento ocorreu no Estado do Rio de Janeiro, por ocasião das concessões dos serviços de saneamento na região metropolitana, o denominado “leilão da CEDAE”.

O Estado do Rio de Janeiro já havia instituído a Região Metropolitana do Rio de Janeiro e a Microrregião dos Lagos por intermédio da Lei Complementar nº 87, que foi objeto da ADI nº 1.842-RJ.

Registra-se que as normas declaradas inconstitucionais pelo STF concentravam no Estado do Rio de Janeiro poderes e competências em detrimento dos municípios que compunham a região metropolitana, como se o estado, a partir da criação da região metropolitana, passasse a ser o titular dos serviços de saneamento.

Essa configuração fora julgada inconstitucional, pois a premissa do julgamento, como esclarecido na seção anterior, alicerçou-se na conformação de um ente intergovernamental que não se confunde com o Estado, embora constituído por intermédio da reunião do Estado e Municípios integrantes da região.

Posteriormente ao julgamento da ADI nº 1.842-RJ, o Estado do Rio de Janeiro publicou uma nova lei, a Lei Complementar nº 184 (RIO DE JANEIRO, 2018), que reinaugurou a região metropolitana do Rio de Janeiro.

Em seu art. 11, VII, previu a Lei Complementar nº 184, como atribuição do Conselho Deliberativo da região metropolitana, o exercício da titularidade em relação aos serviços de saneamento básico, incluindo a forma de prestação, sua delegação e modelagem, tendo o Governador do Estado como presidente do Conselho.

A Lei Complementar nº 184 também criou uma autarquia intergovernamental, o Instituto Rio Metrópole, porém, como órgão executivo da região metropolitana, remanescendo para a própria Região Metropolitana, e não para a autarquia, o exercício da titularidade dos serviços regionalizados.

Sem embargo, nas concessões da CEDAE, a própria região metropolitana – e não a autarquia – figurou no certame como titular dos serviços e, como seu

delegatário¹¹, o Estado do Rio de Janeiro, que exerceu a função de organizador e promotor da licitação, conforme Parecer nº 09/2019 ARCY/PG -17 (RIO DE JANEIRO, 2019, p. 3), exarado por Sérgio Barbosa Neves, Subprocurador Geral do Estado da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro (PGE-RJ).

Depreende-se do Parecer nº 09/2019 ARCY/PG-17 e sucessivas manifestações da PGE-RJ extraídas do Parecer Conjunto nº 01-20/ARCY-FAG e do Parecer nº 05/2020 - PGE/PG-17/ARCY que o tema da titularidade dos serviços de saneamento gerou a necessidade de ajustes na modelagem jurídica das concessões e impactou a fase interna da licitação. Destaca-se o seguinte trecho do Parecer Conjunto nº 01-20/ARCY-FAG:

Os Pareceres nº 09/2019 ARCY/PG-17, nº 1A/2020 ARCY/PG-17 e nº 03/2020 – PGE/PG17/ARCY buscaram analisar, entre outros questionamentos, os limites e possibilidades do papel do Estado do Rio de Janeiro na modelagem proposta, isto é, no bojo de concessão de serviço público o qual não é titular, considerando o posicionamento adotado pelo STF na ADI nº 1.842/RJ. No Parecer nº 09/2019 ARCY/PG-17, embora se tenha concluído pela viabilidade jurídica, em abstrato, dessa delegação de atribuições, foram alertados os riscos jurídicos de uma delegação tão ampla de poderes ao Estado do Rio de Janeiro, atentando-se à possibilidade de o Estado ser colocado em posição incompatível com a determinada pelo STF. Assim, foi sugerido que os próprios titulares figurassem como signatários dos contratos, ao invés do ERJ, que se limitaria ao papel de mandatário sem poderes de representação, responsável apenas pela organização e promoção da licitação dos serviços: [...]. Nestes itens, o texto deixa claro ser o Estado mero representante dos titulares dos serviços, a exercer o papel de organização e gerenciamento da prestação do serviço. No entanto, a redação de diversas outras cláusulas constantes no edital peca, conferindo (ou parecendo conferir) ao Estado atribuições que devem permanecer com os titulares dos serviços. Repita-se que o Estado não é titular, e, consequentemente, não é poder concedente dos serviços a serem licitados. (RIO DE JANEIRO, 2020c, p. 9-10).

Além disso, às vésperas do leilão, a Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro (ALERJ) publicou o Projeto de Decreto Legislativo nº 57 (RIO DE JANEIRO, 2021), suspendendo os efeitos do Decreto Estadual nº 47.422 (RIO DE

¹¹ Consta do Edital de Concorrência Internacional nº 01/2020 “O ESTADO DO RIO DE JANEIRO, na qualidade de delegatário das funções administrativas de organização e promoção desta licitação, bem como da função de gestão contratual [...]”. (RIO DE JANEIRO, 2021, p. 3).

JANEIRO, 2020a), que autorizou a abertura do procedimento licitatório para a concessão dos serviços de saneamento e que fora editado pelo Estado do Rio de Janeiro.

Em síntese, entendeu a ALERJ que as concessões estavam condicionadas à prorrogação do Regime de Recuperação Fiscal do Estado do Rio de Janeiro. Em resposta, o Estado do Rio de Janeiro publicou ato do Governador em exercício articulando que o Estado compareceu no decreto autorizativo da concessão não como titular dos serviços que seriam concedidos, mas como delegatário da região metropolitana.

Justificou-se que o Decreto Estadual nº 47.422 não se situa no poder regulamentar estadual que propiciaria o controle pela ALERJ, afastando, assim, a competência do legislativo estadual para suspender as concessões da CEDAE, tendo o leilão ocorrido um dia após esses fatos, com a arrematação de três dos quatro lotes ofertados.

Diferentemente do precedente baiano, não houve a falha de projeto, ao menos da perspectiva da suspensão ou cancelamento da licitação, em decorrência de questionamentos em torno da titularidade dos serviços licitados.

Entretanto, o tema da titularidade dos serviços de saneamento não apenas ensejou a necessidade de ajustes na modelagem jurídica das concessões durante a fase interna da licitação, como fundamentou o ato do Estado do Rio de Janeiro, na qualidade de delegatário da região metropolitana, para rechaçar a ação política da ALERJ e manter o leilão da CEDAE.

As circunstâncias narradas denotam a necessidade de compreensão dos precedentes do STF, notadamente da ADI nº 1.842-RJ, e dos paradigmas dos estados da Bahia e do Rio de Janeiro. Entretanto, sobretudo, acentuam que para o alcance das metas de universalização do saneamento por intermédio da regionalização, as leis estaduais devem estabelecer claramente como se dará o exercício da titularidade dos serviços de saneamento na hipótese de instituição das microrregiões pelos estados.

Outrossim, para que disputas como as que ocorreram no Estados da Bahia e no Rio de Janeiro sejam mitigadas, deverão ser implementadas ações institucionais que confirmem ampla divulgação, tanto dos precedentes do STF sobre o tema do exercício da titularidade dos serviços de saneamento básico, como dos modelos de regionalização adotados pelos Estados.

Nessa linha de ideias, a seção que subsegue apresenta o modelo de regionalização adotado pelo Estado do Espírito Santo e propõe um arcabouço de divulgação como uma possível medida mitigatória de disputas entre estados e municípios.

5 MODELO DE REGIONALIZAÇÃO ADOTADO PELO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

Descreve-se nesta seção o modelo de regionalização adotado pelo Estado do Espírito Santo consistente na criação de uma microrregião abrangendo todos os municípios capixabas.

Discorre-se sobre a forma de participação do estado e dos municípios nas deliberações da autarquia governamental criada pela lei complementar estadual.

Apresenta-se vantagens do modelo e elide-se aparentes desvantagens para os municípios à luz da prevalência do interesse comum sobre o interesse local, como meio para se alcançar as metas de universalização do saneamento imposta pelo novo marco legal.

Também se enfatiza a necessidade de articulação e interlocução institucional como medida tendente a mitigar disputas em torno do exercício da titularidade dos serviços de saneamento básico.

5.1 Criação de uma única microrregião no Estado do Espírito Santo

Em atendimento ao prazo estipulado pelo novo marco do saneamento de 15 de julho de 2021, o Estado do Espírito Santo promoveu a regionalização dos serviços de abastecimento de água, esgotamento sanitário e manejo de águas pluviais urbanas por intermédio da Lei Complementar nº 968 (ESPÍRITO SANTO, 2021).

Inspirada na Lei baiana, a opção do Estado do Espírito Santo recaiu sobre a instituição de microrregião. Contudo, por se tratar de um Estado com apenas 78 municípios, instituiu-se uma única microrregião composta pela integralidade dos municípios capixabas, medida que propiciou a criação de apenas uma autarquia intergovernamental, visando à redução dos obstáculos inerentes à sua necessária institucionalização.

Em seus aspectos centrais, a Lei Complementar nº 968 criou uma autarquia intergovernamental, de regime especial, com competência deliberativa e normativa, formada pelo Estado do Espírito Santo e todos os seus municípios.

A criação da autarquia, nos termos do artigo 37, XIX, da Constituição Federal, se operou com a publicação da Lei, embora sua concreção dependa de um plexo de medidas vertidas para o efetivo funcionamento de suas instâncias de governança consolidadas em três eixos: o Colegiado Regional, composto pelos chefes do poder executivo de cada ente; o Comitê Técnico, composto por representantes indicados pelos entes públicos participantes; e o Conselho Participativo, composto por representantes da sociedade civil.

Sem embargo do percurso necessário para o pleno funcionamento da autarquia, dentre os impactos imediatos mais relevantes de sua criação, aponta-se a

competência do Colegiado Regional, órgão de instância máxima da autarquia, para autorizar a prestação direta ou indireta dos serviços públicos de abastecimento de água, esgotamento sanitário e manejo de águas pluviais urbanas.

Em outras palavras, a partir da publicação da lei, os municípios não poderão decidir autonomamente sobre a execução dos serviços de saneamento; essa decisão compete à autarquia, por intermédio da deliberação do Colegiado Regional, do qual os municípios participam juntamente com o estado.

Para a deliberação do Colegiado Regional, a regra estabelecida para a participação de seus integrantes obedece a maioria absoluta do número total de votos, sendo que o Estado do Espírito Santo terá um número de votos equivalente a 40%, e os municípios a 60%.

Quanto à forma de participação de cada um dos municípios no percentual de votos que lhes cabe, será proporcional à sua população. Em apertada síntese, cada município terá direito a pelo menos um voto, mas o número de votos de cada um, observado o critério de sua população, será diferente, garantindo aos municípios mais populosos um número maior de votos.

Outrossim, as deliberações do Colegiado Regional exigem o número de votos superior à metade, razão pela qual o Estado do Espírito Santo, que dispõe de 40% dos votos, e um ou mais municípios cuja população lhes garanta uma participação de 10% sobre o total de 60% que cabe aos municípios terão o poder de decidir sobre a autorização da prestação dos serviços públicos de abastecimento de água, esgotamento sanitário e manejo de águas pluviais urbanas em cada um dos municípios capixabas, pois todos eles integram a microrregião.

Esse aspecto da lei não passou despercebido na audiência pública realizada pela Assembleia Legislativa do Estado do Espírito Santo (ALES), na qual o Observatório Nacional dos Direitos à Água e ao Saneamento (ONDAS) propôs uma emenda ao projeto de lei que contemplasse a participação dos municípios com 80% dos votos junto ao Colegiado Regional, proposta que ao final não foi acolhida pela ALES, trazendo aparente desvantagem para os municípios (AUDIÊNCIA PÚBLICA..., 2021).

Sob a ótica da constitucionalidade, o STF, durante o julgamento da ADI nº 1.842, deliberou não haver necessidade de paridade na participação do estado e dos municípios e dos municípios entre si, sendo bastante que se previna a concentração do poder decisório em apenas um ente e devendo as leis complementares estaduais definirem parâmetros para legitimar as decisões.

A conformação da constitucionalidade fora abordada pela Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo (PGE-ES) quando do exercício do controle de legalidade do projeto de lei, conforme Parecer PGE/PCA nº 00007/2021 (PGE-ES, 2021).

Nesse contexto, a lei capixaba atende aos comandos da Corte ao definir como critério objetivo a densidade demográfica nos municípios, dado que reflete a importância social e econômica dos entes municipais.

Apesar da desvantagem para os municípios menos populosos, pode-se argumentar que a prestação regionalizada, com larga margem de probabilidade, considerados aspectos sobretudo políticos e econômicos, poderia ser esvaziada com a participação paritária no Colegiado Regional, mediante um engajamento cruzado dos municípios para manutenção do status quo em cada um deles, em prejuízo ao interesse comum e ao cumprimento das metas de universalização impostas pelo novo marco do saneamento.

Outro enfoque refere-se à incapacidade dos municípios para, isoladamente, atrair operadores qualificados, seja em função dos custos de transação que envolvem a concessão de serviços de saneamento, seja em função da atratividade para a operação *de per se*, seja, também, pela necessidade de se implementar uma política tarifária de subsídios cruzados como mecanismo para garantia da atratividade.

Esses fatores podem ser minimizados pelo planejamento, organização e execução coordenada e regional dos serviços de saneamento, considerando, outrossim, o desenvolvimento incremental das concessões públicas em geral e das concessões de saneamento básico em especial, dada a complexidade da operação dos sistemas de saneamento.

A despeito da clareza da Lei Complementar nº 968, bem como dos precedentes do STF analisados, esses pontos logram possíveis disputas, pois dizem respeito à relativização do exercício da titularidade dos serviços de saneamento básico, circunstância que enseja o desenvolvimento de ações tendentes a mitigá-las, que serão sopesadas a seguir.

5.2 Arcabouço de divulgação de informações como medida preventiva de disputas entre Estados e Municípios

Objetiva-se nesta seção contribuir para que estados e municípios desenvolvam um arcabouço de divulgação de informações como medida preventiva de disputas em torno da titularidade dos serviços de saneamento básico e sua concessão.

Como referencial para a abordagem, utiliza-se o Guia de PPPs (APMG, 2016), identificado como Corpo de Conhecimento do Grupo do Banco Mundial (WBG) que consolida as experiências colhidas em diversos países do mundo, assessorados ou financiados pelos organismos multilaterais, que compõem o WBG.

Dentre os potenciais entraves para o desenvolvimento das concessões e parceria público-privadas que o Guia de PPPs do WBG denomina de desvantagens e obstáculos, destaca-se o insucesso ou a falha do projeto (APMG, 2016, p. 133).

O Guia de PPPs aponta que a falha de projetos durante a fase de preparação da licitação pode ensejar duas consequências: a suspensão do processo ou o seu cancelamento (APMG, 2016, p. 134).

Como medidas mitigatórias para a falha de projeto, o Guia de PPPs destaca a governança, gênero do qual se extrai a necessidade de um arcabouço de divulgação de informações e sua comunicação (APMG, 2016, p. 173). A articulação dessas premissas com os aspectos da titularidade dos serviços de saneamento ora tangenciados recomenda que as regras de regionalização adotadas pelos Estados, suas consequências, premissas e fundamentos componham um arcabouço de comunicação.

Outrossim, a análise empreendida sobre os precedentes havidos nos Estados da Bahia e do Rio de Janeiro possibilita a redução dos destinatários da comunicação em três linhas.

A primeira delas consiste na adequada interlocução com os municípios a ser capitaneada pelos estados. Por intermédio, por exemplo, da elaboração de notas técnicas e reuniões institucionais com a participação das respectivas Procuradorias Gerais, os estados deverão orientar os municípios regionalizados para que não deflagrem, isoladamente, procedimentos licitatórios sem a observância das regras da regionalização.

Hohmann, Guimarães e Vasconcelos (2021, p. 229) enfatizam a complexidade dessa articulação intergovernamental destacando:

A chegada a um consenso por um grupo heterogêneo de chefes do Poder Executivo municipal, dotados de posicionamentos políticos variados, junto à necessidade de aprovação pelas assembleias legislativas municipais, permeadas por uma multiplicidade de interesses, nem sempre é simples e, não raro, impedem que bons projetos destinados à gestão associada de um dado serviço público, que poderia trazer benefícios relevantes às populações atingidas, são obstaculizados ou realizados em uma dimensão aquém daquela pretendida originalmente. Nesse esteio, cada vez mais relevante que seja apreendida pelas autoridades públicas a noção de governança interfederativa e consensualidade, assim como sua importância para a melhor prestação dos serviços públicos, para a realização do bem comum e do interesse público.

Outra linha de comunicação deve se dirigir aos órgãos de controle externo, como Tribunais de Contas e Ministério Público, para que atuem conforme as diretrizes da regionalização.

O Poder Judiciário também se alinha como destinatário dessa divulgação, visando elidir decisões judiciais que inviabilizem o prosseguimento de certames adequados ao novo marco do saneamento ou, ao revés, viabilizem licitações que não se enfeixam a ele.

As medidas mitigatórias, embora não impeçam as disputas, podem mitigar potenciais dispêndios de recursos públicos destinados à estruturação de projetos, ao tempo em que também qualificam o debate sobre a regionalização dos serviços de saneamento básico que, dada a dimensão imposta pelo novo marco, poderá ser alvo de superação de precedentes pelo STF.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O novo marco do saneamento básico do Brasil impõe aos entes públicos a regionalização da prestação dos serviços de saneamento. Uma das formas para implementá-la consiste na criação de microrregiões pelos estados, fenômeno que conduz ao deslocamento do exercício da titularidade municipal desses serviços para um ente intergovernamental, consubstanciado pelo estado e pelos municípios que lhe integram.

O STF enfrentou o problema do descolamento do exercício da titularidade municipal dos serviços, tendo o novo marco legal incorporado o conteúdo decisório da Corte em seu texto normativo.

Sem embargo, o estudo de dois casos concretos de concessão demonstrou que, apesar dos precedentes do STF, permanecem dúvidas em torno do tema da titularidade dos serviços de saneamento.

No Município de Brumado, Estado da Bahia, houve o cancelamento do certame por decisão judicial. Já na região metropolitana do Rio de Janeiro houve ajustes no instrumento convocatório e nos termos de contrato durante a fase interna da licitação, bem como disputa política entre a ALERJ e o Estado do Rio de Janeiro às vésperas do leilão.

As intermitências verificadas revelaram haver incertezas por parte dos entes públicos quanto ao exercício da titularidade dos serviços na hipótese de criação de microrregiões.

Com fundamento nessas incertezas, firmou-se o entendimento que compete aos estados estabelecer de forma clara em suas leis estaduais como se dará o exercício da titularidade dos serviços de saneamento na microrregião ou região metropolitana, bem como desenvolver um arcabouço de informações e comunicação como medida mitigatória de disputas entre estados e municípios.

Segundo as reflexões empreendidas, apresentou-se o modelo de regionalização adotado pelo Estado do Espírito Santo e demonstrou-se como se dará

a participação dos municípios e do estado nas deliberações colegiadas, apontando-se as vantagens e aparentes desvantagens da opção estadual.

Propôs-se, ao final, a adoção de um arcabouço de divulgação de informações e sua comunicação dirigidas aos municípios, aos órgãos de controle externo e ao Poder Judiciário, objetivando que os certames se enfeixem às respectivas regras da regionalização.

Entende-se que essas medidas se qualificam como mitigatórias de possíveis disputas, reduzindo o risco de falhas de projetos que venham a retardar o percurso que os entes públicos deverão trilhar para atingirem as metas de universalização do acesso ao saneamento básico impostas pelo novo marco legal.

REFERÊNCIAS

ALVES, Alaôr Caffé. Regiões Metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões: novas dimensões constitucionais da organização do estado brasileiro. *In: DE FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin. Temas de Direito Ambiental e Urbanístico*. São Paulo: Max Limonad, 1998. p. 13-44.

ABCON – ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS CONCESSIONÁRIAS PRIVADAS DE SERVIÇOS PÚBLICOS DE ÁGUA E ESGOTO; SINDCON – SINDICATO NACIONAL DAS CONCESSIONÁRIAS PRIVADAS DE SERVIÇOS PÚBLICOS DE ÁGUA E ESGOTO. **Painel de Monitoramento da Implementação do Novo Marco Legal**. São Paulo, 2021. Disponível em: <https://www.abconsindcon.com.br/noticias/painel-de-monitoramento-da-implementacao-do-novo-marco-legal/>. Acesso em: 28 ago. 2021.

AMPG – ASSOCIATION FOR PROJECT MANAGEMENT GROUP. **Guia de Certificação de Parcerias Público-Privadas (PPPs) da APMG**. Tradução de Augusto Neves Dal Pozzo *et al.* Estados Unidos da América, 2016. Disponível em: <https://ppp-certification.com/sites/www.ppp-certification.com/files/documents/Cap%C3%ADtulo%201%20-%20Parceria%20P%C3%BAblico-Privada%20-%20Introdu%C3%A7%C3%A3o%20e%20Perspectiva%20Geral%20-%20Aug%202019.pdf>. Acesso em: 24 jul. 2021.

AUDIÊNCIA PÚBLICA popular sobre a regionalização do saneamento no Espírito Santo. Vitória, ES: ONDAS – Observatório do Saneamento, 2021. 1 vídeo (1h57min27seg). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=noiOYFvjJk>. Acesso em: 28 ago. 2021.

BAHIA. Lei Complementar nº 048, de 10 de junho de 2019. Institui as Microrregiões de Saneamento Básico do Algodão, da Bacia do Paramirim, da Bacia do Velho Chico, da Bacia do Rio Grande, da Chapada Diamantina, do Extremo Sul, de Irecê, do Litoral Norte e Agreste Baiano, do Litoral Sul e Baixo Sul, do Médio Sudoeste da Bahia, do Piemonte-Diamantina, do Piemonte do Paraguaçu, do Recôncavo, do São Francisco Norte, do Semiárido do Nordeste, do Sisal-Jacuípe, da Terra do Sol, de Vitória da Conquista e do Portal do Sertão, e dá outras providências. **Diário Oficial**, Salvador, 11 jun. 2019a. Disponível em: <https://leisestaduais.com.br/ba/lei-complementar-n-48-2019-bahia-institui-as-microrregioes-de-saneamento-basico-do-algodao-da-bacia-do-paramirim-da-bacia-do-velho-chico-da-bacia-do-rio-grande-da-chapada-diamantina-do-extremo-sul-de-irece-do-litoral-norte-e-agreste-baiano-do-litoral-sul-e-baixo-sul-do-medio-sudoeste-da-bahia-do-piemonte-diamantina-do-piemonte-do-paraguacu-do-reconcavo-do-sao-francisco-norte-do-semiarido-do-nordeste-do-sisal-jacuipe-da-terra-do-sol-de-vitoria-da-conquista-e-do-portal-do-sertao-e-da-outras-providencias>. Acesso em: 28 ago. 2021a.

BAHIA. Prefeitura Municipal de Brumado. **Edital de Concorrência Pública nº 004/2019**. **Diário Oficial**, 3 jul. 2019b.

_____. Tribunal de Contas dos Municípios da Bahia. Processo nº 10566e19, de 27 de junho de 2019. [Representação com Pedido de Medida Liminar em face da Prefeitura de Brumado, irregularidades constantes do Edital de Concorrência [...]]. **Diário Oficial**, Brumado, 2020.

_____. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. Mandado de Segurança nº 8001080-82.2019.805.0230. Relator: Des. Moacyr Montenegro Souto. **Diário Oficial**, Brumado, 2019c.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 28 ago. 2021.

_____. Decreto Federal nº 10.588, de 24 de dezembro de 2020. Dispõe sobre o apoio técnico e financeiro de que trata o art. 13 da Lei nº 14.026, de 15 de julho de 2020, sobre a alocação de recursos públicos federais e os financiamentos com recursos da União ou geridos ou operados por órgãos ou entidades da União de que trata o art. 50 da Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007. **Diário Oficial da União**, Brasília, 24

dez. 2020a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2019-2022/2020/Decreto/D10588.htm. Acesso em: 28 ago. 2021a.

_____. Lei nº 11.107, de 6 de abril de 2005. Dispõe sobre normas gerais de contratação de consórcios públicos e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 7 abr. 2005. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11107.htm. Acesso em: 28 ago. 2021.

_____. Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007. Estabelece as diretrizes nacionais para o saneamento básico; cria o Comitê Interministerial de Saneamento Básico; altera as Leis nos 6.766, de 19 de dezembro de 1979, 8.666, de 21 de junho de 1993, e 8.987, de 13 de fevereiro de 1995; e revoga a Lei nº 6.528, de 11 de maio de 1978. (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020). **Diário Oficial da União**, Brasília, 8 jan. 2007. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Lei/L11445.htm. Acesso em: 28 ago. 2021.

_____. Lei nº 13.089, de 12 de janeiro de 2015. Institui o Estatuto da Metrópole, altera a Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 13 jan. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13089.htm. Acesso em: 28 ago. 2021.

_____. Lei nº 14.026, de 15 de julho de 2020. Atualiza o marco legal do saneamento básico e altera a Lei nº 9.984, de 17 de julho de 2000, para atribuir à Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico (ANA) competência para editar normas de referência sobre o serviço de saneamento, a Lei nº 10.768, de 19 de novembro de 2003, para alterar o nome e as atribuições do cargo de Especialista em Recursos Hídricos, a Lei nº 11.107, de 6 de abril de 2005, para vedar a prestação por contrato de programa dos serviços públicos de que trata o art. 175 da Constituição Federal, a Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007, para aprimorar as condições estruturais do saneamento básico no País, a Lei nº 12.305, de 2 de agosto de 2010, para tratar dos prazos para a disposição final ambientalmente adequada dos rejeitos, a Lei nº 13.089, de 12 de janeiro de 2015 (Estatuto da Metrópole), para estender seu âmbito de aplicação às microrregiões, e a Lei nº 13.529, de 4 de dezembro de 2017, para autorizar a União a participar de fundo com a finalidade exclusiva de financiar serviços técnicos especializados. **Diário Oficial da União**, Brasília, 16 jul. 2020b. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/114026.htm. Acesso em: 28 ago. 2021b.

_____. Ministério do Desenvolvimento Regional. Secretaria Nacional de Saneamento – SNS. **Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento: 25º Diagnóstico dos Serviços de Água e Esgotos** – 2019. Brasília: SNS/MDR, 2020c. Disponível em: http://www.snis.gov.br/downloads/diagnosticos/ae/2019/Diagn%C3%B3stico%20SNIS%20AE_2019_Republicacao_04022021.pdf. Acesso em: 28 ago. 2021c.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 796-ES**. Relator: Min. Néri da Silveira. Julgamento: 2 fev. 1998. Órgão julgador: Tribunal Pleno. **Diário de Justiça**, Brasília, 17 de fevereiro de 1998. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266541>. Acesso em: 28 ago. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.842-RJ**. Relator: Min. Gilmar Mendes. Julgamento: 6 mar. 2013. Órgão julgador: Tribunal Pleno. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 13 set. 2013. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630026>. Acesso em: 28 ago. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.077-BA**. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Julgamento: 30 ago. 2019. Órgão julgador: Tribunal Pleno. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=750833017>. Acesso em: 28 ago. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.877-DF**. Relator: Min. Edson Fachin. Julgamento: 17 fev. 2021. Órgão julgador: Tribunal Pleno. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755756935>. Acesso em: 28 ago. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação nº 3.7500-BA**. Relator: Min. Gilmar Mendes. Julgamento: 24 ago. 2020d. Órgão julgador: Segunda Turma. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753671145>. Acesso em: 28 ago. 2021d.

BARROSO, Luis Roberto. Saneamento básico: competências constitucionais da União, Estados e Municípios. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, n. 11, p. 1-21, ago./set./out. 2007. Disponível em: <https://fliphtml5.com/fdns/ilrh/basic>. Acesso em: 24 jul. 2021.

DI PIETRO, Maria Sylvia. **Parcerias na administração pública**: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

ESPÍRITO SANTO. Lei Complementar nº 968, de 14 de julho de 2021. Institui a Microrregião de Águas e Esgoto no Estado do Espírito Santo e sua respectiva estrutura de governança. **Diário Oficial do Espírito Santo**, Vitória, 14 jul. 2021. Disponível em: <https://conslegis.es.gov.br/HandlersConsulta/DownloadArquivo.ashx?idDoc=39778&tipoDoc=0>. Acesso em: 28 ago. 2021.

_____. Procuradoria Geral do Estado. **Parecer nº 0007/2021**, exarado por Luciana Merçon Vieira, Procuradora Chefe-Adjunta da Consultoria Administrativa da Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo (PGE-ES).

HOHMANN, Ana Carolina; GUIMARÃES, Bernardo Strobel; VASCONCELOS, Andréa Costa de. **Novo Marco Legal do Saneamento**. 1.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2021. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/livro/4186>. Acesso em: 16 maio 2021.

MAGALHÃES, Gustavo Alexandre; BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves; ARÊDES, Sirlene Nunes; MATOS, Federico Nunes de. **Contratos Administrativos**: gestão associada para prestação dos serviços públicos de saneamento básico. Belo Horizonte: Fórum, 2014. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/livro/1207>. Acesso em: 22 jul. 2021.

RIO DE JANEIRO. Decreto Estadual nº 24.631, de 03 de setembro de 1998. Aprova as condições de alienação das ações representativas do capital social da Companhia Estadual de Águas e Esgotos – CEDAE, de propriedade do Estado do Rio de Janeiro, e de outorga da Concessão dos Serviços Públicos de Saneamento Básico na Região Metropolitana do Rio de Janeiro. **Diário Oficial do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, 4 set. 1998. Disponível em: <https://gov-rj.jusbrasil.com.br/legislacao/227398/decreto-24631-98>. Acesso em: 28 ago. 2021.

_____. Decreto Estadual nº 47.422, de 23 de dezembro de 2020. Dispõe sobre a concessão da prestação regionalizada dos Serviços Públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário e dos serviços complementares dos Municípios do Estado do Rio de Janeiro. **Diário Oficial do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, 28 dez.

2020a. Disponível em: http://www.concessaosaneamento.rj.gov.br/publicacoes-oficiais/DOERJ_28.12.2020_Decret_Art_5.pdf. Acesso em: 28 ago. 2021a.

_____. Lei Complementar nº 87, de 16 de dezembro de 1997. Dispõe sobre a Região Metropolitana do Rio de Janeiro, sua composição, organização e gestão, e sobre a Microrregião dos Lagos, define as funções públicas e serviços de interesse comum e dá outras providências. **Diário Oficial do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, 17 dez. 1997a. Disponível em: <https://leisestaduais.com.br/rj/lei-complementar-n-87-1997-rio-de-janeiro-dispoe-sobre-a-regiao-metropolitana-do-rio-de-janeiro-sua-composicao-organizacao-e-gestao-e-sobre-a-microrregiao-dos-lagos-define-as-funcoes-publicas-e-servicos-de-interesse-comum-e-da-outras-providencias-1997-12-16-versao-original>. Acesso em: 28 ago. 2021a.

_____. Lei Complementar nº 184, de 27 de dezembro de 2018. Dispõe sobre a Região Metropolitana do Rio de Janeiro, sua composição, organização e gestão, define as funções públicas e serviços de interesse comum, cria a Autoridade Executiva da Região Metropolitana do Rio de Janeiro, e dá outras providências. **Diário Oficial do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, 28 dez. 2018. Disponível em: <https://gov-rj.jusbrasil.com.br/legislacao/661847132/lei-complementar-184-18-rio-de-janeiro-rj>. Acesso em: 28 ago. 2021.

_____. Lei nº 2.869, de 18 de dezembro de 1997. Dispõe sobre o Regime de Prestação do Serviço Público de Transporte Ferroviário e Metroviário de Passageiros no Estado do Rio de Janeiro, e sobre o Serviço Público de Saneamento Básico no Estado do Rio de Janeiro, e dá outras providências. **Diário Oficial do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, 19 dez. 1997b. Disponível em: <https://www legisweb.com.br/legislacao/?id=156732>. Acesso em: 28 ago. 2021b.

_____. Procuradoria Geral do Estado. **Parecer nº 09/2019 ARCY/PG -17**. Rio de Janeiro: Procuradoria Administrativa, 11 dez. 2019. Disponível em: <https://documentacao.pge.rj.gov.br/scripts/bnweb/bnmap.exe?router=upload/18797>. Acesso em: 23 jul. 2021.

_____. Procuradoria Geral do Estado. **Parecer nº 05/2020 - PGE/PG-17/ARCY**. Rio de Janeiro: Procuradoria Administrativa, 15 out. 2020b. Disponível em: <https://documentacao.pge.rj.gov.br/scripts/bnweb/bnmap.exe?router=upload/20579>. Acesso em: 24 jul. 2021b.

_____. Procuradoria Geral do Estado. **Parecer Conjunto nº 01-20/ARCY-FAG**. Rio de Janeiro: Procuradoria Administrativa, 9 dez. 2020c. Disponível em: <https://documentacao.pge.rj.gov.br/scripts/bnweb/bnmapi.exe?router=upload/20776>. Acesso em: 23 jul. 2021c.

_____. Projeto de Decreto Legislativo nº 57/2021. Susta os efeitos do Decreto nº 47.422, de 23 de dezembro de 2020. **Diário Oficial do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, 7 abr. 2021.

SAMPAIO, P. *et al.* **Novo Marco Legal do Saneamento**. A Histórica Controvérsia Federativa sobre a Titularidade dos Serviços de Saneamento e as Inovações Trazidas pela Lei nº 14.026/2020: Normas de Referência da ANA e incentivos à Regionalização. Belo Horizonte: Fórum, 2021. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/livro/4186>. Acesso em: 22 jul. 2021.

SEGURANÇA JURÍDICA E UNIVERSALIZAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS DE SANEAMENTO BÁSICO: do princípio à materialização

Lucilaine Aparecida Tenório Medeiros*

Marcela de Lima Altale*

Maurício Dantas Bezerra*

RESUMO: este artigo apresenta aspectos práticos que devem ser observados para a viabilização da tão almejada universalização dos serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário, sob a perspectiva da segurança jurídica.

Palavras-chave: Novo Marco Legal de Saneamento Básico. Universalização. Segurança jurídica. Regulação Tarifária. Conexão aos serviços de Saneamento.

ABSTRACT: this article presents some practical legal aspects that shall be observed by the stakeholders, in order to fully provide water and sewage services to users, from the perspective of legal certainty.

Keywords: New water and sewage brazilian law. Universal provision of services. Legal certainty. Tariff regulation. Connection to water and sewage services.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Importância da segurança jurídica para a viabilização da universalização dos serviços. 3 O art. 11-B, § 1º, do NMLSB e a inclusão de novas metas de universalização nos contratos de concessão. 4 Decreto nº 10.710/2021, Art. 11-A do NMLSB: o limite à Subdelegação dos Serviços e a Questão das PPP's. 5 Artigo 45 do NMLSB e a Obrigação de os Usuários se Conectarem à Rede Pública de Abastecimento de Água e Esgotamento Sanitário. 6 Considerações finais.

* Advogada, Diretora Jurídica da Aegea Saneamento e Participações S.A., MBA em Gestão de Negócios pela Unilins – Centro Universitário de Lins, São Paulo-SP.

* Advogada, Gerente Jurídica da Aegea Saneamento e Participações S.A., Mestre em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo (USP), São Paulo-SP.

* Advogado, sócio do VMB Jurídica, Mestrado em Direito (LLM) pela Universidade de Warwick – UK, São Paulo-SP.

1 INTRODUÇÃO

Em julho de 2020, o Congresso Nacional editou a Lei n. 14.026/2020 (“Novo Marco Legal do Saneamento Básico” ou “NMLSB”), dois anos após o início dos debates da edição da Medida Provisória n. 844/2018, promovendo significativas e importantes alterações no marco regulatório brasileiro do saneamento básico.

Como amplamente divulgado, as principais mudanças macro estão representadas na (i) atribuição à Agência Nacional de Águas (“ANA”), que a partir do NMLSB passou a se chamar Agência Nacional de Águas e Saneamento, da competência para editar normas de referência a serem – preferencialmente – observadas e adotadas pelas diversas agências reguladoras, criando uma maior uniformização das regras aplicáveis aos serviços em todo o país e criando um ambiente regulatório mais seguro para atrair investimentos; (ii) vedação à celebração de novos contratos de programa e à prorrogação dos atualmente vigentes -, o que vincula as novas concessões à realização de licitações¹; e (iii) obrigação de que a universalização dos serviços seja concretizada até 31 de dezembro de 2033², podendo este prazo ser prorrogado até 2040, na hipótese de ficar demonstrado que os investimentos até 2033 não possuem viabilidade econômico-financeira³.

Todas essas alterações propiciaram, em um curto espaço de tempo, maior atração de investimentos privados e a criação de um ambiente extremamente competitivo.

¹ Lei n. 11.445/2007: 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.

² Lei n. 11.445/2007: 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.

³ Lei n. 11.445/2007: Art. 11-B, § 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.

Nos leilões realizados somente no 1º ano de vigência do NMLSB⁴, já foram comprometidos mais de R\$ 25 bilhões em outorgas, R\$ 40 bilhões em investimentos, que beneficiarão, apenas no âmbito dessas concessões, mais de 17 milhões de cidadãos em 05 Estados brasileiros. Apenas nessa rodada de concessões, a participação do setor privado na prestação dos serviços públicos de abastecimento de água e de esgotamento sanitário saltou de 6% para 16% em pouco menos de um ano de edição do NMLSB, evidenciando o acerto da nova política.

Espera-se que, nos próximos meses, sejam licitadas outras duas áreas em Alagoas, com investimentos estimados em cerca de R\$ 3 bilhões; seja realizada a relicitação do bloco 3 do Rio de Janeiro - cujo leilão não obteve êxito no primeiro certame; seja celebrada a Parceria Público Privada (“PPP”) para a concessão dos serviços de esgotamento sanitário do estado do Ceará, com investimentos estimados em mais de R\$ 6 bilhões; além da concessão dos serviços em grande parte da Paraíba e da primeira desestatização anunciada de uma Companhia Estadual de Saneamento Público do Rio Grande do Sul. Estes são apenas os projetos estruturados em parceria com o BNDES – Banco Nacional de Desenvolvimento Social até o momento.

Até pouco tempo, voltar a ver vida marinha na Baía de Guanabara ou nos rios Tietê ou Pinheiros estava apenas no plano dos desejos. Hoje, é uma realidade palpável. Estamos vivenciando uma verdadeira revolução silenciosa na qualidade de vida, no bem-estar do cidadão brasileiro e no meio-ambiente. As externalidades são também inúmeras. A universalização dos serviços de saneamento promoverá a redução de custos e despesas com saúde, tende a aumentar a produtividade, a remuneração dos trabalhadores, o número de empregos e postos de trabalho na região licitada, promoverá a valorização imobiliária das regiões atendidas, gerará renda, maior arrecadação de impostos e mais atividade econômica com o turismo advindo de melhores condições ambientais, além do que colocará o Brasil no patamar de países desenvolvidos, com reflexos positivos para a economia do nosso País⁵.

Apesar dos expressivos volumes de recursos já comprometidos pelos principais operadores, almeja-se a manutenção da atual pujança no setor ainda por muitos anos, desde que continuem sendo ofertados bons projetos pelo poder público e, efetivamente, seja viabilizado o ambiente negocial propício não apenas às novas licitações, mas à plena execução contratual.

⁴ Projetos exclusivamente modelados pelo BNDES. Informação disponível em: <https://hubdeprojetos.bndes.gov.br/pt/projetos?setor=saneamento&status=contrato>. Acesso em: 04 nov. 2021.

⁵ Ver: <https://blogs.oglobo.globo.com/opinioao/post/aguas-do-rio-veio-para-ficar.html>. Acesso em: 04 nov. 2021.

Importante, porém, que a segurança jurídica traduzida pelo arcabouço legal contido no NMLSB seja, realmente, respeitada e praticada por todos os *stakeholders* envolvidos na prestação de serviços de saneamento básico, de modo que o bom momento permaneça inalterado e que, portanto, sejam garantidos os investimentos necessários para que os marcos temporais do NMLSB à universalização dos serviços sejam adequadamente cumpridos.

O NMLSB traz, ainda, uma série de mecanismos e regras que têm como principal condão assegurar o sucesso do programa de universalização dos serviços, dentre os quais destacam-se o incentivo à prestação regionalizada⁶ dos serviços de

⁶ De forma a assegurar a concretização da universalização dos serviços de saneamento, o NMLSB alçou à natureza de princípio fundamental a prestação regionalizada dos serviços, regulamentada por meio do Decreto n. 10.588/2020.

Através do incentivo à regionalização dos serviços, o legislador busca assegurar que os serviços também cheguem a municípios que isoladamente não teriam viabilidade econômico ou técnica. A regionalização dos serviços permite, na região específica, a uniformização do planejamento, execução e regulação dos serviços, ao mesmo tempo em que possibilita ao operador capturar ganhos de escala e conceder subsídios tarifários, preservando-se, assim, o interesse público e atraindo o investidor privado para o setor.

Para que a regionalização não seja apenas um desígnio do legislador, o NMLSB, ao mesmo tempo que mantém a titularidade dos serviços com os municípios, dada a sua natureza eminentemente local, condicionou o acesso a recursos federais à adesão dos municípios às regiões de saneamento instituídas pelo Estados, por meio dos seus respectivos parlamentos, ou subsidiariamente pela União.

A regionalização dos serviços deve ser instrumentalizada por meio da formação de:

(i) **regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões**, que possuem como características: (a) a existência do interesse comum na forma de compartilhamento de instalações operacionais de infraestrutura de abastecimento e/ou de esgotamento sanitário entre 2 (dois) ou mais municípios, (b) a premissa geográfica de que envolva municípios limítrofes, (c) o compartilhamento da titularidade entre Estados e Municípios (organização, planejamento, execução e operação conjunta das atividades), (c) a compulsoriedade da adesão dos Municípios e (e) a criação por Lei Estadual Complementar;

(ii) **unidades regionais de saneamento**, que possuem como principais características (a) maior discricionariedade e flexibilidade no desenho do agrupamento de Municípios, com foco em um ganho de escala que permita a concessão de subsídios cruzados e a viabilidade econômico-financeira visando à universalização nos prazos legais; (b) a necessidade de se levar em conta a projeção de custos de investimento e de operação e de receitas pelo menos até a universalização para fundamentar a regionalização mediante realização de estudos de pré-viabilidade; (c) o fato de a adesão dos Municípios se dar de forma voluntária, no prazo de até 180 dias, incentivada pelo *spending power* da União, uma vez que o NMLSB prevê que a alocação de recursos públicos federais e os financiamentos com recursos da União serão condicionados também à prestação regionalizada; (d) a previsão de que a unidade deve, preferencialmente, conter uma região metropolitana; e (e) a aprovação mediante Lei Ordinária Estadual; e

(iii) **blocos de referência**, que possuem característica semelhantes às das unidades regionais, mas são constituídas pela União, no exercício de uma competência subsidiária, na hipótese em que os Estados tenham deixado de ter exercido sua competência até 16/07/2021.

saneamento básico e a criação dos critérios de aferição da capacidade econômico-financeira⁷ dos prestadores de serviços.

O novo ambiente regulatório inaugurado pelo NMLSB torna, enfim, a universalização dos serviços públicos de saneamento básico uma possível realidade. Este artigo buscará apresentar, em rol não exaustivo, aspectos fundamentais a serem observados pelos *stakeholders* para a viabilização da universalização dos serviços sob a ótica da segurança jurídica.

2 IMPORTÂNCIA DA SEGURANÇA JURÍDICA PARA A VIABILIZAÇÃO DA UNIVERSALIZAÇÃO DOS SERVIÇOS

Ao lado de bons incentivos regulatórios, a manutenção e a atração dos investimentos para o setor dependem de que todas as esferas do poder, em especial os poderes concedentes, agências reguladoras, órgãos de controle e demais aplicadores do direito, mantenham um ambiente estável, previsível e de máxima segurança jurídica para os investidores.

A segurança jurídica, essencial ao desenvolvimento de qualquer país, ganha maior relevo quando se trata dos projetos de infraestrutura, que demandam dos

⁷ O NMLSB, em seu artigo 11-B previu que os operadores de saneamento terão que comprovar a capacidade econômico-financeira para realizar os investimentos necessários à universalização dos serviços até 31 de dezembro de 2033 ou, conforme o caso, até 2040.

Exercendo o dever/poder fixado pelo NMLSB, o Presidente da República editou o Decreto 10.710/2021, em que fixou os critérios e diretrizes para que as prestadoras de serviços de abastecimento de água, coleta e tratamento de esgoto apresentem à entidade reguladora, até 31/12/2021, estudos que certificam sua capacidade econômico-financeira para atingir a universalização dos serviços de saneamento, conforme previsto no NMLSB.

Referida análise será feita em duas etapas.

Na primeira etapa, as agências reguladoras verificarão o atendimento do grupo econômico a que o prestador de serviços pertence, conforme os seguintes índices econômico-financeiros: (i) índice de margem líquida sem depreciação e amortização; (ii) índice de grau de endividamento inferior; (iii) índice de retorno sobre patrimônio líquido e (iv) índice de suficiência de caixa. Os índices deverão ser calculados com base nas medianas dos indicadores dos últimos cinco exercícios financeiros.

Uma vez ultrapassada a primeira etapa, os prestadores de serviços deverão demonstrar (i) que os contratos de prestação dos serviços ajustados às metas de universalização são viáveis através da mensuração do fluxo de caixa do contrato, que deve possuir valor presente líquido igual ou superior a zero e (ii) a compatibilidade deste estudo de viabilidade com o plano de captação de recursos próprios e de terceiros.

O NMLSB prevê ainda que os contratos de concessão que possuam metas mais longas que 31 de dezembro de 2033 deverão se adequar - até 31 de março de 2022 - aos novos prazos legais, o que deverá ser concretizado, principalmente, por meio de aditivos negociados com os atuais concessionário e o eventual reequilíbrio econômico-financeiro do respectivo contrato.

investidores aportes significativos de recursos no curto prazo, à espera de retorno apenas após anos, quicá décadas, dos respectivos investimentos.

Relevante, portanto, excluir-se do sistema o máximo possível de ruídos provenientes da insegurança jurídica, que possam afetar a confiança dos investidores nas instituições ou implicar no aumento dos custos de investimentos.

A insegurança jurídica pode assumir diversas faces. Algumas dessas faces manifestam-se em todos os segmentos do setor de infraestrutura, a exemplo (i) da falta de previsibilidade ou morosidade na prolação de decisões em torno de questões jurídicas relevantes, (ii) inaplicabilidade ou demora na aplicação de regras basilares dos contratos, como reajustes e reequilíbrios contratuais, (iii) ingerência políticas e legislativas indevidas, (iv) demora na concessão de licenças e autorizações, dentre outros.

Outras faces da insegurança jurídica são específicas do segmento de saneamento, a exemplo (i) da longa discussão em torno da titularidade dos serviços em regiões de interesse comum, que embora tenha sido positivada pelo NMLSB deve produzir novos conflitos derivados das novas regras, (ii) da competência e limites dos entes da federação para legislar ou regulamentar sobre a prestação dos serviços de saneamento básico, se exclusiva do titular dos serviços ou se concorrente com os demais entes da federação, e (iii) dos diversos modelos de criação das unidades regionais de saneamento e suas respectivas estruturas de governança interfederativa,

O NMLSB, porém, busca privilegiar um ambiente de segurança jurídica. Um bom exemplo foi a atribuição dada à ANA para editar normas de referência a serem observadas pelas agências reguladoras locais, sob pena de perderem acesso aos recursos públicos federais⁸. Da mesma sorte, determina que as novas contratações para delegação dos serviços de saneamento básico só podem ocorrer por meio de processo licitatório e que os novos contratos devem conter, no mínimo, as regras previstas no artigo 23, da Lei n. 8.987/95⁹, implicitamente apregoando o respeito ao direito fundamental insculpido no art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal, e no art. 6º, §1º¹⁰, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Nesse sentido, **o NMLSB, no § 2º do artigo 11-B, estabelece que os contratos de concessão**

⁸ Lei n. 11.445/2007 – (...) 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: (...) III - à observância das normas de referência para a regulação da prestação dos serviços públicos de saneamento básico expedidas pela ANA;

⁹ Artigos 10 e 10-A, do NMLSB.

¹⁰ Art. 6º A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.

§ 1º Reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou.

regularmente vigentes antes da edição da Lei nº 14.026/2020 devem permanecer inalterados durante toda a sua vigência, nos termos em que foram licitados¹¹. Ou seja, o legislador determinou às partes contratadas, ao regulador e aos órgãos de fiscalização, de controle e judicial a obrigação de respeitarem, durante toda a vida de um contrato de concessão, os termos e condições da proposta que se tornou a vencedora da licitação, adjudicada pelo poder concedente.

Dentro do modelo institucional concebido pelo Estado brasileiro, caberá à ANA e, sobretudo, às agências reguladoras infranacionais a concretização destes comandos e princípios legais, razão pela qual espera-se que sejam efetivamente dotadas de independência técnica, funcional e de autonomia financeira, e que possuam um quadro de funcionários capacitados, com experiência no setor e mandatos que efetivamente lhe permitam exercer sua função institucional de manter os contratos regulados em permanente equilíbrio econômico-financeiro que viabilize, com segurança jurídica, o aporte de investimentos pelos prestadores de serviços.

Caberá às agências reguladoras infranacionais – que passam a contar com o relevante apoio da ANA na coordenação e uniformização das suas atividades – assegurarem um ambiente institucional onde decisões técnicas e independentes sobreponham-se a interesses políticos imediatos e de ocasião que possam advir dos agentes públicos.

Neste sentido, é necessário que as agências reguladoras atuem incansavelmente na sempre direção do estrito e pontual cumprimento pelas partes contratantes – Concessionária e Poder Concedente - dos direitos e deveres pactuados. Qualquer desvio deste caminho tem grandes chances de impactar o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão e, por sua vez, os próprios objetivos contratuais, notadamente as metas de investimentos tendentes à universalização e à efetiva prestação dos serviços de saneamento, tidas como norma-principal trazida pelo NMLSB no art. 2º, inciso I.

É inaceitável e contrário à segurança jurídica que deve ser garantida para que se alcance a universalização do saneamento básico no Brasil até 2033 que, após anos de adoção do modelo institucional do estado regulador, concessionários ainda tenham de conviver com o reiterado e indesejado comportamento de algumas agências reguladoras que permitem o descumprimento de algumas regras basilares dos contratos de concessão - como é o caso da não aplicação de reajustes anuais inflacionários nas datas e de acordo com a fórmula paramétrica ou índice previstos no contrato de concessão e, ainda, a morosidade na avaliação das revisões ordinárias e extraordinárias -, essencialmente necessários para assegurar a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicialmente contratado entre as partes reguladas.

¹¹ Ver dentre outros, o §2º do artigo 11-B e o parágrafo único do artigo 18.

Os poderes concedentes, após a assinatura do contrato de concessão, passam à condição de parte regulada, deixando de possuir discricionariedade na aplicação das obrigações contratuais advindas dos referidos contratos, especialmente no que diz respeito à garantia do prestador de serviços de ter as tarifas de água e de esgoto reajustadas anualmente, nos termos inicialmente pactuados entre as partes, uma vez que os reajustes tarifários são atos vinculados¹² e adstritos às regras já estabelecidas no contrato de concessão. Não podem, portanto, as agências reguladoras servirem de anteparo para os poderes concedentes praticarem arbitrariedades e atos que contrariam as regras contratadas entre as partes e, caso qualquer das partes reguladas (concessionária ou poder concedente ou usuário) aja em desconformidade com as regras previstas no contrato de concessão, no regulamento de serviços ou na lei, incumbe ao regulador a adoção imediata de medidas, administrativa ou judicial, que legitimem o exercício do direito pela parte prejudicada e que, portanto, restabeleçam a segurança jurídica necessária para a promoção da universalização dos serviços públicos de saneamento básico.

O regulador, a quem a lei atribuiu a responsabilidade e o dever de garantir a aplicação dos princípios básicos que devem resguardar as relações contratuais, terá, portanto, papel mais relevante na universalização dos serviços de saneamento do que os próprios investidores, que só se sentirão confiantes com o setor na medida em que os reguladores cumpram, fielmente, seus respectivos mandatos.

Só assim a segurança jurídica almejada será materializada. É imperioso, portanto, que essa perspectiva permeie todo o sistema normativo introduzido pelo NMLSB para que, de fato, se alcance a universalização dos serviços de saneamento básico no Brasil.

3 O ART. 11-B, §1º, DO NMLSB E A INCLUSÃO DE NOVAS METAS DE UNIVERSALIZAÇÃO NOS CONTRATOS DE CONCESSÃO

O NMLSB, no caput do artigo 11-B, fixa os marcos temporais para que os serviços de abastecimento de água e de esgotamento sanitário sejam universalizados, determinando que os concessionários assegurem, até 31 de dezembro de 2033, acesso de 99% (noventa e nove por cento) da população à água potável, bem como 90% (noventa por cento) tenham o esgoto coletado e tratado.

¹² No caso dos reajustes anuais, cabe ao regulador, apenas, avaliar se o cálculo de reajuste tarifário anual, apresentado pelo prestador de serviços ou de ofício por sua própria equipe técnica, está aderente ao que foi contratualmente pactuado pelas partes reguladas no contrato de concessão. Não havendo divergência, autorizada está a publicação do respectivo reajuste. Ou seja, não incumbe ao regulador qualquer juízo de valor quanto ao indexador fixado contratualmente, apenas e tão somente a respectiva revisão do cálculo de reajuste caso esteja em desacordo com a fórmula ou índice firmado pelas partes no contrato de concessão.

Se quando da aprovação da Lei n. 14.026/2020 os serviços já tiverem sido delegados e os critérios contratuais não coincidirem com a data ou com os marcos previstos no NMLSB, o titular dos serviços terá, **até 31 de março de 2022**, para incluir as novas metas, que deverão ser fixadas de maneira proporcional ao período compreendido entre a data de assinatura do contrato ou do termo aditivo e 31 de dezembro de 2033¹³.

O NMLSB trata diferentemente os contratos precedidos de licitação daqueles que foram firmados diretamente com o prestador dos serviços, sem licitação (contratos de programa).

Com relação aos contratos precedidos de licitação, o NMLSB, em expressa observância aos princípios da segurança jurídica e da confiança legítima, assegura a manutenção integral das condições originalmente contratadas, ainda que divergentes das previstas no NMLSB¹⁴.

Assim, cabe ao poder concedente, observando o respeito às regras dos contratos licitados já existentes, buscar alternativas para que as metas de universalização sejam cumpridas nas condições previstas no NMLSB.

E, dentre as alternativas postas ao titular dos serviços, está a celebração de aditivo ao contrato de concessão, em comum acordo com o concessionário e sujeitando o contrato a eventual reequilíbrio econômico-financeiro.¹⁵

Ademais do aditivo ao contrato de concessão, o NMLSB faculta ao poder concedente atingir as metas de universalização por meio (i) da prestação direta de parcela dos serviços ou (ii) da promoção de licitação complementar para o implemento da meta. Em qualquer circunstância, contudo, os termos e condições dos contratos licitados deverão permanecer inalterados, de sorte que a adoção pelo poder concedente, de qualquer

¹³ Lei. 11.445/2007: 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;

§ 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.

¹⁴ Lei. 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:

¹⁵ Lei. 11.445/2007: Art. 11-B. § 2º III: aditamento de contratos já licitados, incluindo eventual reequilíbrio econômico-financeiro, desde que em comum acordo com a contratada.

das alternativas, deve sempre respeitar os limites, critérios, metodologias e condições da prestação de serviços delegada ao concessionário, pré-existentes ao NMLSB, inclusive o respeito às cláusulas de exclusividade da concessionária na prestação de serviços nas áreas que fazem parte do objeto dos contratos licitados, coerentes com a lógica de monopólio natural dos serviços de saneamento básico.

Outro aspecto importante, no caso de contratos licitados, é que a não assinatura de aditivo até 31 de março de 2022, para inclusão ou adequação das metas de universalização previstas no NMLSB, não provoca qualquer sanção ao concessionário e nem lhe restringe o direito da exploração dos serviços nos moldes inicialmente contratados.

Com relação aos contratos de programa, a manutenção e a regularidade desses contratos, bem como a possibilidade de aditamento, estão vinculadas à comprovação da capacidade econômico-financeira das empresas estatais, nos termos do artigo 10-B da Lei n. 14.026/2020 e do artigo 20 do Decreto n. 10.710/2021.¹⁶

Outro aspecto do NMLSB relacionado aos contratos de programa é a vedação à prorrogação da vigência desses contratos, ainda que necessária para inclusão das novas metas de universalização previstas no NMLSB¹⁷. Nesse caso, eventual reequilíbrio econômico-financeiro do contrato de programa deve ser endereçado por redução de outorgas, aumento das tarifas, indenização ou qualquer outra forma de recomposição que não inclua a ampliação da vigência do contrato de programa.

4 DECRETO 10.710/2021, ART. 11- A DO NMLSB - O LIMITE À SUBDELEGAÇÃO DOS SERVIÇOS E A QUESTÃO DAS PPP's

Quando da edição do Decreto n. 10.710/2021, que estipulou os critérios de aferição da capacidade econômico-financeira das concessionárias para realizarem os

¹⁶ 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.

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.

Decreto n. 10.710/2021, 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.

¹⁷ Decreto n. 10.710/2021

Art. 7º (...) § 3º Os estudos de viabilidade não poderão prever:

I - no caso de contrato de programa, ampliação de seu prazo de vigência;

investimentos necessários à universalização dos serviços até 31 de dezembro de 2033, as PPP's foram incluídas na definição de contratos de subdelegação.¹⁸

Numa primeira leitura dessa classificação atribuída às PPP's e do critério previsto no §4º, do artigo 7º, do mesmo Decreto¹⁹ - que estabelece que não será admitida a comprovação da capacidade por meio do incremento das metas de contratos de subdelegação, quando exceder o limite de vinte e cinco por cento dos contratos a serem delegados -, pode-se entender que o Decreto, numa verdadeira extrapolação de seus limites regulamentares, inviabilizou, pela limitação imposta, que novos projetos de parcerias público-privadas fossem firmados a partir de 16 de julho de 2021.²⁰

Entretanto, essa não é a interpretação que deve prevalecer à luz da Lei n. 14.026/2020.

O espírito do legislador, impresso no NMLSB, foi o de promover a competitividade entre prestadores de serviços para atingimento da tão almejada universalização dos serviços de saneamento até 31.12.2033. Para isso, definiu que a delegação dos serviços pode se dar por meio de licitação e de contratação de parceria público-privada nos termos definidos na Lei n. 11.079/2004, como também através de subdelegação do objeto contratado desde que, para isso, haja previsão contratual ou autorização expressa do titular dos serviços, devendo ser observado, para a referida subdelegação, o limite de 25% (vinte e cinco por cento) do valor do contrato.²¹ Perceba que o artigo 11-A do NMLSB, em consonância inclusive com diversos outros dispositivos do mesmo diploma legal, explicitamente diferencia os dois instrumentos contratuais – PPP's e subdelegações -, respeitando seus conceitos legais que são autônomos e independentes entre si. Logo, não teria o Decreto 10.710/2021 legitimidade (i) para incluir limitações à Lei n. 11.079/2004, (ii) para alterar as regras do artigo 11-A do NMLSB, e (iii) para regulamentar outros dispositivos do NMLSB diverso do art. 10-B c/c art. 11-B.

¹⁸ Decreto n.10.710/2021: Art. 2º Para fins deste Decreto, considera-se: (...) II - contrato de subdelegação - contrato por meio do qual o prestador subdelega a execução de obrigações que detém perante o titular, na forma de subconcessão, parceria público-privada ou outra modalidade legalmente admitida

¹⁹ § 4º Não será admitida a comprovação da capacidade por meio do incremento das metas de contratos de subdelegação, quando exceder o limite de vinte e cinco por cento definido pelo art. 11 -A da Lei nº 11. 445/2007.

²⁰ § 5º A vedação de que trata o § 4º não incidirá sobre os contratos referidos no § 4º do art. 11-A da Lei nº 11.445, de 2007, desde que firmados até 16 de julho de 2021.

²¹ Lei n. 11.445/2007, 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 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. (grifo nosso).

Logo, não há qualquer limitação de valor contratual para projetos de PPP's que venham a ser firmados a partir do NMLSB.

Outro ponto que torna sem efeito as disposições contidas nos §§ 4º e 5º, do artigo 7º, do Decreto n. 10.710/2021, é o fato de que a finalidade do Decreto, estabelecida pelo NMLSB, não é a de estabelecer metodologias ou critérios para a delegação dos serviços de saneamento a partir de 16 de julho de 2021, até mesmo porque essas regras já se encontram definidas pela própria regulamentada (Lei n. 14.026/2020), a partir do seu artigo 10. A única função do Decreto n. 10.710/2021 é a de definir metodologia que possibilite **o aditamento para adequação dos contratos vigentes no momento da publicação do NMLSB**, cujas metas de ampliação dos serviços de água e de esgoto divergem das previstas no artigo 11-B do NMLSB.

5 ARTIGO 45 DO NMLSB E A OBRIGAÇÃO DE OS USUÁRIOS SE CONECTAREM À REDE PÚBLICA DE ABASTECIMENTO DE ÁGUA E ESGOTAMENTO SANITÁRIO

Dada a natureza essencial dos serviços de saneamento básico e a necessidade de se fomentar o ganho de escala, a modicidade tarifária e a viabilidade econômico-financeira das concessões, o NMLSB, em seu artigo 45, reforçou a obrigatoriedade de conexão das edificações às redes públicas de abastecimento de água e de esgotamento sanitário.

Esta regra, em conjunto com outras,²² reconhece que, para se concretizar o objetivo da universalização dos serviços básicos de saneamento, é necessário que os responsáveis pelos imóveis alcançados pelo sistema público de abastecimento de água e de esgotamento assegurem a conexão dos imóveis ao(s) sistema(s) disponibilizado(s) pelo prestador de serviços, e que passem a utilizar o(s) serviço(s) e contribuir com o pagamento da(s) respectiva (s) tarifa(s).²³

²² A exemplo dos fortes incentivos à regionalização dos serviços de saneamento.

²³ 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. (...)

§ 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. (...)

§ 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

A razão é simples. o NMLSB preconiza a universalização dos serviços no menor espaço de tempo possível (observados os limites temporais) e ao menor custo para os usuários (modicidade tarifária). A forma de atender esse mandamento é assegurar que ocorra a adesão de todos os imóveis à prestação de serviços públicos de água e esgoto disponibilizada pela concessionária, de modo que se permita o equilíbrio econômico-financeiro entre despesas e receitas que garantem a universalização e a prestação efetiva dos serviços.

O NMLSB, em reconhecimento a distintas capacidades de contribuição entre os diversos usuários dos serviços e à essencialidade do serviço, preconiza a instituição de tarifas que levem em consideração a condição econômica do usuário e o uso consciente dos recursos, dentre outros elementos. Prevê, assim, a existência de tarifas sociais, e até mesmo a necessidade de que o pagamento pelo serviço prestado, a pessoas vulneráveis econômica ou socialmente, seja subsidiado pelos demais usuários ou por fundos públicos.²⁴

Apesar desta clara orientação dada pelo NMLSB, uma leitura desatenta dos §§ 11 e 12 do artigo 45 do NMLSB²⁵ poderia levar a crer que o legislador excetuou, da regra geral de conexão compulsória às redes públicas de abastecimento de água disponibilizadas pelas concessionárias, as edificações não residenciais (comerciais, industriais e agrícolas, por exemplo) e os condomínios, facultando a estes utilizarem-se de fontes e métodos alternativos de abastecimento de água.

Parece-nos que esta não é a melhor interpretação. Não quis o legislador dar um “cheque em branco” para essas edificações deixarem de se conectar e utilizar a prestação de serviços públicos de abastecimento de água disponibilizada pela

previstas na legislação, ressalvados os casos de reuso e de captação de água de chuva, nos termos do regulamento

§ 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.

§ 7º A entidade reguladora ou o titular dos serviços públicos de saneamento básico deverá, sob pena de responsabilidade administrativa, contratual e ambiental, até 31 de dezembro de 2025, verificar e aplicar o procedimento previsto no § 6º deste artigo a todas as edificações implantadas na área coberta com serviço de esgotamento sanitário.

²⁴ Há diversas formas de “socializar” o custo dos serviços, observando a capacidade contributiva dos usuários, tais como: (i) fixação de tarifas fixas ou variáveis; (ii) tarifa residencial e comercial; (iii) aumento da tarifa por faixas de consumo.

²⁵ Lei n. 11.445/2007: § 11. As edificações para uso não residencial ou condomínios regidos pela Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964, poderão utilizar-se de fontes e métodos alternativos de abastecimento de água, incluindo águas subterrâneas, de reuso ou pluviais, desde que autorizados pelo órgão gestor competente e que promovam o pagamento pelo uso de recursos hídricos, quando devido.

concessionária ou mesmo se retirarem da rede e implantarem seus próprios sistemas de abastecimento de água.

Na verdade, a interpretação que deve prevalecer é a de que o legislador apenas facultou a esses usuários desenvolverem sistemas alternativos e individuais quando **inexistir rede pública de abastecimento ou a concessionária responsável pela prestação dos serviços atestar a inviabilidade técnica da prestação do serviço na localidade**, neste último caso até enquanto perdurar a inviabilização do atendimento.²⁶

É a conclusão que se chega por meio de uma interpretação sistêmica de diversos dispositivos legais, como se pode inferir da nova redação dada ao *caput* do artigo 45 do NMLSB²⁷. Se a redação que vigia antes da edição da Lei. n. 14.026/2020 trazia logo no seu início a possibilidade de a conexão à rede ser excetuada²⁸, a redação atual não dá qualquer margem à concessão de exceções pelos titulares, reguladores ou órgãos ambientais. Uma alteração tão significativa não pode passar despercebida, ainda mais tendo sido realizada no *caput* do artigo que delimita o alcance dos incisos e parágrafos a ele vinculados.

Neste particular e em consonância com esta linha de interpretação cumpre lembrar que a própria lei de condomínios, a Lei n. 4.591/1964, obriga que o contrato de construção da referida unidade condominial estabeleça a quem caberá arcar com os custos de ligação aos serviços públicos, se ao construtor ou ao contratante²⁹.

Este entendimento, aliás, é o que melhor se coaduna com a concretização do princípio da prevalência do interesse público sobre o privado, conforme já decidido

²⁶ Lei n. 11.445/2007, Art. 45. § 1 : Na ausência de redes públicas de saneamento básico, serão admitidas soluções individuais de abastecimento de água e de afastamento e destinação final dos esgotos sanitários, observadas as normas editadas pela entidade reguladora e pelos órgãos responsáveis pelas políticas ambiental, sanitária e de recursos hídricos.

²⁷ 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.

²⁸ **Art. 45 Ressalvadas as disposições em contrário das normas do titular, da entidade de regulação e de meio ambiente**, toda edificação permanente urbana será conectada às redes públicas de abastecimento de água e de esgotamento sanitário disponíveis e sujeita ao pagamento das tarifas e de outros preços públicos decorrentes da conexão e do uso desses serviços.

²⁹ Lei n. 4.591/1964: Art. 51. Nos contratos de construção, seja qual for seu regime deverá constar expressamente a quem caberão as despesas com ligações de serviços públicos, devidas ao Poder Público, bem como as despesas indispensáveis à instalação, funcionamento e regulamentação do condomínio.

Parágrafo único. Quando o serviço público fôr explorado mediante concessão, os contratos de construção deverão também especificar a quem caberão as despesas com as ligações que incumbam às concessionárias no caso de não estarem elas obrigadas a fazê-las, ou, em o estando, se a isto se recusarem ou alegarem impossibilidade.

pelo STJ³⁰ em situação em que se discutiu a possibilidade de órgão público do Estado do Rio Grande do Sul autorizar a construção de poços artesianos em locais atendidos pela rede pública, vejamos:

Ao fixar as normas gerais, por se tratar de questão de política ambiental, a União tutelou o interesse coletivo em detrimento do particular, estabelecendo, inclusive, textualmente, que as edificações permanentes urbanas devem estar conectadas às redes públicas de abastecimento de água e que a respectiva instalação hidráulica predial não pode ser alimentada por outras fontes.

Não pode ser considerada ilegal a limitação administrativa estabelecida pelo recorrente no sentido de que, nos locais dotados de rede de abastecimento de água potável, os poços serão tolerados exclusivamente para suprimento com fins industriais ou para uso em floricultura ou agricultura.

Recurso especial provido para julgar improcedente o pedido formulado pela recorrida na petição inicial da demanda.

Permitir o amplo uso de fontes individuais fora do âmbito dos serviços de saneamento implicaria em verdadeiro privilégio aos usuários com maior capacidade econômica (edificações não residenciais e condomínios, com recursos para realizar os investimentos necessários), deixando aos usuários menos favorecidos o ônus de pagar as tarifas necessárias ao financiamento das infraestruturas, onerando demasiadamente e desproporcionalmente justamente a parcela mais carente da população. Não nos parece ser essa a intenção do legislador.

Por fim, na remota hipótese de não prevalecer o entendimento de que o direito à implantação provisória dos sistemas individuais está condicionado à inexistência de redes públicas ou à inviabilidade técnica de atendimento pelo prestador de serviços, é forçoso aceitar que o NMLSB trouxe nova regra que (i) provavelmente impactará de maneira relevante o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão celebrados antes edição da Lei n. 14.026/2020; (ii) aumentará o risco regulatório e, conseqüentemente, impactará na definição de tarifas de prestação de serviços de água e de esgoto bem mais elevadas, para subsidiar parte da população que terá o privilégio de utilizar sistema próprio de abastecimento e o direito de não contribuir com a universalização dos serviços de saneamento do Brasil.

³⁰ Resp 1.345.403/RS (2012/0197280-0). Relator: Ministro Francisco Falcão. Recorrente: Estado Do Rio Grande Do Sul. Ementa: processual civil e administrativo. Violação. Art. 535 do cpc/73. Inocorrência. Extração de água subterrânea. Poço artesiano. Outorga da administração pública. Tutela do interesse coletivo em detrimento do particular. Legalidade da limitação administrativa para utilização de poço artesiano com a finalidade de consumo humano de água potável. Brasília (DF), 16 de fevereiro de 2017 (Data do Julgamento).

Forçoso registrar, ainda, que eventuais perdas de receita decorrentes da não utilização dos serviços públicos de abastecimento de água, por conta de utilização de sistemas individuais em locais servidos por redes públicas, deverão ser objeto de reequilíbrio em favor do concessionário.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este artigo tem como principal anseio, sem obviamente ter a pretensão de exaurir as discussões, trazer para o debate propostas visando a construção do necessário ambiente de segurança jurídica regulatória na aplicação do NMLSB, sobretudo por meio da análise de alguns poucos dispositivos que podem impactar significativamente os contratos atualmente vigentes e aqueles que ainda serão assinados, sempre sob a perspectiva de que essas discussões são essenciais à consecução do objetivo de universalizar os serviços de saneamento básico.

De maneira objetiva, a segurança jurídica almejada e brevemente explanada neste artigo em alguns dispositivos pode ser traduzida em:

- Aplicação das regras vigentes, tanto para os contratos licitados quanto para os que vierem a ser licitados, incluindo o pleno exercício, pelas entidades reguladoras, de seu papel como um dos principais (se não o principal) provedor da tão almejada universalização dos serviços de saneamento básico, concretizado, por exemplo, com a tempestiva (i) aplicação de reajustes tarifários anuais nos termos das regras contratuais definidas nos contratos de concessão e (ii) avaliação das revisões ordinárias e extraordinárias e a consequente recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão regulado;
- Observância das condições locais de prestação de serviços para viabilização das metas de universalização até 2033, garantindo a higidez das contratações vigentes e a exclusividade na prestação dos serviços e demais condições contratuais específicas;
- Viabilização de novos e bons projetos de PPP's com empresas estatais que comprovarem sua capacidade econômica e financeira, sem qualquer limitação;
- Segurança jurídica às PPP's já vigentes, com pleno respeito aos prazos e condições contratuais, seja em caso de desestatização ou em casos de extinção dos contratos de programa;
- Indução de mecanismos à conexão às redes de abastecimento de água e esgotamento sanitário, reconhecendo-se que o arcabouço legal só permite a utilização de soluções individuais de abastecimento nos locais onde não há rede

pública disponível, ou seja, declarado, pelo prestador de serviços, sua inviabilidade em atender tecnicamente a demanda de água requerida pelo usuário.

É importante ressaltar que o principal beneficiado por esse ambiente positivo criado pelo NMLSB é o cidadão comum, usuário dos serviços de saneamento, principalmente aquele que nas últimas décadas não foi atendido por redes de abastecimento de água ou de coleta e tratamento de esgoto ou, ainda que tenham sido, não usufrui de serviços de qualidade, contínuos e regulares, como devem ser os serviços de saneamento básico. As estimativas do governo são que até 2033, cerca de 35 milhões de cidadãos atualmente sem acesso à rede de água e cerca de 100 milhões de cidadãos sem acesso à rede de esgoto passem a gozar dos serviços de forma universal e adequada, conforme preconiza o NMLSB.³¹ Isso, sem prejuízo das enormes externalidades positivas advindas da universalização do saneamento básico no Brasil, como valorização imobiliária, redução de doenças de veiculação hídrica, aumento da produtividade do trabalhador, apoio no desenvolvimento do PIB do País, e outras já mencionadas neste artigo.

Essas são as singelas contribuições que pretendemos fazer para a criação de um ambiente de segurança jurídica no setor de saneamento. O NMLSB traz novamente a esperança de um pleno e universal acesso aos serviços essenciais de saneamento básico, que beneficiará centenas de milhões de cidadãos e contribuirá para o alcance de um meio ambiente equilibrado. A universalização só será possível em um ambiente de segurança jurídica e institucional. Cabe aos operadores do direito, portanto, aplicar o NMLSB norteados por esses princípios e objetivos.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Presidência da República. **Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942.**

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 11.445, de 05 de dezembro de 2007.**

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 14.026, de 15 de julho de 2020.**

BRASIL. Presidência da República. **Decreto 10.588, de 24 de dezembro de 2020.**

BRASIL. Presidência da República. **Decreto 10.710, de 31 de maio de 2021.**

³¹ Lei n. 11.445/2007: Art. 2º. Os serviços públicos de saneamento básico serão prestados com base nos seguintes princípios fundamentais:

I - universalização do acesso e efetiva prestação do serviço; (...)

OS IMPACTOS DO NOVO MARCO REGULATÓRIO DO SANEAMENTO NA PRECIFICAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS

Luiz Gustavo A. S. Bichara *

Bruna Athayde Taveira *

Mariana Augusta Faleiro Borges *

Em 2010 a Assembleia Geral da ONU, por meio da Resolução n. 64/292, reconheceu que “o acesso à água potável e ao saneamento é um direito humano essencial para a plena fruição da vida e de todos os outros direitos humanos”.

O Brasil já compreendia o saneamento básico como algo de importância: a Lei n. 11.445/2007, marco regulatório do Saneamento Básico estabelecia em seu art. 29: “os sistemas tarifários devem ser inclusivos, garantindo o acesso de todos aos serviços e promovendo a equidade”.

De acordo com a lei, o saneamento básico é concretamente classificado como o conjunto de **serviços públicos**, infraestruturas e instalações operacionais de abastecimento de água potável, esgotamento sanitário, limpeza urbana e manejo de resíduos e drenagem e manejo de águas pluviais.

Tais serviços eram prestados exclusivamente por meio de autarquias, órgãos e empresas públicas ou empresa a que se tenham concedido os serviços¹ em ambiente não concorrencial por meio de contratos de concessão.

Um dos objetivos principais do marco regulatório de saneamento básico é a definição de tarifas que assegurem tanto o equilíbrio econômico e financeiro dos

* Sócio-fundador do Bichara Advogados, cursou o Programa “Instruction for Lawyers” na Universidade de Harvard. É Conselheiro Federal da OAB e Presidente do Conselho Jurídico da Associação Comercial do Rio de Janeiro (ACRJ).

* Advogada da área de consultoria tributária do Escritório Bichara Advogados. Graduada em Direito pela UFRJ, pós-graduanda em Direito Tributário e Financeiro pela UERJ. Possui sólida experiência representando clientes do segmento de O&G. Membro da Associação Brasileira de Direito Financeiro – ABDF.

* MBA Direito Tributário Fundação Getúlio Vargas; Graduada em Direito pela PUC-MG e graduanda em Ciências Contábeis pela PUC-MG. Atua há cinco anos na área de consultoria tributária, representando clientes dos segmentos de mineração, agronegócio, especialmente exportadoras de café, siderurgia, automotivo, entre outros. Sócia do escritório Bichara Advogados desde 2021.

¹ Art. 16. A prestação regionalizada de serviços públicos de saneamento básico poderá ser realizada por:

I - órgão, autarquia, fundação de direito público, consórcio público, empresa pública ou sociedade de economia mista estadual, do Distrito Federal, ou municipal, na forma da legislação.

II - empresa a que se tenham concedido os serviços.

contratos, mediante mecanismos que induzam a eficácia dos serviços e que permitam a apropriação social dos ganhos de produtividade.

Para tanto, era inviável haver concorrência entre as empresas do setor, razão pela qual a regulação do monopólio do setor público era imprescindível para garantir a eficiência e a universalização dos serviços.

Os serviços de saneamento básico eram prestados com fundamento na integração de competência entre Estado e Municípios, em consonância com o art. 241 da Constituição Federal, que permite a possibilidade de transferência da responsabilidade de execução dos serviços públicos de um ente federado para outro.

Acontece que, como muitos municípios não dispunham de recursos para implantar as infraestruturas necessárias à prestação do serviço, os subsídios tarifários e não tarifários se tornaram essenciais no contexto da Lei n. 11.445/2007. Afinal, a natureza essencial do setor exigia a diluição dos custos entre uma quantidade maior de usuários, transferindo os resultados econômicos obtidos em uma certa região para benefício de outras mais carentes.

Com relação à origem dos recursos aplicados, o artigo 31 da Lei n. 11.445/2007 definiu que os subsídios poderiam ser de origem tarifária ou fiscal e internos a cada titular ou entre titulares, nas hipóteses de prestação regionalizada.

Os subsídios tarifários são constituídos dentro da própria estrutura de cobrança, sendo pagos por determinadas classes ou categorias de usuários; os de origem fiscal, por sua vez, são provenientes de recursos orçamentários dos entes públicos, independentemente de sua fonte de arrecadação, sendo também denominados subvenções.

Apesar das diferentes estruturas tarifárias, influenciadas principalmente pelos aspectos técnicos e econômicos que impactam nos custos de fornecimento dos serviços nas diferentes regiões, existem características que são intrínsecas aos pagamentos dessa natureza, a saber:

1. Diferenciação de acordo com o setor: residencial, público, comercial e industrial;
2. Escalonamento por faixa de consumo de forma a desestimular o consumo excessivo;
3. Previsão de tarifa social, caracterizada por preços menores para a população de baixa renda, nas faixas de menor consumo.

A Lei n. 11.445/2007, previu ainda que as tarifas deveriam ser estabelecidas de forma a gerar os recursos necessários para a realização dos investimentos, buscar

a recuperação dos custos incorridos na prestação do serviço remunerar adequadamente o capital investido.

Ora, as diretrizes vinculadas as atividades dessa natureza não poderiam ser diferentes uma vez que os altos custos envolvidos na criação de redes de saneamento prescindem a observância da modicidade tarifária para que, mediante planejamento, se possa investir, construir, reparar e garantir a manutenção da operação da rede.

Ao contrário das atividades desenvolvidas no setor privado, onde os preços sintetizam, em geral, a melhor informação da disponibilidade a pagar e do interesse em produzir, no setor público o controle tarifário é o caminho utilizado pelas empresas estatais para evitar externalidades negativas dos serviços e garantir a promoção de um serviço adequado. Por isso a regulação tarifária sempre se mostrou como medida fundamental para assegurar a adequada prestação do serviço público de saneamento, ainda que deficitária.

Entretanto, com o advento do novo marco do saneamento básico, lei nº 14.026/2020, e estrutura tarifária anterior poderá sofrer alterações significativas visto que a nova legislação trouxe uma série de mudanças nas características estruturais dos serviços públicos de saneamento, como por exemplo, a possibilidade de investimento privado.

Como visto, a contratação de empresas que viessem a prestar o saneamento básico para a população ocorria de forma não competitiva, já que essa espécie de contrato de concessão de serviço público, não precedia a ocorrência de processo licitatório e tão pouco exigia protocolos rígidos de qualidade e investimento.

Consequentemente, as empresas públicas desempenhavam sua atividade com certa vantagem no mercado e, muitas vezes, a precificação dos serviços por ela prestados era, erroneamente, justificada pelo racional dos subsídios cruzados, discutidos anteriormente.

Entretanto, a promulgação do novo marco regulatório alterou a estrutura operacional e financeira anterior. Isso porque, eventuais novas concessões são agora condicionadas à licitação prévia, o que estimula a competitividade da prestação desses serviços e exige novos investimentos por parte dos novos players.

Ademais, a implantação da universalização do saneamento básico, objetivo principal da nova lei, exige a implementação de ações estratégicas que estimulem o consumo consciente, a eficiência e o equilíbrio econômico-financeiro na prestação dos serviços.

Ou seja, a estrutura tarifária deve ser reajustada para contemplar os novos parâmetros, de modo que eventuais alterações nos recursos técnicos, humanos e financeiros sejam recepcionadas, seja por meio de um subsídio direto aos consumidores, subsídio por meio da concessionária ou das empresas privadas.

Fato é que tais questões vão de encontro ao princípio da modicidade tributária, ainda vigente, por meio do qual o serviço público deve atender aos diversos grupos sociais na persecução do bem comum, cobrando a tarifa mais baixa possível.

Considerando que ao reduzirem o escopo de atuação dos governantes, as alterações decorrentes da nova lei afetam diretamente as despesas e receitas públicas e, a perda de uma fonte de receita não tributária, como os subsídios, pode resultar em um maior esforço fiscal por parte do Estado e Município.

Diante das incertezas atreladas as diretrizes das prestações de serviços de saneamento, é fundamental que a regulação tarifária, agora competência da Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico (ANA), seja capaz de estabelecer regras rígidas relativas à transparência, de modo que as adaptações as novas regras não impactem a precificação do serviço.

Como era de se esperar, as significativas mudanças decorrentes da promulgação da Lei nº 14.026/2020 foram objeto de questionamento pelos principais players do setor e, uma das principais medidas adotadas foi o ajuizamento de ações diretas de inconstitucionalidade.

As ADIs nº 6.492, 6.536, 6.583 e 6.882, de autoria de partidos políticos e associações, questionavam parte ou a totalidade dos dispositivos da nova lei, sob o argumento de que as alterações poderiam levar a um monopólio do setor privado, o que prejudicaria diretamente a universalização do acesso ao Saneamento e o aumento das tarifas.

Ocorre que, recentemente, o Supremo Tribunal Federal (STF) rejeitou por 7 votos a 3 as quatro ações diretas de inconstitucionalidade mencionadas acima. Na ocasião, o Supremo decidiu que a Lei nº 14.026/2020 não contraria a Constituição Federal já que a inclusão do setor privado surge como medida necessária para a melhoria da prestação do saneamento, cujo antigo modelo se mostrou ineficiente para a população.

Neste contexto, é incontroverso que o posicionamento do STF valida integralmente o novo marco legal, mantendo a obrigatoriedade de licitação para contratação do serviço de saneamento e a necessidade de adesão às normas regulatórias nacionais para que estados e municípios tenham acesso aos recursos federais.

Além dos pontos apresentados até o momento, novos questionamentos surgem quando analisamos a carga tributária atual do setor. Como se sabe, apesar das atividades serem desempenhadas pelos Estados e Municípios, os serviços de saneamento não estão sujeitos à tributação de ICMS e ISS.

A partir do julgamento da ADI n. 567, firmou-se o entendimento de que o saneamento não poderia estar sujeito a cobrança do ICMS uma vez que tanto pela essencialidade do serviço, quanto pela impossibilidade de atribuir a natureza de mercadoria ao manejo e a disponibilização de água, a tributação pelo imposto estadual violaria diretamente o art. 155, II da Constituição Federal.

Lógica semelhante se aplica ao ISS, visto que a tributação dos serviços básicos de saneamento confronta o interesse público. Não obstante, existem alguns Projetos de Lei que visam a incidência do ISS sobre os serviços de tratamento e distribuição de água, a exemplo do PLP n. 155/2019, o que impactaria ainda mais na carga tarifária do setor.

Portanto, atualmente o serviço de saneamento possui uma tributação reduzida, estando o setor sujeito apenas ao PIS/COFINS e IRPJ e CSLL, mas, como se sabe, a reforma tributária no Brasil ganhou força desde o ano de 2020, tanto no âmbito do Governo Federal, quanto no âmbito do Congresso Nacional, onde foram apresentadas propostas, em trâmite atualmente. eventuais mudanças na estrutura tributária brasileira inevitavelmente impactarão o setor público.

No contexto da tributação do consumo em 2020, o Governo Federal apresentou projeto de lei (PL nº 3.887/20), que tem por objetivo a extinção do PIS e da COFINS e a criação da Contribuição Social sobre Operações com Bens e Serviços (“CBS”) para substituí-las. Essa nova contribuição, segundo a proposta inicial, incidiria à alíquota de 12% e possibilitaria a tomada de créditos financeiros, isto é, calculados segundo o valor da própria contribuição paga anteriormente na cadeia.

Posteriormente, o Governo Federal apresentou perante o Congresso Nacional o projeto (PL nº 2.337/21) para reforma do Imposto de Renda (incluindo o da pessoa jurídica). Após a apresentação do projeto inicial, o relator do projeto na Câmara dos Deputados, o Deputado Federal Celso Sabino (PSDB-PA) apresentou o Texto Final do Substitutivo ao PL nº 2.337/21.

No episódio mais recente, foi apresentado o Relatório da PEC 110/19, introduzido pelo Senador Roberto Rocha, gerou profundas alterações na tributação sobre o consumo. Em resumo, propõe-se: (i) a substituição do PIS/COFINS pela Contribuição sobre Bens e Serviços (“CBS”), a ser tributada à alíquota de 12%, conforme já previsto no PL n. 3.887/20; (ii) a substituição do ICMS e ISS pelo Imposto sobre Bens e Serviços (“IBS”), a ser tributado à alíquota estimada em 16%; e (iii) a substituição do IPI pelo Imposto Seletivo (“IS”).

Considerando a aprovação das propostas acima detalhadas, estaríamos diante de uma significativa alteração na tributação do consumo e atingiria fortemente a prestação de serviço de saneamento básico. Tal alteração se daria primeiramente, com o aumento da carga tributária do PIS/COFINS, majorada de 3,65% ou 9,25% a 12%. Embora se pretenda que a CBS permita o creditamento pleno, não há dúvida de que a diferença de alíquota promoveria, em muitos casos, aumento de carga tributária (12% versus os atuais 3,65% ou 9,25%).

No que se refere ao IBS, o aumento da tributação do saneamento se agrava, pois o projeto atual não prevê regime diferenciado para o setor. É possível que a

discussão acerca da incidência do IBS sobre a prestação de saneamento público. Diante de posicionamento desfavorável do fisco e/ou do judiciário, o setor estará diante de uma tributação triplamente majorada.

Ante o exposto, é incontroverso que a insegurança jurídica decorrente das alterações provocadas pela Lei nº 14.026/2020 e pela eventual aprovação da reforma tributária, acrescida das particularidades intrínsecas a tarifação das atividades de saneamento, será refletida na composição de lides tributárias, especialmente se a Agência Reguladora não desempenhar seu papel de maneira consistente.

BREVES INTRODUÇÕES SOBRE UMA PRINCIPIOLOGIA JURÍDICA DOS VALORES ECOLÓGICOS

Luiz Stefanini*

SUMÁRIO: 1 Antecedentes históricos dos Valores e suas correspondências com os princípios jurídicos. 2 O Valor da Segurança do viver face ao complexo ambiental e Ecológico. 3 Considerações gerais sobre os Valores Fundamentais e a Norma Jurídica. 4 O Direito, o Valor e a Segurança. 5 Princípios fundamentais do Direito Ambiental. 6 O princípio da função social dos bens e princípio sustentabilidade. 7 Conclusões.

1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS DOS VALORES EM CORRESPONDÊNCIAS COM OS PRINCÍPIOS JURÍDICOS

Se quiséssemos percorrer uma linha que nos levasse aos antecedentes primeiros da noção de **direito**, à vista da disciplina que rege os interesses fundamentais, particularmente, o Ambiental, chegaríamos a uma clareira onde estaria presente a fonte/gênese seminal deste direito numa revelação mais ampla e específica que a expressão poderia sugerir. Isto porque a autenticidade da origem dos direitos é a própria existência do Homem: *Hominum causa omne ius constitutum est* (D. 1,5,2, Hermog.). Esta edificação chega ao juízo de que a dimensão dos Valores engendrou-se com o surgimento da vida humana.

Partindo desta sentença, e na proa, de seus axiomas, a preocupação contemporânea reflete o dualismo homem-ambiente a compreender uma plástica social que, preventa à ideia de gozo, encontra-se indubitavelmente conectada à essencialidade do nosso viver na geografia planetária. Por tal concepção assenta-se exato que a perspectiva do homem/ambiente está em conexão com uma ampla plataforma ecológica universal.

É sempre oportuno apontar, por outro viso que, no revolver deste tema, a incidência da realidade objetiva e a respectiva subjetividade fizeram por demonstrar que toda produção das subsistências vitais (subsídios à vida) estiveram dependentes do colchão ecológico/ambiental. Mostram-se tais focos intimamente imbricados porquanto a questão da produtividade encontra-se amalgamada aos requisitórios das demandas básicas do ser humano. Acresce-se, ademais, as dependências das inúmeras condicionantes particulares dos recursos eco/ambientais. Igualmente, de pronto, observa-se a conexão aos meios geoecológicos e aos dogmas da ciência jurídica que

* Desembargador Federal do TRF 3. Região.

anatematizam valores vivenciais e jurídicos simétricos. *Ipsa facto* as dimensões das disciplinas do **direito fundiário** (em suas faces públicas e privadas) compreendem todas as normas de sobrevivência primária tanto no sentido social quanto no sentido individual. Neste rol incluem-se, imperativamente, os vários desdobramentos dos ramos do direito agrário, do direito eco/ambiental, do agroindustrial, os quais se insinuam como matérias jurídicas univitelinas sob a seiva comum de igualitários húmus formadores e mesmos próceres *jus positivo*.

Mas a investigação no sentido de se saber os exatos pontos em que se tocam ou se repelem, se identificam ou se excluem, sempre a demandarem um trabalho científico e profundo, mais complexo e indutivo que se exige prospectar e ainda demandar um estudo de maior fôlego que caberá um outro trabalho em projeto.

2 O VALOR DA SEGURANÇA NO VIVER FACE AO COMPLEXO AMBIENTAL E ECOLÓGICO

O Valor Segurança – em seus amplos aspectos - destaca-se, sobretudo, na genética daqueles valores. Isto porque desde a revelação da vida pelas dimensões dos primeiros sinais manifestantes que tornam evidentes também os muitos riscos e precipitações em sua propagação espacial.

Sem embargo, o homem é um fidelíssimo exemplo desta realidade sobrevivencial que se traduz através dos muitos desafios ecológico-ambientais. O primeiro deles vem da própria natureza que, por sua fonte de realização, restringiu as oportunidades de se chegar à vivência e o segundo apresentou-se no fato do estabelecimento das incontáveis implicações disputadíssimas no consorcio vivencial para mantê-la. Estas *fatualidades* levam à concepção de que a **segurança**, sem dúvida, interpõe-se, isoladamente, como o primeiro e mais importante valor imbricado com os de natureza humana e seus impactos com o ambiental/ecológico.

Quanto às condicionantes referidas – do ambiental e do ecológico - é certo que estas se incorporam como aportes do valor segurança.

É útil, ademais, observar que o vocábulo *ambiente* e *ecologia* não configuram realidades ambíguas, tampouco sinônimas, mas suas semânticas por várias determinantes guardam as mesmas, intrínsecas e razões nos termos de suas diferentes representações.

No vocábulo *Ambiente* extrai-se sua raiz, oriunda do léxico grego *bio*, que ao ser latinizado, agregou-se da preposição arcaica latina *am* (acusativo) a significar o que envolve a vida, o que viceja ao redor da vida. Por seu realismo, o verbete *ecologia* provém do grego *eco*, tendo como correspondência o vocábulo latina *echo*, que na língua do Lácio, convola o significado de atrações (especialmente energética)

a coligarem as pessoas a determinados meios interagentes. Por extensão, compreendem as intersecções que desencadeiam o atuar dos agentes face aos bens nos espaços de suas respectivas relações. A expressão *eco*, por etnografia, traduz a ideia dinâmica desta realidade.

Não obstante tais inserções mostra-se imperativas e de recepção ainda que o Direito, nas opções taxionômicas, quedou-se preferencialmente pela locução **direito ambiental** acabando por consolidar-se no uso aplicativo dos estudiosos do jus-ambiental.

Já por estas observações chega-se a perceber que tais dessemelhanças em suas semânticas vêm atrair significados diferentes que não podem ser desprezados sempre que os meandros estudados são investigados sob outros ínsitos enfoques.

Tais pontos, igualmente, de outra assentada, vão costurar as comparações que se estabelecem entre as ideias e as funções dos bens num conjunto maior da realidade que dimensionam.

3 CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE OS VALORES FUNDAMENTAIS E A NORMA JURÍDICA

Na concepção de Normas dotadas de efeito imperativo/coercitivo – Lei em sentido técnico - segundo classifica a Dogmática mais tradicional, encontramos o termo *ius (jus)* como anelado ao sentido da palavra **direito**. Significa dizer que, no caldo cultural consubstanciado, o que seja a Norma de conduta leva a depararmos com a inserção de cártulas da ciência jurídica traduzindo a noção de *bem comum disciplinado pela norma*. Nesse sentido depara-se que a ideia de **valor** se mostra amalgamada com o juízo de direito.

A parte disso, é de se perceber, que a noção de **valor** espelha um conceber mais complacente e *lato*.

O vocábulo **valor** (do latim *valore, is*), ao convolar o significado de uma qualidade, atrela uma agregação levando-o a distingui-lo dos demais compositivos. Oriunda que é do verbo *valeo vale, ui (itum)*, dentre outros sentidos, expressa a ideia de força diferenciada dum qualitativo próprio (bom ou ruim), vale dizer, à determinação de um *plus*, de algo que compreende uma estimação particular, então incorporada a um atrativo distinto no seio do estro social e individual. Certamente, e de uma maneira geral, a expressão **valor** consubstancia um *diferencial próprio*.

Em sua concepção *lata* o **direito**, como se sabe, reverbera, ademais, um saber de natureza teórica (conceituações que em última análise são valores amplos formalmente acreditados) operando com definições de objetos que estão compondo os *bens* requisitados pela vida social. Projeta-se, pois, ubiquamente, em todos seus subsídios axiológicos.

Consoante tais fundações a expressão Direito dos Valores tem a precípua destinação de corresponder a um rol de poderes jurídicos que levam em consideração as qualidades agregadas dos vários bens e suas capilaridades.

4 O DIREITO, O VALOR E A SEGURANÇA

Uma importante diferenciação que deve ainda ser feita sob o crivo das concepções é que, com as cautelas devidas, haverão de se considerar a identificação dos multivários ambientes e seus riscos. Significa, igualmente, afirmar que adequadamente necessário afirmar que a segurança é inerente ao foco de todo relacionamento humano segundo a natureza e o universo das diversidades. Por conseguinte, mostra-se inexorável que as distinções representam o substancial envolvimento de provimentos visando à asseguuração da vida.

Ao se considerar as primeiras exteriorizações do fato humano perante o mundo natural, e especialmente no aplicativo da realização de sua subsistência, torna possível recepcionar, num viés de impacto, que apenas o expediente *extrativo* corresponde necessariamente ao comprometimento ambiental sob o ponto de vista da cadeia de sobrevivência das espécies. O extrativismo, assim, condiciona-se (limitando-se) à precedência existencial dos frutos a serem aproveitados e estes, uma vez colhidos, ciclicamente pela lei biológica, haverão de ser recompostos pelo princípio da natureza, vale dizer, por recorrência natural. Consoante isto, a prática extrativista face aos bens sempre pressupõe a tradição envolvendo a dinâmica do *nomadismo*, que repetidamente caracterizou-se nas primícias dos conglomerados gentílicos nas remotas sociedades que antecederam a nossa era.

No mundo material, a partir do período paleolítico, todavia, as necessidades fizeram com que os homínídeos passassem a requisitar técnicas na obtenção dos alimentos através da prática da reposição (semeadura/plantio) numa atitude ubíqua. Tal técnica, por si, tendeu a levar a um equilíbrio artificial em relação à demanda. A respeito deste equilíbrio, é certo que, primacialmente, apresentava-se como um extrativismo artificial. Com a difusão da atividade de reposição necessária inaugurou-se a sustentabilidade. A organização das instituições sociais foi propiciada em razão destes fatores, com provisões das vidas sedentarizadas dos grupos humanos, ou seja, com a efetividade dos envoltimentos provisionais gentílicos.

O que decorreu em sequência foram os experimentos irreversíveis das ingerências biossociais/econômicos e suas interatividades na formação dos processos em meio à geografia ambiental com todos os seus avanços e reveses até os presentes dias.

Talvez estejamos presenciando os limites das muitas eras antecedentes e de suas ações socioculturais-econômicas que também poderiam ser denominadas eco/ambiental tecnicistas.

5 PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DO DIREITO AMBIENTAL

O Direito Ambiental é o conjunto de direitos oriundos de normas jurídicos especiais (de ordem social), de princípios sistemáticos positivos de emanções jurisprudenciais, hábitos e costumes, em suma, de tudo quanto se refere à juridicidade emergente das atividades envolvendo os bens de essencialidades imprescindíveis à vida humana com seus valores sempre à frente.

Neste sentido o Direito Ambiental não reflete o *fundo do direito*, mas aporta em seu corpo todo o universo dos princípios que tem por fulcro esta natureza e suas implicações.

No que respeita ao conceito de Direito Ambiental, pode-se dizer ainda que o Direito Nacional e o Direito Comparado, em essência, não expõem diferenças substanciais entre estes direitos (*ius gentium*) suas concepções essenciais e fundamentais.

Por direta consequência, o Direito Ambiental perfaz hoje um direito autônomo consubstanciado em um sistema harmônico de poderes/deveres e que tem por escopo a proteção e manutenção da vida provinda do meio ambiente considerada como teleologia última.

6 O PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DOS BENS E A CAUSA PRIMÁRIA DA SUSTENTABILIDADE

Desde logo, a respeito das locuções referentes à **função social** e ao **princípio da sustentabilidade**, torna-se necessário uma abordagem bem específica sobre a ideia do que se acredita suficiente e do que seja o *desenvolvimento sustentável*. Por tal razão, importa distinguir a ideia de sustentabilidade em suas várias acepções e conexões.

Preliminarmente, quanto ao significado de *desenvolvimento sustentável* impende observar que os doutrinadores que se dedicaram à abordagem do tema, em geral, fizeram por mostrar diferentes, e às vezes, inadequadas intelecções. É de justiça pois identificar o que se encontra ausente nestes perfis e simetrias. Como já se assentou sobrelevam neles o cunho substancial e estrutural como foco na equivalência.

O ato ou ação desenvolvimentista pressupõe uma propulsão que promove o sentido da modificação dos bens propiciando um *sentimento* generalizado de melhoria dentro de um espaço circunscrito de inclusão.

Sob o substrato de suas teleologias o *desenvolvimento sustentável* há que ser traduzido pela operação de progresso objetivando a obtenção de determinado bem à vista do dinamismo humano que nesta atividade não se descuida do exaurimento das fontes donde provem estas mesmas riquezas. As ideias traduzidas nos limites expostos, todavia, têm um hiato de entendimento de difícil adequação. Evidentemente nenhuma atividade humana é infensa ao efeito de não implicar na alteração mínima do meio em que vive. Por conseguinte, a questão reprecisa, até certo ponto, as cláusulas de valores que podem se submeter à riscos necessários e inevitáveis.

Neste aperfeiçoar é preciso que se insira a distinção entre **valores** e **necessidades** que antecede aqueles contrapontos. Isto porque, conforme afirmei em outro trabalho, as necessidades estão na base dos valores que ao redor deles orbitam. Considerados tais termos é possível que os valores - integrantes da cártula dos interesses - podem ser cambiados, transacionados, sublimados, estigmatizados, enfim, sujeitos às ações pelas quais os interesses agem. Assim sendo, diferentemente das necessidades que se acham estabelecidas há que se considerar duas fundamentais alternativas: da satisfação e dos riscos. Na segunda hipótese as consequências podem transladarem-se para a diminuição da integridade realizadora do objeto.

Posto isto, as necessidades de interagir com os recursos naturais para a consecução dos alimentos acham-se inseridas no universo das necessidades de sobrevivência e não podem ser subsumidas à prenúncia de algum mal futuro desconhecido. Populações que sobrevivem em climas desérticos em interação com os poucos meios de vida não podem abrir mão de determinados valores existentes no meio natural. Evidentemente não se pode, por sacrifício da própria vida, preservar o lastro ambiental em que vive.

Da mesma forma é certo que, de algumas comunidades em atrasos culturais assimétricos, não se deve exigir *valores* a serem preservados necessariamente. Isto se aplica a outros povos em condições socioeconômica e tecnológica mais vulnerável.

7 CONCLUSÕES

Por estas frívolas *adversões* preventivas, embutidas como prelúdios de razões e fundamentos não se pode impressionar, *prima facie*, com o colorido boreal destes institutos jurídicos que adornam de fascínio a matéria ecológica.

Vivemos num mundo onde muitas sociedades apresentam desprovidas de suporte alimentar, em níveis precaríssimos de segurança, de insustentação de atividade e salvaguarda do trabalho, as quais têm seus interesses limitados às básicas necessidades. Não obstante isso, a manutenção e conservação dos mananciais ecológicos e ambientais hoje se tornaram planetariamente intercomunicante e

interativos; todos são atingidos por suas resultantes destrutivas e, portanto, a ninguém é facultado excluir da necessária contribuição para minimizar os efeitos destes ingentes desafios naturais.

Inúmeros países passaram pelas grades históricas do mercantilismo, da industrialização e ao cabo destes períodos jamais se preocuparam com os valores ecológicos e ambientais por estrita necessidade de sobrevivência sem atingirem um estágio tecnológico suficiente para fazerem frente às soluções. Hoje se encontram impossibilitados de proporem agendas ativas no enfrentamento destas questões as quais estão mortificam a todos e, em especial, a básica qualidade de vida destas comunidades.

Por outro arrostar, defrontam-se, tais regiões globais (sem terem contribuído para a violação dos referidos valores), com a absoluta inviabilidade de viver nos limites geográficos de seus países e se submetem a refúgio em outras nações – massas de desvalidos que buscam viver ao abrigo de outras nações. Ou seja, igualmente em impasses com a fabulosa Esfinge pronta a devorá-los caso não encontrem a resposta correta.

Este teorema expõe a grande complexidade do tema a conclamar uma revisão de muitos dogmas do culturalismo.

Em verdade, numa expressão de alcance absoluto, nenhum bem da natureza pode ser usado dispensando-se à inerência da sustentabilidade sua população. Esta afirmação consagra a inexpugnável convicção de que o Homem, cujo sentido da vida reflexiona no *ethos* da solidariedade. Não se deve jamais esgotar os bens disponíveis pelo arquiteto do Acaso. A ciência pode transformar e alterar a grandeza destes bens, jamais, porém, criar uma vida intrínseca neles.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. **Teoria Generala del diritto**. Giappichelli Editore, 2009.

BORGES, Paulo Torminn. **Institutos Básicos de Direito Agrário**. São Paulo: Saraiva, 1991.

CARNELUTTI, Francesco. **Teoria generale del diritto**. Camerino: Edizioni Scientifiche Italiane, Universidade Camerino.

DEZEN JUNIOR, Gabriel. **Constituição Federal Interpretada**. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.

FALCONI, Luiz Carlos. **Desapropriação da Propriedade Destrutiva**. Goiânia: ed. PUC/GO, 2010.

LARANJEIRA, Raymundo (coord.). **Direito Agrário Brasileiro**. São Paulo: LTr, 2000.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 22. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

MARQUES, Benedito Ferreira. **Direito Agrário Brasileiro**. 6. ed. [S. l.]: ABDR. 2006.

RODAS, João Grandino (coord.). **Direito Econômico e Social**. São Paulo: Ed. Rev. dos Tribunais, 2012.

TITULARIDADE E REGIONALIZAÇÃO DO SANEAMENTO BÁSICO: estado de coisas inconstitucional?

Mário Augusto Figueiredo de Lacerda Guerreiro*

Antonio Carlos de Castro Neves Tavares*

1 INTRODUÇÃO

O saneamento básico – compreendendo os serviços de tratamento de água, de esgoto, de resíduos sólidos, de águas pluviais e a limpeza urbana (conceito legal contido no art. 3º da Lei 11.445/2007) – consiste em serviço público essencial, pressuposto da vida digna, apostado como fundamento da República, a partir do art. 1º, III, da CRFB/1988. Tanto é assim, que a própria Constituição da República prevê a atuação de todos os entes federativos na regulamentação, desenvolvimento, incremento da rede e manutenção do serviço, conforme os arts. 21, XX, 23, IX, 25, §3º, 30, I e V, e 241, por exemplo.

Os números relacionados ao saneamento básico demonstram o quanto a marcha do acesso a esse direito essencial está atrasada. De acordo com o Sistema Nacional de Informações sobre o Saneamento¹, 16% (aproximadamente 35 milhões de pessoas) da população brasileira não tem acesso à rede de água e 47% (aproximadamente 100 milhões de pessoas) à rede de esgoto a partir de suas casas. Essas pessoas se valem de medidas alternativas para lidar com seus dejetos, por intermédio de fossas ou despejando-os diretamente no leito de rios ou dos demais mananciais que poderiam servir como fontes de água limpa.

O problema de saúde pública desencadeado pela falta de acesso à água potável e ao adequado tratamento do esgoto e demais dejetos é tamanho, que o art. 200, IV, da CRFB/1988 atrela o Sistema Único de Saúde (SUS) à formulação da política e da execução das ações de saneamento básico. Como se não bastasse, as sucessivas doenças desencadeadas pelas condições precárias de higiene representam também entrave ao

* Juiz auxiliar da presidência do Supremo Tribunal Federal. Juiz de direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Ex-conselheiro do Conselho Nacional de Justiça. Mestre em ciências jurídico-políticas pela Universidade de Coimbra.

* Juiz auxiliar da presidência do Conselho Nacional de Justiça. Juiz de direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Pós-graduado pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Pós-graduado pela Universidade Estácio de Sá.

¹ Disponível em: <http://www.snis.gov.br/painel-informacoes-saneamento-brasil/web/>. Acesso em 22 nov. 2021.

desenvolvimento sadio de crianças e de adolescentes, impactando a frequência e o aproveitamento escolar, assim como o exercício pleno do trabalho pelos adultos.

Com a finalidade de reversão desse quadro desolador, há que se ressaltar a importância das disposições da Lei 11.445/2007 (Lei de Diretrizes para o Saneamento Básico), recentemente alterada pela Lei 14.026/2020 (Novo Marco Legal do Saneamento Básico).

Ato contínuo à promulgação da Lei 14.026/2020, contudo, o referido ato normativo foi objeto de questionamento em controle concentrado de constitucionalidade por intermédio da ADI 6.492. Destacam-se os argumentos acerca da previsão de privatização de serviço essencial, sobretudo pela ótica de manutenção perene do serviço público de fornecimento de água e tratamento de esgoto em regiões menos atrativas economicamente e do princípio federativo. O pedido, formulado pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT), foi negado em sede de medida cautelar pelo relator, ministro Luiz Fux. E este é o ponto de partida para as linhas seguidas: definir a quem cabe fornecer o saneamento básico, em vista da sua essencialidade e das possibilidades de extensão de sua rede, em conformidade com o princípio federativo e a atuação da iniciativa privada.

2 TITULARIDADE DO SERVIÇO DE SANEAMENTO BÁSICO

O Poder Constituinte originário, do qual emergiu e emanou a Constituição da República promulgada em 5/10/1988, previu a organização do Estado brasileiro numa federação, com autonomia entre os entes federativos - União, estados, municípios e o Distrito Federal, concebendo valorização inédita nas cartas brasileiras aos municípios², sede dos direitos e deveres do cidadão, onde sua vida acontece de fato.

Sob essa ótica, de que o princípio federativo serve ao cidadão, apostas as competências de cada ente na Constituição, há previsão da sua atuação concorrente, desde as diretrizes do saneamento básico, que competem à União (art. 21, XX), até a execução do serviço, atividade esta que, todavia, não tem sua titularidade definida de maneira peremptória, ou seja, se recai sobre os estados ou sobre os municípios, como se extrai da leitura dos arts. 23, IX, 25, §3º, e 30, I e V.

A Lei 11.445/2007, com as recentes modificações advindas da Lei 14.026/2020, pretendeu balizar a questão federativa no saneamento básico a partir do interesse na atuação. Segundo o art. 8º, I, sendo local o interesse, a competência recai

² “A autonomia, que a Constituição de 1988 outorga ao Município, contém uma qualificação especial que lhe dá um conteúdo político de extrema importância para a definição de seu *status* na organização do Estado brasileiro, inteiramente desconhecido no regime anterior.” SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 650.

sobre o município ou Distrito Federal. Com efeito, apesar de a Constituição Federal não atribuir expressamente o serviço público de saneamento básico aos entes municipais, o Supremo Tribunal Federal (STF), tradicionalmente, sempre lhes reconheceu a titularidade dessa função sob a perspectiva do interesse local, como se depreende do seguinte julgado³:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ESTADO DE SANTA CATARINA. DISTRIBUIÇÃO DE ÁGUA POTÁVEL. LEI ESTADUAL QUE OBRIGA O SEU FORNECIMENTO POR MEIO DE CAMINHÕES-PIPA, POR EMPRESA CONCESSIONÁRIA DA QUAL O ESTADO DETÉM O CONTROLE ACIONÁRIO. DIPLOMA LEGAL QUE TAMBÉM ESTABELECE ISENÇÃO TARIFÁRIA EM FAVOR DO USUÁRIO DOS SERVIÇOS. INADMISSIBILIDADE. INVASÃO DA ESFERA DE COMPETÊNCIA DOS MUNICÍPIOS, PELO ESTADO-MEMBRO. INTERFERÊNCIA NAS RELAÇÕES ENTRE O PODER CONCEDENTE E A EMPRESA CONCESSIONÁRIA. INVIABILIDADE DA ALTERAÇÃO, POR LEI ESTADUAL, DAS CONDIÇÕES PREVISTAS NO CONTRATO DE CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO LOCAL. AÇÃO JULGADA PROCEDENTE. I - Os Estados-membros não podem interferir na esfera das relações jurídico-contratuais estabelecidas entre o poder concedente local e a empresa concessionária, ainda que esta esteja sob o controle acionário daquele. II - Impossibilidade de alteração, por lei estadual, das condições que se acham formalmente estipuladas em contrato de concessão de distribuição de água. III - Ofensa aos arts. 30, I, e 175, parágrafo único, da Constituição Federal. IV - Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente.

De outro lado, o artigo 2º, XIV, da Lei 11.445/2007 prevê como princípio fundamental dos serviços públicos de saneamento a sua prestação regionalizada “com vistas à geração de ganhos de escala e à garantia da universalização e da viabilidade econômico-financeira”. Quis a lei assegurar, portanto, que pequenos municípios que não tenham capacidade orçamentária para instituir serviço universal de saneamento básico isoladamente pudessem se coligar a outros entes federativos para, em comunhão de esforços, alcançar essa meta⁴.

³ ADI 2.340, relator ministro Ricardo Lewandowski, Pleno, **DJe** de 10/5/2013.

⁴ “Sem adentrar nos meandros da discussão acerca da titularidade dos serviços públicos de saneamento básico, constata-se que não raro os Municípios responsáveis pelo serviço têm carências técnicas e econômicas para estabelecer as regras e condições de prestação do serviço. Uma das condições estabelecidas na Lei 11.445/07 para superar esse impasse consiste na possibilidade de delegação, pelos titulares, não apenas da prestação dos serviços (a outro ente estatal ou a um ente privado), mas também das funções de organização, planejamento e

Nos termos do art. 3º, VI, da lei 11.445/2007, essa prestação regionalizada do saneamento pode se estruturar através de três modelos: 1) regiões metropolitanas, aglomerações urbanas ou microrregiões; 2) unidades regionais de saneamento básico; 3) blocos de referência. Em todas essas hipóteses, seja por questões geográficas, financeiras ou técnicas, o serviço de saneamento é prestado de forma mais eficiente e abrangente por meio de cooperação entre dois ou mais entes federativos (federalismo de cooperação⁵), de modo que o interesse deixa de ser meramente local, mostrando-se comum a todos os entes envolvidos.

Deve-se salientar, nesse contexto, a importância da decisão proferida pelo STF no julgamento da ADI 1.842⁶ para a construção histórica desse paradigma de sobreposição do interesse comum ao interesse exclusivamente local nas situações em que “nada obstante a competência municipal do poder concedente do serviço público de saneamento básico, o alto custo e o monopólio natural do serviço, além da existência de várias etapas – como captação, tratamento, adução, reserva, distribuição de água e o recolhimento, condução e disposição final de esgoto – que comumente ultrapassam os limites territoriais de um município, indicam a existência de interesse comum do serviço de saneamento básico”. Também proposta pelo PDT, a referida demanda de controle concentrado de constitucionalidade impugnava atos normativos fluminenses, quais sejam, a Lei Complementar nº 87/1997, a Lei nº 2.869/1997 e o Decreto nº 24.631/1998, sustentando violação da autonomia do ente federativo municipal.

O acórdão indicou, sobremaneira, que a autoadministração e o autogoverno municipais pressupõem o interesse local. Havendo interesse comum, que extrapole a esfera de um determinado município, abre-se a possibilidade da gestão associada, de caráter facultativo (art. 241 da CRFB/1988) ou se impõe a compulsoriamente a regionalização do serviço público em questão, por meio de lei complementar estadual (art. 25, §3º, da CRFB/1988). Nesse sentido, vale citar excerto da decisão proferida na referida ação direta de inconstitucionalidade:

(...) O art. 23, IX, da Constituição Federal conferiu competência comum à União, aos estados e aos municípios para promover a

regulação.” ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; NIEBUHR, Karlin Olbertz; REISDORFER, Guilherme F. Dias. Novas considerações sobre a regulação no Direito Positivo brasileiro. In: FONSECA, Reynaldo Soares da; COSTA, Daniel Castro Gomes da (Coord.). **Direito regulatório: desafios e perspectivas para a Administração Pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 335.

⁵ “Depois da Primeira Guerra Mundial, concebe-se o federalismo como *cooperativo*.” FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 85.

⁶ Relator ministro Luiz Fux; redator para o acórdão ministro Gilmar Mendes, Pleno, **DJe** de 16/9/2013.

melhoria das condições de saneamento básico. Nada obstante a competência municipal do poder concedente do serviço público de saneamento básico, o alto custo e o monopólio natural do serviço, além da existência de várias etapas – como captação, tratamento, adução, reserva, distribuição de água e o recolhimento, condução e disposição final de esgoto – que comumente ultrapassam os limites territoriais de um município, indicam a existência de interesse comum do serviço de saneamento básico. A função pública do saneamento básico frequentemente extrapola o interesse local e passa a ter natureza de interesse comum no caso de instituição de regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, nos termos do art. 25, § 3º, da Constituição Federal. Para o adequado atendimento do interesse comum, a integração municipal do serviço de saneamento básico pode ocorrer tanto voluntariamente, por meio de gestão associada, empregando convênios de cooperação ou consórcios públicos, consoante o arts. 3º, II, e 24 da Lei Federal 11.445/2007 e o art. 241 da Constituição Federal, como compulsoriamente, nos termos em que prevista na lei complementar estadual que institui as aglomerações urbanas. A instituição de regiões metropolitanas, aglomerações urbanas ou microrregiões pode vincular a participação de municípios limítrofes, com o objetivo de executar e planejar a função pública do saneamento básico, seja para atender adequadamente às exigências de higiene e saúde pública, seja para dar viabilidade econômica e técnica aos municípios menos favorecidos. Repita-se que este caráter compulsório da integração metropolitana não esvazia a autonomia municipal. (...)

Dessa forma, para fins de saneamento básico, serviço notadamente essencial, pode haver interesse comum dos entes federativos de uma mesma região em disponibilizar adequadamente o serviço, sobrepondo-se ao interesse local. A formação de regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões por meio de lei complementar estadual não esvazia a autonomia municipal, que está intimamente ligada ao interesse local. E, mais adiante, o julgado supracitado salienta, de modo preciso, que a formação de região metropolitana não significa renúncia da competência municipal, mas a sua gestão conjunta, com a soma de interesses locais e regional para o fortalecimento do serviço essencial.

Seguindo essas premissas, a nova redação da Lei 11.445/2007, dada pela Lei 14.026/2020, prevê, no seu art. 8º, II, a titularidade dos serviços públicos de saneamento básico pelo estado em conjunto com os municípios, na hipótese do art. 25, §3º, da CRFB/1988 - situação configuradora de interesse comum -, dispondo, igualmente, no §1º do mesmo dispositivo, sobre a gestão associada referida pelo art. 241 da Carta Política.

Ainda no que toca à titularidade, o art. 3º, VI, da Lei 11.445/2007 estabelece mais duas formas de prestação regionalizada do serviço de saneamento para além daquela inscrita no art. 25, §3º, da CRFB/1988 (alínea *a*), quais sejam, a unidade regional de saneamento básico (alínea *b*) e o bloco de referência (alínea *c*)⁷.

Surge, nesse ponto, dúvida quanto compulsoriedade ou não da participação dos entes federativos na prestação regionalizada do serviço público em comento. É que a decisão proferida na ADI 1.842 estabeleceu a compulsoriedade da adesão dos entes federativos no caso art. 25, §3º, da CRFB/1988, enquanto o art. 8º-A da Lei 11.445/2007 diz ser “**facultativa** a adesão dos titulares dos serviços públicos de saneamento de **interesse local** às estruturas das formas de prestação regionalizada” (grifos nossos).

A contradição, no entanto, é apenas aparente. A leitura atenta do art. 8º-A da Lei 11.445/2007 permite a conclusão de que ele se aplica exclusivamente aos titulares dos serviços públicos de saneamento de **interesse local**, ou seja, apenas aqueles referidos no art. 8º, I, da mesma lei. Isso significa que, sendo o interesse exclusivamente local, prevalece a autonomia municipal para tratar do tema (art. 30, I e V, da CRFB/1988), podendo o município avaliar a conveniência e oportunidade de aderir à prestação regionalizada, notadamente nas modalidades de unidade regional de saneamento básico e bloco de referência (art. 3º, VI, alíneas *b* e *c*, da Lei 11.445/2007).

Já no caso de **interesse comum**, que ultrapassa a esfera de atuação do município, não há espaço para esse ente decidir se integrará ou não a prestação regionalizada, afastando-se a incidência do art. 8º-A da Lei 11.445/2007, que é expresso ao se restringir aos titulares de serviços de saneamento de **interesse local**. Nesse caso, faz-se presente a hipótese do artigo 8º, II, da mesma lei, na qual os titulares do serviço são 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. A esses titulares de serviços de saneamento básico de interesse comum se impõe a adesão compulsória à prestação regionalizada do serviço na modalidade específica do

⁷ “Num primeiro momento, parece que as formas de prestação regionalizada se esgotam no inciso VI do art. 3º. No entanto, consideramos a gestão associada também um modo de prestação regionalizada, na forma do art. 3º, II, que a define como ‘associação voluntária entre entes federativos, por meio de consórcio público ou convênio de cooperação, conforme disposto no art. 241 da Constituição Federal.’” ARAGÃO, Alexandre Santos de; OLIVEIRA, Rafael Daudt D. Considerações iniciais sobre a Lei nº 14.026/2020 – O Novo Marco Regulatório do Saneamento Básico. In: DAL POZZO, Augusto Neves (coord.). **O novo marco regulatório do saneamento básico**. E-book. São Paulo: Thomson Reuters, 2020, RB-2.7.

art. 3º, VI, alínea *a*, da Lei 11.445/2007, como consta da decisão tomada pelo STF no julgamento da ADI 1.842⁸.

Note-se que a própria Lei 11.445/2007 se encarregou de traçar a distinção entre serviços de saneamento de interesse local e de interesse comum, definindo estes últimos como “serviços de saneamento básico prestados em regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões instituídas por lei complementar estadual, em que se verifique o compartilhamento de instalações operacionais de infraestrutura de abastecimento de água e/ou de esgotamento sanitário entre 2 (dois) ou mais Municípios, denotando a necessidade de organizá-los, planejá-los, executá-los e operá-los de forma conjunta e integrada pelo Estado e pelos Municípios que compartilham, no todo ou em parte, as referidas instalações operacionais”, enquanto os primeiros compreenderiam a “funções públicas e serviços cujas infraestruturas e instalações operacionais atendam a um único Município”. Conquanto exista entendimento doutrinário no sentido de que a lei, nesse ponto, teria criado requisito adicional para a configuração do interesse comum, qual seja, o compartilhamento de instalações operacionais de infraestrutura⁹, mais parece que ela buscou sintetizar o que constou da decisão proferida na ADI 1.842, quando afirmou que o serviço de saneamento básico é prestado em várias etapas que, por vezes, desenvolvem-se além dos limites territoriais de um único município.

A regionalização do serviço público de saneamento básico, portanto, sempre exigirá a “prestação integrada de um ou mais componentes dos serviços públicos de saneamento básico em determinada região cujo território abranja mais de um Município” (art. 3º, VI, da Lei 11.445/2007), mas só será compulsória para “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” (art. 8º, II, da Lei 11.445/2007 e ADI 1.842), restando facultativa nas demais situações (art. 8º-A da Lei 11.445/2007)¹⁰.

Em suma, seja pela via compulsória ou pela via consensual, a união de forças na área de saneamento é sempre bem-vinda, estando regulada pelo ordenamento

⁸ Excetua-se dessa regra, entretanto, a gestão associada (art. 241 da CRFB/1988), que pressupõe interesse comum dos entes federativos, mas é voluntária (art. 3º, II, da Lei 11.445/2007) e pode ser considerada espécie de prestação regionalizada do serviço público de saneamento básico, à luz da decisão proferida pelo STF na ADI 1.842.

⁹ ARAGÃO, Alexandre Santos de; OLIVEIRA, Rafael Daudt D. Obra citada, RB-2.6.

¹⁰ “De se ver, então, que o desafio está em diferenciar duas expressões: 1) ‘compartilhamento efetivo de instalações operacionais’ (adesão compulsória); e 2) ‘prestação integrada de um ou mais componentes dos serviços públicos de saneamento básico’ (adesão é facultativa).” HEINEN, Juliano. E agora, quem vai prestar o serviço de saneamento básico no Brasil? **Conjur**, 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-set-29/heinen-quem-prestar-servico-saneamento-basico-brasil>. Acesso em: 23 nov. 2021.

jurídico e visando à melhoria, integralidade e universalidade do serviço, não havendo que se falar em qualquer contradição interna na lei ou dela com qualquer dispositivo constitucional, nos termos definidos pela Suprema Corte.

3 ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL

O conceito de estado de coisas inconstitucional encontra respaldo em matriz colombiana, a partir da Corte Constitucional daquele país vizinho ao Brasil, desde o advento da sua Constituição de 1991. Em diversos aspectos da sociedade colombiana, a Corte Constitucional vislumbrou violações reiteradas a direitos fundamentais, sinalizando a necessidade de mudança de paradigma e embate frontal para sua reversão.

A Constituição Política Colombiana de 1991 emergiu de um contexto latino-americano de superação de estados de exceção ou ditatoriais na região, inclusive no Brasil. Nessa toada, a nova carta colombiana é frondosa em direitos de ordem individual e social. É, outrossim, dirigente e programática, tendo contado com forte participação de segmentos sociais normalmente alijados dos processos políticos. Resultou, por isso, no incremento dos mecanismos constitucionais de propagação dos direitos fundamentais, propiciando real possibilidade de contestação do cidadão perante o Estado colombiano.

O atraso na realização desses direitos individuais e sociais frente à norma constitucional ensejou número exponencial de demandas individuais em face do Estado, inclusive em curso na Corte Constitucional, que reconheceu, finalmente, a existência de situação concreta, grave e permanente de inércia e omissão estatal reiterada quanto à implementação dos direitos fundamentais. A esse cenário, denominou-se estado de coisas inconstitucional.

Recentemente, a Corte Constitucional colombiana enfrentou o tema do saneamento básico na Sentencia T-302/2017 e na Sentencia T-216/2019. Visava-se, nessas disputas judiciais, à proteção do acesso à água potável, à alimentação e à saúde pelo povo Wayuu, no Departamento de Guajira, sendo afirmada pelo tribunal a importância da água potável para o desenvolvimento daquela população, sobretudo das crianças. Diante das reiteradas deficiências no fornecimento de tais direitos àquela população, ficaram caracterizados os problemas estruturais e recorrentes da atuação estatal na concretização de direitos fundamentais.

A partir dos referidos precedentes, percebe-se que, apesar de se tratar de um povo específico dentro do Departamento de Guajira, configurado o quadro disfuncional para além do fornecimento de água potável, mas igualmente pertinente ao acesso à saúde, alimentação adequada e regular desenvolvimento da população, com especial atenção às crianças, a abordagem suplantou o interesse local. A violação

reiterada a direitos fundamentais de uma população específica foi tratada como de interesse nacional pela Corte Constitucional colombiana.

No Brasil, o conceito de estado de coisas inconstitucional foi reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal em 2015, no julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 347. As negativas reiteradas a direitos fundamentais nos estabelecimentos brasileiros de privação de liberdade levaram à caracterização do estado de coisas inconstitucional no Brasil. Como medida concreta adotada pela Suprema Corte brasileira, dentre outras, pode-se salientar a regulamentação do art. 8º da Convenção Interamericana de Direitos Humanos pela Resolução CNJ 213/2015, que determinou a necessidade de apresentação do cidadão preso à autoridade judiciária no prazo de 24 horas – a audiência de custódia.

No caso do saneamento básico, como já dito linhas acima, percentual altíssimo da população brasileira não tem acesso a água e esgoto encanados. É enorme a violação de direitos fundamentais, direta e indireta, mormente quando se cogita da influência na alimentação adequada e no acesso à saúde, educação e pleno emprego a partir da supressão de direitos essenciais e necessidades básicas do indivíduo e de toda a coletividade: água limpa e higiene.

Desse modo, independentemente do modelo de titularidade e regionalização do serviço público de saneamento básico adotado, inclusive com a participação da iniciativa privada, salutar seria se o Supremo Tribunal Federal pudesse ser instado a decidir acerca dessa violação reiterada de direitos humanos, acarretando ineficácia estrutural do sistema de saneamento básico. O ativismo judicial dialógico, a suplantar a inércia ou pouca efetividade do Poder Público nessa área, seria muito bem-vindo para aplacar tal omissão fática. Assim como as audiências de custódia foram resposta imediata à declaração de estado de coisas inconstitucional na ADPF 347, provavelmente a atuação judicante, dialógica e concreta, poderia ser caminho decisivo a conferir novo rumo à expansão do serviço de saneamento básico no Brasil¹¹.

4 CONCLUSÃO

Com o advento da Lei 14.026/2020 e o questionamento constitucional já mencionado na ADI 6.492, cujo provimento de medida cautelar foi negado pelo

¹¹ Para um panorama mais detalhado das ações estruturais e do estado de coisas inconstitucional no que concerne ao saneamento básico brasileiro, recomenda-se a leitura da obra de Eduardo Sousa Dantas, **Ações estruturais e o estado de coisas inconstitucional: a tutela dos direitos fundamentais em casos de graves violações pelo poder público**. Curitiba: Juruá, 2019. p. 59-60.

ministro Luiz Fux, relator, reforçam-se os pontos acima mencionados, decorrentes do julgado na ADI 1.842, devendo-se destacar ainda outros, a seguir.

A decisão denegatória de medida cautelar parte da situação periclitante do saneamento básico no Brasil para afirmar categoricamente a necessidade premente de implantação e extensão máxima e imediata do serviço. Mais do que isso, consigna que o federalismo deve ser interpretado pelo seu viés cooperativo, não podendo servir de entrave à realização do bem comum. Ademais, a decisão negou, em primeira análise, o risco à universalidade e à modicidade tarifária, visto que a atuação da iniciativa privada sofreria fiscalização e regulação públicas, apresentando-se a participação do setor privado como um dos caminhos à melhoria do saneamento básico no Brasil.

Desse modo, a partir das ideias trazidas acima, emerge interpretação que visa à necessidade de universalização do acesso ao saneamento básico. Caracterizado como serviço essencial, pressupõe a mais absoluta ramificação. Assim como cada logradouro deve ter saída para a via pública, também deve ser provido de água e esgoto encanados. Para tanto, como bem salientado no julgamento monocrático da Medida Cautelar em ADI nº 6.492, somente com a interpretação cooperativa do federalismo esse objetivo poderá ser cumprido.

Diante da impossibilidade, econômica ou logística, de certos entes federativos realizarem tal mister, não podem os demais se esquivarem de suas obrigações constitucionais, omitindo-se. As possibilidades geográficas de conurbação não estão limitadas à literalidade das espécies constitucionais (art. 25 §3º) e legais, como previstas na Lei 11.445/2007.

A população brasileira segue adoecendo sistematicamente, em pleno Século XXI, por questões de saúde pública e infraestrutura que deveriam estar superadas há décadas. Ora, o acesso a água limpa e a higiene digna hão de configurar mínimo existencial e se o Estado falha em tal função básica, não há motivo pelo qual se aflija ou melindre em contar com a iniciativa privada para superar esse quadro desumano, cabendo, ainda, a intervenção dialógica da Suprema Corte para o enfrentamento do estado de coisas inconstitucional verificado.

Como bem salientado pelo ministro Luiz Fux, relator, na Medida Cautelar em ADI nº 6.492, não se deve contraindicar o ingresso da iniciativa privada na expansão do saneamento básico, desde que haja regulação e fiscalização a partir do Poder Público, inclusive da agência reguladora específica – Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico (ANA).

De fato, no caso do saneamento, a desestatização do serviço ou a sua prestação pelo Poder Público com o equacionamento dos respectivos óbices políticos permite que os entes federativos e a sociedade conjuguem esforços efetivos na implantação de uma rede abrangente de água e esgoto no Brasil, superando mais esse

traço de subdesenvolvimento. Não é aceitável que o federalismo represente ainda um entrave ao avanço nessa área. Fornecer saneamento básico a todos é concretizar universalmente a dignidade.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; NIEBUHR, Karlin Olbertz; REISDORFER, Guilherme F. Dias. Novas considerações sobre a regulação no Direito Positivo brasileiro. *In*: FONSECA, Reynaldo Soares da; COSTA, Daniel Castro Gomes da (Coord.). **Direito regulatório: desafios e perspectivas para a Administração Pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

ARAGÃO, Alexandre Santos de; OLIVEIRA, Rafael Daudt D. Considerações iniciais sobre a Lei nº 14.026/2020 – O Novo Marco Regulatório do Saneamento Básico. *In*: DAL POZZO, Augusto Neves (Coord.). **O novo marco regulatório do saneamento básico**. *E-book*. São Paulo: Thomson Reuters, 2020.

DANTAS, Eduardo Sousa. **Ações estruturais e o estado de coisas inconstitucional: a tutela dos direitos fundamentais em casos de graves violações pelo poder público**. Curitiba: Juruá, 2019.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

HEINEN, Juliano. E agora, quem vai prestar o serviço de saneamento básico no Brasil? **Conjur**, 2020. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2020-set-29/heinen-quem-prestar-servico-saneamento-basico-brasil>. Acesso em: 23 nov. 2021.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

A PRIVATIZAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS DE ABASTECIMENTO DE ÁGUA POTÁVEL E ESGOTAMENTO SANITÁRIO

Manoel Messias Peixinho *

RESUMO: O presente artigo objetiva refletir sobre as modalidades de privatização dos serviços de abastecimento de água potável e esgotamento sanitário inferidas da legislação, sobretudo com o advento da Lei nº 14.026/2020 – que trouxe nova roupagem às políticas públicas de saneamento em meio a um contexto fático de catástrofe sanitária – como estratégia eficiente ao cumprimento das metas de universalização do acesso qualitativo a tais serviços.

Palavras-chave: Privatização. Água potável. Esgotamento sanitário. Lei nº 14.026/2020. Universalização.

ABSTRACT: This article aims to reflect on the modalities of privatization of potable water supply and sanitary sewage services inferred from the legislation, especially with the advent of Law No. 14,026/2020 – which brought a new guise to public sanitation policies amidst a factual context of sanitary catastrophe – as a strategy to fulfill the goals of universal access to such services.

Keywords: Privatization. Potable water. Sanitary sewage. Law No. 14.026/2020. Universalization.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Definição de saneamento básico. 3 Saneamento básico é um direito fundamental. 4 Saneamento básico é serviço público. 5 Saneamento básico é serviço público de acordo com a Constituição brasileira de 1988. 6 Saneamento básico é serviço público de acordo com a Lei nº 11.445/2007 e pela Lei nº 14.026/2020. 7 Abastecimento de água potável e esgotamento sanitário são serviços públicos. 8 Competência para legislar em matéria de saneamento básico. 9 Titularidade para a prestação do serviço público de saneamento básico. 10 A privatização dos serviços públicos de saneamento básico. 11 A concessão aplicada ao serviço público de água potável e esgotamento sanitário. 12 Permissão aplicada ao serviço público de água potável e esgotamento sanitário. 13 Autorização aplicada ao serviço público de água potável e

* Pós-doutoramento pela Université Paris-Nanterre, França. Mestre e doutor em teoria do estado e direito constitucional pela PUC-Rio. Professor do Departamento de Direito da PUC-RIO. Professor do Programa de Mestrado da UCAM-Rio. Presidente do Instituto de Direito Administrativo do Rio de Janeiro-IDARJ. Advogado. Curriculum Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1016382585372214>.

esgotamento sanitário. 14 A parceria público-privada aplicada ao serviço público de água potável e esgotamento sanitário. 15 Conclusão.

Os números ostentados pelo Brasil são vergonhosos: mais de 35 milhões de brasileiros não têm acesso à água tratada, mais de 100 milhões não dispõem da cobertura da coleta de esgoto (46,85%) e somente 46% do volume gerado de esgoto no país é tratado, como apontam os dados oficiais recentes trazidos aos autos.

(Ministro Luiz Fux, relator da MC na ADI 6.492-DF, Brasília, 3 de agosto de 2020)

.....
Da nuvem até o chão/Do chão até o bueiro/Do bueiro até o cano/Do cano até o rio/Do rio até a cachoeira/Da cachoeira até a represa/Da represa até a caixa d'água/Da caixa d'água até a torneira/Da torneira até o filtro/Do filtro até o copo/Do copo até a boca/Da boca até a bexiga/Da bexiga até o vaso/Da vaso até o cano/Do cano até o rio/Do rio até outro rio/Do outro rio até o mar/Do mar até outra nuvem

(Água - Arnaldo Antunes)

1 INTRODUÇÃO

O objetivo deste artigo é fazer um recorte teórico sobre a privatização dos serviços de saneamento básico de água potável e esgotamento sanitário. Como se pode observar, os serviços de limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos e drenagem e manejo das águas pluviais foram deixados fora desse estudo por uma razão de limitação espaço-temporal. Contudo, há que se observar que grande parte dos dispositivos legais presentes na Lei nº 11.445/2007, alterada substancialmente pela Lei nº 14.026/2020, aplicam-se ao conjunto dos serviços de saneamento básico.

Ainda que tenha delimitado o objeto desse artigo, foi elaborado um sumário com temas correlatos, mas sem a pretensão de aprofundá-los para não fugir do objetivo desse artigo. Porém, o estudo do novo legal do saneamento básico, advindo da Lei nº 14.026/2020, modificou diversos dispositivos da Lei nº 11.445/2007 e praticamente deu nova configuração às políticas públicas de saneamento básico.

Os serviços públicos de abastecimento de água potável e esgotamento sanitário são direitos fundamentais indispensáveis à dignidade humana e configuram, axiologicamente, numa “condição para o gozo pleno da vida e dos demais direitos humanos”, segundo a ONU¹ e o próprio governo federal, que reconheceu a fundamentalidade do acesso universal à água potável e ao esgotamento sanitário.

¹ BRASIL. GOVERNO FEDERAL. Disponível em: https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2020-2/setembro/SEI_00135.216703_2020_84.pdf. Acesso em: 07 nov. 2021.

Contudo, a despeito das garantias dos direitos nacionais e internacionais, as estatísticas atestam a insuficiência do saneamento básico para parte significativa da população. Estima-se, com espanto, “que 4 bilhões de pessoas vivem em áreas que sofrem grave escassez física de água por pelo menos um mês ao ano” e “cerca de 1,6 bilhão de pessoas enfrentam escassez ‘econômica’ de água, a significar que, embora a água possa estar fisicamente disponível, não existe infraestrutura necessária para que as pessoas tenham acesso a essa água”.²

O direito à saúde também é afetado por uma exclusão global, porque “200 mil mortes de crianças menores de 5 anos provocadas por malária poderiam ser prevenidas por meio de ações ambientais, como a redução de focos de reprodução de mosquitos e melhorias no armazenamento de água potável”.

Se há estatísticas cruéis de violência física e psicológica contra as crianças, também não deve ser ignorado que “crianças têm três vezes mais probabilidade de morrer de doenças relacionadas com água do que de violência” e mais de 1,5 milhão de crianças com menos 5 anos morrem por ano no mundo por problemas relacionados ao fornecimento inadequado da água”.³

Quanto à correlação saneamento básico e saúde, “estima-se que um em cada cinco nascimentos aconteça nos 47 países mais pobres do mundo. Isso significa que, a cada ano, 17 milhões de mulheres nestes países dão à luz em centros de saúde com suprimentos inadequados de água, saneamento e higiene”.⁴

Em síntese, e sem exaurir os dados estatísticos disponíveis que traduzem essa desumanidade sanitária globalizada, “estima-se que 2,1 bilhões de pessoas no mundo vivam sem água própria para o consumo humano.”⁵

As estatísticas que comprovam a exclusão do saneamento básico no Brasil, já antecipada pela passagem em epígrafe de autoria do ministro Luiz Fux, serão abordadas no decorrer desse trabalho, mas são aterradoras e resultam das desumanizantes desigualdades do país, que atingem, essencialmente, as classes sociais excluídas do acesso à água potável e ao esgotamento sanitário, bem como de outros serviços públicos indispensáveis à dignidade sanitária.

² TRATA BRASIL. Disponível em: <https://www.tratabrasil.org.br/pt/saneamento/principais-estatisticas/no-mundo/saude>. Acesso em: 06 nov. 2021.

³ *Ibidem*.

⁴ *Ibidem*.

⁵ *Ibidem*.

2 DEFINIÇÃO DE SANEAMENTO BÁSICO

Saneamento básico é, segundo a Lei nº 11.445/2007, o “conjunto de serviços públicos, infraestruturas e instalações operacionais” composto por quatro espécies de serviços públicos: (1) abastecimento de água potável; (2) esgotamento sanitário; (3) limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos (4); drenagem e manejo das águas pluviais urbanas.⁶

Cada espécie de saneamento básico é detalhada pela Lei nº 11.445/2007,⁷ que oferece, à exaustão, um delineamento seguro para afastar, ainda que não elimine, possíveis controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais. O legislador foi bem didático ao definir o conteúdo de cada serviço de saneamento básico com o objetivo de servir de orientação ao concretizador da legislação.⁸

É interessante observar que cada espécie de serviço público de saneamento básico é conjugada com infraestrutura. Assim, o abastecimento de água potável, o esgotamento sanitário, a limpeza urbana, o manejo de resíduos sólidos, a drenagem e manejo das águas pluviais urbanas são elementos inseparáveis da execução do saneamento básico. Por sua vez, segundo a Lei nº 11.445/2007,⁹ deve haver a “integração das infraestruturas e dos serviços com a gestão eficiente dos recursos hídricos”, a demonstrar que há absoluta interdependência entre os serviços públicos de saneamento básico e as obras de infraestrutura.

3 SANEAMENTO BÁSICO É UM DIREITO FUNDAMENTAL

Segundo a ONU, o saneamento básico é um dos mais importantes direitos humanos.¹⁰ Contudo, em contraste com as promessas da Constituição folha de papel,¹¹

⁶ BRASIL. Lei nº 11.445, de 05 de janeiro de 2007, art. 3º, I, a) a d). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/111445.htm. Acesso em: 06 nov. 2021.

⁷ *Ibidem*, art. 3º, I, a), b), c), d).

⁸ Sobre a evolução e alteração das leis até a consolidação do novo marco regulatório oriundo com a Lei nº 14.026/2020, cf. GONÇALVES, Benedito e GRILO, Renato Cesar Guedes. O novo marco legal regulatório do saneamento básico: as inovações trazidas pela Lei 14.026/2020. In: FROTA, Leandro e AIETA, Vânia. (coord.). **Marco Regulatório do Saneamento Básico**. Brasília: OAB Editora, 2021. p. 77-84.

⁹ *Ibidem*, art. 2º, XII.

¹⁰ ONU. **Resolution adopted by the General Assembly on 28 July 2010** [Resolução adotada pela Assembleia Geral em 28 de julho de 2010]. Disponível em: <https://undocs.org/A/RES/64/292>. Acesso em: 06.11.2021. Nesta resolução, há o reconhecimento do saneamento básico e da água em particular como um direito humano essencial: “*Recognizes the right to safe and clean drinking water and sanitation as human right that is essential for the full enjoyment of life and all human rights*”.

¹¹ A Constituição sociológica, segundo Ferdinand Lassalle (1825-1864), é “folha de papel” que deve ser criada pela soma dos “fatores reais de poder” que regem um país, ou seja, cada

que prometeu um rol extenso de direitos fundamentais, o “gigante, deitado em berço esplêndido”, tem 35 milhões de brasileiros sem acesso à água potável.¹² Ademais, “quatro em cada dez brasileiros não contam com tratamento de esgoto”¹³, ou seja, “a cobertura de esgotamento sanitário ainda é baixa no país, beneficiando apenas 61,9% da população das cidades”.¹⁴ Nesta estatística que desnuda uma grande população sanitariamente marginalizada, o “Brasil ocupa a 112ª posição no ranking de saneamento entre 200 países.”¹⁵

No plano das responsabilidades republicanas formais, o constituinte originário atribuiu à União a missão indeclinável de “instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos (CRFB/88, art. 21, XX), a indicar que o saneamento básico é tão importante quanto os serviços públicos de habitação e transporte.

Quanto aos serviços de fornecimento de água potável e esgotamento sanitário, a Lei nº 11.445/2007 reconheceu a necessidade de adoção de políticas públicas inclusivas, com o estabelecimento de “política federal de saneamento básico” e “a execução de obras de infraestrutura básica de esgotamento sanitário e abastecimento de água potável em núcleos urbanos formais, informais e informais consolidados, passíveis de serem objeto de Regularização Fundiária Urbana (Reurb)” [...], “salvo aqueles que se encontrarem em situação de risco.”¹⁶

No que diz respeito à concretização dos serviços públicos de saneamento básico de água potável e esgotamento sanitário há que se fazer duas observações. A primeira é que muitas comunidades em situação de risco estão ocupadas por poderes paralelos, a exemplo de traficantes e milicianos, ou seja, no Brasil, aproximadamente

segmento da sociedade deve ser representado em sua criação, sob pena da norma constitucional não resultar legítima. LASSALE, Ferdinand. **O que é uma Constituição**. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2002.

¹² BRASIL. AGÊNCIA BRASIL CENTRAL. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/ra-dioagencia-nacional/saude/audio/2021-03/saneamento-basico>. Acesso em 06 nov. 2021.

¹³ BRASIL. ANA. Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento (SNIS). Disponível em: <http://www.snis.gov.br/ultimas-noticias/rede-de-esgoto-e-ampliada-mas-cobertura-ainda-e-baixa-diz-ministerio>. Acesso em: 06 nov. 2021.

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ CONSELHO EMPRESARIAL BRASILEIRO PARA O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL. Disponível em: https://cebds.org/estudo-destaca-beneficios-com-expansao-saneamento-brasil/?gclid=EAIaIQobChMIx-TolZuE9AIVk4KRCh3bJA-LEAAYAiAAEgLvDvD_BwE. Acesso em: 06 nov. 2021.

¹⁶ BRASIL. Lei nº 11.445, de 05 de janeiro de 2007, art. 53-D. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/11445.htm. Acesso em: 06 nov. 2021.

5,1 milhões vivem em favelas, segundo o IBGE, com dados de 2020,¹⁷ o que é um enorme desafio ao princípio da universalização do saneamento básico perseguido pela própria Lei nº 11.445/2007.¹⁸ A segunda é que precisamos esperar (ter esperança de) que este dispositivo tenha eficácia em razão do desprezo de grande parte das elites políticas pelas pessoas em situação de risco.

4 SANEAMENTO BÁSICO É SERVIÇO PÚBLICO

Analisar-se-á, em primeiro lugar, o conceito de serviço público na doutrina pátria e estrangeira. Em segundo lugar, far-se-á uma breve descrição de serviço público de saneamento básico na Constituição brasileira e na Lei nº 11.445/2007, com o objetivo de expor o tema com maior clareza.

A definição de serviço público não é unívoca na doutrina. A polissemia conceitual se confunde com a ideologia¹⁹ política que os países decidem adotar nas suas constituições e em seus atos normativos. A ausência de consenso faz com que cada país tenha classificações alargadas ou restritivas de serviço público.

No direito francês, afirma Marc-Antoine Granger, a doutrina entende que, na ausência de uma definição do direito positivo, o serviço público é atividade assegurada por uma pessoa estatal em vista de um interesse público.²⁰ No direito

¹⁷ LIMA, Mariana. Brasil tem 5,1 milhões de domicílios em favelas, segundo IBGE. **Observatório do Terceiro Setor**, 27 maio 2020. Disponível em: <https://observatorio3setor.org.br/noticias/brasil-tem-5-1-milhoes-de-domicilios-em-favelas/>. Acesso em: 06 nov. 2021.

¹⁸ BRASIL. **Lei nº 11.445, de 05 de janeiro de 2007**, art. 1º, II e III, e o art. 3º, VII. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/11445.htm. Acesso em: 06 nov. 2021.

¹⁹ O sentido de ideologia não é consensual. Neste trabalho, adoto a definição de Thomas Piketty. Este autor compreende o sentido de ideologia de modo positivo e construtivo, “isto é, enquanto um conjunto de ideias e discursos a priori plausíveis, que visam descrever o modo como a sociedade deve se estruturar. A ideologia será considerada em suas dimensões a um só tempo sociais, econômicas e políticas.” Uma ideologia é uma tentativa mais ou menos coerente de trazer respostas a um conjunto de questões extremamente amplas envolvendo a organização desejável ou ideal da sociedade. Desnecessário dizer, dada a complexidade das questões colocadas, que nenhuma ideologia jamais contará com a adesão plena e inteira de todos: o conflito e a discordância ideológica são inerentes à própria ideologia”. PIKETTY, Thomas. **Capital e ideologia**. Tradução de Dorothée de Bruchard e Maria de Fátima Oliva de Coutto. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2020. p. 13.

²⁰ GRANGER, Mar-Antoine. **Droit Administratif en fiche pratique**. 2º Ed. Le Mesnil-sur-l'Éstrée: Bréal, fevereiro de 2019, p. 55. Cf. também, no direito francês, o ensinamento de Jean Rivero e Jean Waline, que fazem uma diferenciação entre serviço público concreto ou orgânico e material de acordo com a doutrina e a jurisprudência. Destarte, no sentido concreto ou orgânico, serviço público é o conjunto de agentes ou meios que uma pessoa pública está afetada a uma competência, a exemplo dos serviços desconcertados dos ministérios. Por sua

administrativo italiano, à semelhança do que ocorre no direito francês, há dificuldade na definição de serviço público. Francesco Caringella ensina que o serviço público é imputado ao Estado ou a outra pessoa pública que presta um serviço de utilidade pública a favor dos cidadãos considerados individual ou coletivamente.²¹

Celso Antônio Bandeira de Mello ensina ser serviço público:

Toda atividade de oferecimento de utilidade e comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes, sob regime de Direito Público – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais –, instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo.²²

Sem nenhum interesse em entrar numa discussão interminável sobre a definição de serviço público²³ e em razão de limitações metodológicas desse artigo, adoto a definição de serviço público de Celso Antônio Bandeira de Mello e de outros autores²⁴ que identificam o serviço público como atividade essencial ou de utilidade pública prestado pelo Estado ou por delegatários, nos termos do artigo 175²⁵ da Constituição da República, com o fim de atender a um interesse público divisível ou indivisível.

5 SANEAMENTO BÁSICO É SERVIÇO PÚBLICO DE ACORDO COM A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988

Saneamento básico é serviço público em razão de a Constituição brasileira dispor de um conjunto de normas fundamentais que conduzem a essa conclusão, quais

vez, no sentido material, serviço público é compreendido como atividade que a administração pública entende por assumi-la. RIVERO, Jean; WALINE, Jean. *Droit administratif*. 16^e édition. Paris: Dalloz, 1996. p. 399-400.

²¹ CARINGELLA, Francesco. **Compendio di diritto amministrativo**. 2^a ed. Roma: Dike Giuridica Editrice, 2010. p. 679.

²² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 34^a ed. São Paulo: Malheiros, 2019. p. 597.

²³ Para um estudo sobre as quatro classificações de serviços públicos: (1) concepção amplíssima de serviço público; (2) concepção ampla de serviço público; (3) concepção restrita de serviço público; (4) restritíssima de serviço público, cf. ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Curso de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 361.

²⁴ Cf., entre outros autores, OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de direito administrativo**. 8^a ed. Rio de Janeiro: Método, 2020. p. 247.

²⁵ Art. 175 da CRFB/88. “Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos”.

sejam: (1) a competência da União (art. 21, XX) para instituir diretrizes para o saneamento básico; (2) competência privativa da União (art. 22, IV) para legislar sobre águas; (3) competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (art. 23, IX) para promover programas de saneamento básico; (4) competência do Sistema Único de Saúde (art. 200, IV) para “participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico”.

Logo, percebe-se que o constituinte originário priorizou a relevante missão dos entes federativos na atribuição de competências formais em matéria de legislação, regulação e instituição de encargos materiais para a promoção de políticas públicas de saneamento básico.

6 SANEAMENTO BÁSICO É SERVIÇO PÚBLICO DE ACORDO COM A LEI Nº 11.445/2007

Há duas formas para se chegar à conclusão de que saneamento básico é serviço público. Por exclusão e por definição explicitamente positivadas pelo legislador. Por exclusão, há as seguintes hipóteses. Numa interpretação *a contrario sensu* do artigo 5º da Lei nº 11.445/2007, saneamento básico é serviço público, exceto: (1) a ação de saneamento que seja “executada por meio de soluções individuais”; (2) “o usuário não dependa de terceiros para operar os serviços”; (3) “as ações e serviços de saneamento básico de responsabilidade privada, incluindo o manejo de resíduos de responsabilidade do gerador”.

Logo, por exclusão, são serviços públicos de saneamento todas as hipóteses fora do escopo das exceções em comento. Em segundo lugar, também por exclusão legislativa prevista no art. 4º da Lei nº 11.445/2007, “os recursos hídricos não integram os serviços públicos de saneamento básico”.

A Lei nº 11.445/2007 define, explicitamente, que saneamento básico é o “conjunto de serviços públicos, infraestruturas e instalações operacionais” e discrimina cada espécie de serviço público de saneamento básico: (1) “abastecimento de água potável”; (2) “esgotamento sanitário”; (3) “limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos”; (4) “drenagem e manejo das águas pluviais urbanas”.²⁶ Por conseguinte, se a Constituição de 1988 não foi explícita, o legislador não deixou quaisquer dúvidas de que o saneamento é um conjunto de serviços públicos, e, ainda, detalhou a composição de cada espécie de serviço público de saneamento.

²⁶ BRASIL. Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007, art. 3º, I, a), b), c) e d). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/111445.htm. Acesso em: 06 nov. 2021.

7 ABASTECIMENTO DE ÁGUA POTÁVEL E ESGOTAMENTO SANITÁRIO SÃO SERVIÇOS PÚBLICOS

Conforme foi visto no tópico VI, o saneamento básico é composto de cinco serviços públicos. Neste trabalho, conforme foi referenciado na introdução, o objeto de estudo será o abastecimento de água potável²⁷ e o esgotamento sanitário²⁸, que são espécies de serviço público e serão objeto de estudo específico e apartados dos outros serviços públicos de saneamento básico.²⁹

Segundo o inciso III do artigo 2º da Lei nº 11.445/2007, o “abastecimento de água, o esgotamento sanitário, a limpeza urbana e o manejo dos resíduos sólidos” serão “realizados de forma adequada à saúde pública, à conservação dos recursos naturais e à proteção do meio ambiente”. Observe-se que há uma correlação inseparável entre o saneamento básico e o direito à saúde, à preservação dos recursos naturais e à proteção do meio-ambiente numa clara demonstração de indivisibilidade dos direitos fundamentais.

Aliás, um dos princípios do novo marco legal do saneamento básico é o direito à saúde pública, por meio do qual se exige dos poderes públicos:

A articulação com as políticas de desenvolvimento urbano e regional, de habitação, de combate à pobreza e de sua erradicação, de proteção ambiental, de promoção da saúde, de recursos hídricos e outras de interesse social relevante, destinadas à

²⁷ No art. 3º da Lei nº 11.445/2007 há a definição de abastecimento de água potável: “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.” BRASIL. **Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/11445.htm. Acesso em: 06 nov. 2021.

²⁸ No art. 3º, I, b) da Lei nº 11.445/2007 encontra-se a definição de esgotamento sanitário: “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.” BRASIL. **Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/11445.htm. Acesso em: 06 nov. 2021.

²⁹ Diogo de Figueiredo Moreira Neto já estudava o tema da água antes do advento da Lei nº 11.445/2007, mas com uma reflexão constitucional de grande profundidade. Cf. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações em direito administrativo**. São Paulo: Renovar, 2000. Nas páginas 237-259, o autor discorre sobre o poder concedente para o abastecimento de água.

melhoria da qualidade de vida, para as quais o saneamento básico seja fator determinante.³⁰

Há, ainda, inúmeras referências que a Lei nº 11.445/2007 faz à saúde pública: (1) a instituição de tarifas, preços públicos e taxas; (2) os serviços de saneamento básico priorizará o atendimento das funções essenciais relacionadas à saúde pública;³¹ (3) as unidades regionais de saneamento básico são “constituída[s] 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”;³² (4) o titular dos serviços formulará a respectiva política pública de saneamento básico” e deverá “definir os parâmetros a serem adotados para a garantia do atendimento essencial à saúde pública, inclusive quanto ao volume mínimo per capita de água para abastecimento público, observadas as normas nacionais relativas à potabilidade da água”.³³

Porém, os eloquentes dispositivos legais que conjugam de forma indissociável o saneamento público e a saúde pública contrastam com índices antissociais de precariedade das políticas públicas de saúde, quais sejam: (1) “em 2019 foram registradas mais de 273 mil internações por doença de veiculação hídrica”; (2) “em 2019 foram registrados 2.734 óbitos em razão das doenças por veiculação hídrica”; (3) “em 2019, foram totalizados 108 milhões em gastos com internações por doenças de veiculação hídrica no SUS”.³⁴

A indivisibilidade dos direitos fundamentais³⁵ significa a superação de um gueto hermenêutico em que os direitos individuais e políticos estão de um lado, insulados e elitizados, com eficácia plena para uma minoria de privilegiados e, do outro lado, os direitos econômicos, sociais, coletivos e difusos, que são considerados de eficácia restrita.

³⁰ BRASIL. Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007, art. 2º, IV. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/111445.htm. Acesso em: 06 nov. 2021.

³¹ *Ibidem*, art. 29, § 1º, I.

³² *Ibidem*, art. 3º, b), VI.

³³ BRASIL. Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007, art. 9º, III. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/111445.htm. Acesso em: 06 nov. 2021.

³⁴ TRATA BRASIL. Disponível em: <https://tratabrasil.org.br/pt/saneamento/principais-estatisticas/no-brasil/saude>. Acesso em: 06 jan. 2021.

³⁵ Sobre a indivisibilidade dos direitos fundamentais, entre outros autores, PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos, globalização e integração regional: desafios do direito constitucional internacional**. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 44-45 e PEIXINHO, Manoel Messias. **As teorias e os métodos de interpretação aplicados aos direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 32-33.

Esse discurso segregador geracional ou dimensional transmuta os direitos fundamentais numa pseudocategoria de direitos sem efetividade, com grave afogamento da cidadania social, econômica, coletiva e difusa em desfavor de uma maioria de brasileiras e brasileiros que precisam de políticas públicas estatais positivas e inclusivas, entre as quais o saneamento básico, principalmente água potável e esgotamento sanitário, tema do presente artigo.

É importante registrar que o inciso XVI do artigo 2º da Lei nº 11.445/2007³⁶ preceitua que deverá haver “prestação concomitante dos serviços de abastecimento de água e de esgotamento sanitário”, numa clara demonstração de que esses serviços são ainda mais inseparáveis, uma vez que dificilmente uma pessoa poderá usufruir de água potável sem esgotamento sanitário de forma digna e sem que sua saúde não esteja em perigo.

8 COMPETÊNCIA PARA LEGISLAR EM MATÉRIA DE SANEAMENTO BÁSICO

De início, é preciso estabelecer algumas premissas básicas quanto à competência dos entes federativos em matéria de saneamento básico e de fornecimento de água potável e esgotamento sanitário, de acordo com a Constituição federal. Ei-las:

- (1) A União tem competência para instituir diretrizes nacionais³⁷ em matéria de saneamento básico (art. 21, XX).
- (2) A União tem competência privativa para legislar³⁸ sobre águas (art. 22, IV).
- (3) Os Estados têm as competências atribuíveis à União na hipótese de lei complementar que autorize a delegação de competência (art. 23, parágrafo único).
- (4) 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. 25, §3º).

³⁶ Cf. BRASIL. **Lei nº 14.026, de 15 de julho de 2020**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/114026.htm. Acesso em: 06 nov. 2021.

³⁷ Segundo Ricardo Marcondes Martins, “o constituinte usa o signo ‘diretriz’ como sinônimo da expressão ‘norma geral’”. MARTINS, Ricardo Marcondes. **Titularidade do serviço de saneamento básico**. Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo, 2012. p. 180.

³⁸ A competência privativa é atribuída a um ente federativo, contudo é passível de delegação suplementar e difere, portanto, da competência exclusiva, que somente pode ser praticada por um ente federativo de forma absoluta.

- (5) Os Municípios têm, segundo o artigo 30, I e II, competência para “legislar sobre assuntos de interesse local” e respectivamente “suplementar a legislação federal e a estadual no que couber”.

9 TITULARIDADE PARA A PRESTAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO DE SANEAMENTO BÁSICO

A Constituição estabeleceu uma diferença sensível entre competência para legislar sobre determinado serviço público e a competência (titularidade) para prestar determinado serviço público. No caso do saneamento público, como vimos no item anterior, a competência constitucional para legislar é da União (21, XX).

No que diz respeito à prestação de serviços públicos locais, o inciso V do artigo 30 da Constituição atribuiu competência aos Municípios para “organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local...”. Ora, os serviços de saneamento básico são serviços públicos de natureza local e estão abrangidos pela norma constitucional.

A Lei nº 14.026/2020, que alterou a Lei nº 11.445/2007, criou mais segurança jurídica ao fixar de forma clara as competências, leia-se, titularidades, dos entes federativos para a prestação de serviço de saneamento básico. De acordo com o novo marco legal do saneamento básico, os serviços públicos de saneamento básico devem observar os seguintes regramentos:

- (1) Os Municípios e o Distrito Federal exercem a titularidade dos serviços públicos de saneamento básico no caso de interesse local (art. 8º, I).
- (2) 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”.³⁹
- (3) O exercício da titularidade dos serviços públicos saneamento básico poderá ser feito por “gestão associada”,⁴⁰ mediante consórcio público ou

³⁹ BRASIL. Lei nº 11.445, de 05 de janeiro de 2007, art. 8º, II. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20072010/2007/lei/11445.htm. Acesso em: 06 nov. 2021.

⁴⁰ Ainda que não seja objetivo deste artigo analisar a inconstitucionalidade de dispositivos da Lei nº 14.026/2020, a gestão associada foi objeto de arguição de inconstitucionalidade na medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.492-DF, em que os impetrantes arguíram a violação das competências federativas em desfavor dos Municípios. Foram impugnados os artigos 3º, 5º, 7º, 11, 13, 14 e 18 da Lei federal nº 14.026/2020 por violação aos artigos 3º, III e IV; 21, XX; 23, IX; 29, caput; 30, I e V; 37, caput e XXI; 165, § 7º; 170, VII, e 241 da Constituição federal e ao artigo 113 do ADCT. O relator da medida cautelar,

convênio de cooperação, nos termos do art. 241 da Constituição Federal”, por meio da formalização de consórcios municipais.⁴¹

(4) O Estado, em conjunto com os Municípios que compartilham efetivamente instalações operacionais integrantes de regiões metropolitanas⁴², aglomerações urbanas e microrregiões, instituídas por lei complementar estadual, no caso de interesse comum, exercem a titularidade dos serviços públicos de saneamento básico (art. 8º, II).

Como se pode observar, a Lei nº 14.026/2020 definiu com clareza (o que não significa que não haja dissídios doutrinários e jurisprudenciais) a titularidade dos serviços públicos de saneamento básico e, desta forma, facilitou a prestação do respectivo serviço por parte dos entes federativos.

Quanto aos serviços públicos de água potável e esgotamento sanitário, a titularidade para a execução é dos Municípios por ser um serviço público de interesse local, conforme visto acima. Neste sentido, o inciso XV do artigo 3º da Lei nº

ministro Luiz Fux, citou precedente da Corte (ADI 1842), em que ficou assentado que “o art. 23, IX, da Constituição Federal conferiu competência comum à União, aos estados e aos Municípios para promover a melhoria das condições de saneamento básico. Nada obstante a competência municipal do poder concedente do serviço público de saneamento básico, o alto custo e o monopólio natural do serviço, além da existência de várias etapas – como captação, tratamento, adução, reserva, distribuição de água e o recolhimento, condução e disposição final de esgoto – que comumente ultrapassam os limites territoriais de um Município, indicam a existência de interesse comum do serviço de saneamento básico”. Também é citado, na decisão que indeferiu a liminar, a doutrina do ministro Ricardo Lewandowski, para quem a autonomia assegurada aos Municípios pela Constituição “não poderia atuar como um bloqueio, por parte das comunas, à concretização de outros valores constitucionais atinentes ao federalismo contemporâneo, hoje cooperativo, em especial à prestação tempestiva e eficaz das funções públicas de interesse comum (LEWANDOWSKI, Ricardo. Titularidade das funções de interesse comum nas regiões metropolitanas e nos entes territoriais assemelhados. Revista Justiça e Cidadania. Fev. 2015).” BRASIL. STF, MC ADI 6492-DF, rel. min. Luiz Fux, Pleno, 03 ago. 2020. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/889704765/medida-cautelar-na-acao-direta-de-inconstitucionalidade-mc-adi-6492-df-distrito-federal-00987808520201000000>. Acesso em: 06 nov. 2021.

⁴¹ BRASIL. **Lei nº 11.445, de 05 de janeiro de 2007**, art. 8º § e 1º. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20072010/2007/lei/11445.htm. Acesso em: 06 nov. 2021.

⁴² Definição de região metropolitana, segundo a alínea a), inciso VI, do art. 3º. “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 14.026/2020”. BRASIL. Lei nº 11.445, de 05 de janeiro de 2007. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20072010/2007/lei/11445.htm. Acesso em: 06 nov. 2021.

11.445/2007⁴³ consignou que é serviço de saneamento básico de interesse local: “funções públicas e serviços cujas infraestruturas e instalações operacionais atendam a um único Município”.⁴⁴

10 A PRIVATIZAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS DE SANEAMENTO BÁSICO

Há dois sentidos que podem ser utilizados para a definição de privatização: um amplo e um restrito. Ambos podem ser utilizados no direito brasileiro e encontrados no direito estrangeiro.

No sentido amplo, privatização significa qualquer mudança de atividades, funções, deslocamento da produção de bens e serviços do Estado para o setor privado com a redução da atividade reguladora e de gastos. Neste aspecto amplo, há uma delegação,⁴⁵ nos termos do artigo 175 da Constituição brasileira, por meio de autorizações, permissões, concessões, terceirizações ou quaisquer outras formas de transferência do Estado de um bem ou serviço público a uma pessoa física ou jurídica de direito privado. Porém, na privatização por meio de delegação, o poder público continua a manter a titularidade do serviço público.

Exemplo de privatização neste caso se deu com o leilão da Companhia Estadual de Águas e Esgotos do Rio de Janeiro (Cedae), ocorrido no dia 30 de abril de 2021. A nova concessionária assumiu a gestão da Cedae mediante um contrato de concessão pelo prazo de 35 anos, mas o Estado do Rio de Janeiro continuará a manter a titularidade dos serviços públicos de água potável e esgotamento sanitário.

No sentido estrito, a privatização se materializa com a transferência de bens ou serviços de titularidade do Estado para agentes privados. Contudo, cabe observar que bens públicos⁴⁶ podem ser alienados para a iniciativa privada, o que não ocorre

⁴³ BRASIL. **Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20072010/2007/lei/11445.htm. Acesso em: 06 nov. 2021.

⁴⁴ *Ibidem*, art. 8º, I.

⁴⁵ Neste sentido, delegação compreende “todas as figuras por meio das quais há a transferência pelo Estado para um terceiro do exercício da função estatal atinente à prestação de serviço público”. JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 12ª ed. São Paulo: RT, 2016. p. 757. Porém, quando um serviço público é transferido para a iniciativa privada, o direito francês utiliza, à semelhança do direito brasileiro, a terminologia geral delegação, que é uma terminologia genérica utilizada para diversos tipos de contrato. Porém, a delegação de serviço público na França não é utilizada quando há a necessidade de transferência de recursos públicos para o setor privado. BERGÈRE, François. In: CAMPAGNAC, Élisabeth. **Évaluer les partenariats public-privé en Europe**. Paris: Presses Ponts et chaussées, 2009. p. 30-31.

⁴⁶ Bens públicos podem ser objeto de alienação, desde que, desafetados, ingressem na categoria de bens dominicais, sejam avaliados e alienados por meio de licitação. BRASIL. Lei nº 10.406, 10 de janeiro de 2002, art. 101. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002

com um serviço público, cuja titularidade será sempre do Estado, a não ser que seja alterada a Constituição ou a lei que criou determinado serviço público.

No direito francês, nesta acepção estrita, ensina Christophe Roux, que os bens públicos se transformam em bens privados.⁴⁷ No direito brasileiro, à semelhança do direito francês e, também, em sentido restrito, a privatização tem o alcance de transferência de titularidade, ou seja, o poder público transfere os bens, serviços, ativos e passivos para a iniciativa privada e se retira totalmente da gestão e regulação do serviço até então prestado. Exemplo de transferência de titularidade de ativos públicos foi a privatização da Vale do Rio Doce (hoje Vale) em 1997.

Reitero que no direito brasileiro os serviços públicos, a que se refere o artigo 175 da Constituição e outras normas constitucionais, não são passíveis de privatização com transferência da titularidade, a exemplo dos serviços públicos de abastecimento de água potável e esgotamento sanitário. São, contudo, delegáveis à iniciativa privada por meio de contratos e atos administrativos fiscalizados por autoridades reguladoras.

A seguir serão estudadas as formas de delegação (privatização) de serviço público no Brasil mediante a outorga de concessão, permissão e autorização. No âmbito infraconstitucional, a Lei nº 8.987/1995 e a Lei nº 9.074/1995 regulamentam o art. 175 da Constituição da República com as espécies de delegação de serviço público e se aplicam aos entes federativos. Contudo, Estados, Municípios e Distrito Federal podem ter leis próprias com dispositivos específicos de acordo com as características regionais, em homenagem às competências federativas.

Como o objetivo deste trabalho é o estudo dos contratos de concessão aplicada aos serviços públicos de água potável e esgotamento sanitário, examinarei, além das legislações citadas, a aplicabilidade da Lei nº 11.445/2007,⁴⁸ alcinhada de marco legal do saneamento básico.

11 A CONCESSÃO APLICADA AOS SERVIÇOS PÚBLICOS DE ÁGUA POTÁVEL E ESGOTAMENTO SANITÁRIO

A concessão é uma espécie de contrato administrativo em que uma pessoa pública (poder concedente) delega a um ente privado (concessionário) a execução de um serviço público para atender a um interesse da sociedade.

2/110406compilada.htm. Acesso em: 06 nov. 2021. / BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**, art. 17. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm. Acesso em: 06 nov. 2021.

⁴⁷ ROUX, Christophe. **Droit administratif des bien**. Paris: Dalloz, 2019. p. 42.

⁴⁸ Cf. BRASIL. **Lei nº 14.026, de 15 de julho de 2020**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/114026.htm. Acesso em: 06 nov. 2021.

No caso específico deste artigo, a execução do serviço público tem por objeto os contratos de concessão dos saneamentos básicos de água potável e esgotamento sanitário sob fiscalização de uma autoridade regulatória.

Compete ao concessionário explorar o serviço público de água potável ou esgotamento sanitário por um prazo contratualmente estabelecido e com a assunção dos encargos dele derivados e, em contrapartida, será remunerado por meio de tarifas cobradas diretamente dos usuários do serviço público e pela exploração de receitas alternativas.

A Lei nº 8.987/1995 e Lei nº 9074/1995 regulamentam o contrato de concessão de serviço público e de obra pública, de acordo com a previsão do artigo 175 da Constituição, e, no caso dos contratos de concessão de saneamento básico de água potável e esgotamento sanitário, é obrigatória a observância da Lei nº 11.445/2007⁴⁹ por ser uma legislação especial em matéria de saneamento básico.

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello,⁵⁰ a concessão de serviço público é o instituto por meio do qual o Estado atribui o exercício de um serviço público a alguém que aceita prestá-lo em nome próprio, por sua conta e risco, nas condições estabelecidas e alteráveis pelo poder público, sob a garantia contratual de um equilíbrio-financeiro, remunerando-se pela própria exploração do serviço.

No que diz respeito aos serviços públicos de saneamento básico de água potável e esgotamento sanitário, a concessão é a espécie de privatização (delegação) mais usual, por ser um contrato administrativo mais estável a exigir mais investimentos por parte do concessionário.⁵¹ Observe-se que, antes do advento da Lei nº 14.026/2020, que alterou a Lei nº 11.445/2007, o legislador apenas impunha a celebração de contrato. Com a nova redação, há exigência de contrato de concessão como condição de celebração dos contratos de saneamento básico.

Aplica-se à concessão de saneamento básico em geral e à concessão de água potável e esgotamento sanitário em particular, o artigo 23 da Lei nº 8.987/1995, que discrimina as cláusulas essenciais dos contratos de concessão de serviço público, e o artigo 23-A, que prevê “o emprego de mecanismos privados para resolução de

⁴⁹ Cf. BRASIL. **Lei nº 14.026, de 15 de julho de 2020.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/114026.htm. Acesso em: 06 nov. 2021.

⁵⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo.** 34ª ed. São Paulo: Malheiros, 2019. p. 725-726.

⁵¹ Cf. a nova redação do art. 10 da Lei nº 11.445/2007: “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”. BRASIL. **Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20072010/2007/lei/11445.htm. Acesso em: 06 nov. 2021.

disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato, 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”.

Observe-se que a Lei nº 8.987/1995, de abrangência nacional, regulamenta o artigo 175 da Constituição brasileira, ao tratar das concessões de serviços públicos dos entes federativos, e determina que Estados, Municípios e Distrito Federal adequem suas leis de concessão aos dispositivos da lei nacional. A Lei nº 11.445/2007 também é uma legislação nacional em matéria de saneamento básico e deve ser aplicada aos entes federativos, respeitado o princípio da autonomia federativa para a criação de leis com as peculiaridades locais.

A despeito de a Lei nº 11.445/2007, atualizada, apenas se referir à aplicabilidade obrigatória do artigo 23 da Lei nº 8.987/1995 aos contratos de concessão de saneamento básico, é razoável concluir que, em caso de lacuna, outros dispositivos da referida lei são aplicáveis. A Lei nº 9.074/1995, que estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos, é aplicável, subsidiariamente, aos contratos de saneamento básico regidos pela Lei nº 11.445/2007.

A Lei nº 8.666/1993 dispõe sobre normas gerais de licitações e contratações públicas. Ela será totalmente revogada e substituída pela Lei nº 14.133/2021 em 22 de abril de 2023. Assim, aplicam-se essas legislações, com a observação do lapso temporal referido, às licitações e contratações previstas na Lei nº 11.445/2007, já com as alterações promovidas pela Lei nº 14.026/2020.

Metas de universalização devem constar nas licitações e nos respectivos contratos de concessão de saneamento básico de água potável e esgotamento sanitário. Contudo, em caso de não atingimento das metas, impõe-se a prestação da parcela remanescente e a realização de licitação complementar para o atingimento das metas,⁵² a visar o estabelecimento de reequilíbrio econômico-financeiro para a concretização dos serviços de saneamento básico para todos.

Observe-se que as metas de universalização de saneamento básico que devem ser cumpridas nos contratos de concessão e nas delegações de serviço público em geral estão previstas na Lei nº 11.445/2007 e são entre outras:

- (1) universalização do acesso e efetiva prestação do serviço;⁵³

⁵² BRASIL. **Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007**, art. 11-B e §1º e 7º, art. 11-A e §1º ao 7º. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20072010/2007/lei/11445.htm. Acesso em: 06 nov. 2021.

⁵³ BRASIL. **Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007**, art. 2º, I. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20072010/2007/lei/11445.htm. Acesso em: 06 nov. 2021.

- (2) universalização com a ampliação progressiva do acesso de todos os domicílios ocupados ao saneamento básico;⁵⁴
- (3) universalização do tratamento e a disposição final adequados dos esgotos sanitários;⁵⁵
- (4) universalização com o incentivo de concessão de subsídios, que são “instrumentos econômicos de política social que contribuem para a universalização do acesso aos serviços públicos de saneamento básico por parte de populações de baixa renda”;⁵⁶
- (5) universalização com o estabelecimento de metas a serem “calculadas de maneira proporcional no período compreendido entre a assinatura do contrato ou do termo aditivo [...], de forma progressiva, devendo ser antecipadas caso as receitas advindas da prestação eficiente do serviço assim o permitirem, nos termos da regulamentação”;⁵⁷
- (6) universalização com “cumprimento das metas e não intermitência do abastecimento, de redução de perdas e de melhoria dos processos de tratamento deverá ser verificado anualmente pela agência reguladora”⁵⁸, 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”;⁵⁹
- (7) universalização com “objetivos e metas de curto, médio e longo prazos, “admitidas soluções graduais e progressivas, observando a compatibilidade com os demais planos setoriais”;⁶⁰

⁵⁴ *Ibidem*.

⁵⁵ *Ibidem*, art. 3º, III.

⁵⁶ *Ibidem*, art. 3º, VII.

⁵⁷ *Ibidem*, art. 11-A, §3º.

⁵⁸ No caso da competência para a regulação do serviço de saneamento básico, afirma Carlos Roberto de Oliveira que “a prerrogativa de indicação do ente regulador infranacional por parte do Executivo Municipal se dá pelo comando constitucional que define o Município como o titular (responsável) pelas políticas públicas locais vinculadas ao saneamento básico”. Acrescenta o autor que a competência regulatória municipal decorre do art. 30, inc. V, da Carta Magna em que estar positivada a “competência o Município, notadamente para: “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”. Cf. OLIVEIRA, Carlos Roberto de. Universalização da regulação e dos desafios do novo marco do saneamento. In: FROTA, Leandro e AIETA, Vânia. (coord.). **Marco Regulatório do Saneamento Básico**. Brasília: OAB Editora, 2021, p. 113.

⁵⁹ *Ibidem*, art. 11-B, §5º.

⁶⁰ *Ibidem*, art. 19, II.

- (8) universalização a partir de estudos para a licitação da prestação regionalizada. Se, contudo, houver “inviabilidade econômico-financeira da universalização [...], 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”;⁶¹
- (9) universalização com definição de metas que garantam o atendimento de 99% da população com água potável e de 90% da população com coleta e tratamento de esgotos até 31 de dezembro de 2033;⁶²
- (10) universalização, assim como metas quantitativas de não intermitência do abastecimento, de redução de perdas e de melhoria dos processos de tratamento.⁶³

Além das cláusulas essenciais previstas no artigo 23 da Lei nº 8.987/1995, além das metas de universalização acima referidas e em outros dispositivos na Lei nº 11.445/2007, podem ser instituídas outras cláusulas contratuais que sejam fundamentais à sustentabilidade dos serviços públicos de saneamento básico pelos entes federativos. O artigo 11 da Lei nº 11.445/2007, por sua vez, estabelece as “condições de validade dos contratos que tenham por objeto a prestação de serviços públicos de saneamento básico”.

Porém, em contraste com as promessas previstas nas metas de universalização supracitadas, positivadas pela Lei nº 11.445/2007, as estatísticas da exclusão da cidadania sanitária são assustadoras:

- (1) quase “100 milhões (num total de 212,6 milhões) de brasileiros não têm acesso de coleta de esgoto no país”;
- (2) “quase 35 milhões de brasileiros sem o acesso à água potável”;
- (3) “em 2016, 1 em cada 7 mulheres brasileiras não tinha acesso à água. No caso dos homens, 1 em cada 6 não tinha acesso à água”;
- (4) “14,3% das crianças e dos adolescentes não têm acesso à água”;
- (5) “7,5% das crianças e dos adolescentes têm água em casa, mas não é filtrada ou procedente de fonte segura”;
- (8) “cerca de 13 milhões de crianças e adolescentes não têm acesso a instalações sanitárias;

⁶¹ BRASIL. **Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007**, art. 11-B, § 9º. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20072010/2007/lei/11445.htm. Acesso em: 06 nov. 2021.

⁶² *Ibidem*, art. 11-B.

⁶³ *Ibidem*.

(9) “35 Municípios entre as 100 maiores cidades do Brasil têm menos de 60% de sua população atendida com rede de esgoto”;

(10) “no Brasil, 1.622.965 moradias ainda não apresentam banheiro de uso exclusivo, o que correspondem a 2,20% de todo país”.⁶⁴

Percebe-se, por conseguinte, que as utopias legalmente positivadas que visam à realização da cidadania sanitária estão longe de serem vivenciadas no Brasil e dependerão, ainda, da execução de políticas públicas de Estado que comprometam os poderes instituídos e as instituições políticas e sociais, mas é fundamental, acredito, que os eleitores conscientes exerçam o exercício da democracia transformadora pelo voto e por outros meios de participação democrática para que esse status de cidadania marginal seja erradicado.

12 PERMISSÃO APLICADA AO SERVIÇO PÚBLICO DE ÁGUA POTÁVEL E ESGOTAMENTO SANITÁRIO

A permissão de serviço público era considerada tradicionalmente como “ato unilateral, precário e revogável a qualquer tempo, exercido no desempenho de competência discricionária”.⁶⁵ A configuração tradicional de ato administrativo unilateral e precário era o que a diferenciava da concessão. Contudo, o entendimento tradicional sofreu um processo de mutação e, com o transcorrer do tempo e em razão da mudança de interpretação do artigo 175 da Constituição (determinando que haja obrigatoriamente licitação para a sua prévia delegação), o instituto passou a ter uma natureza contratual.

A transformação da visão do instituto fez com que a permissão passasse a ser classificada em duas modalidades: a permissão simples (ato administrativo discricionário) e permissão qualificada (contrato administrativo estável).⁶⁶ Seguindo

⁶⁴ TRATA BRASIL. Disponível em: <https://tratabrasil.org.br/pt/saneamento/principais-estatisticas/no-brasil/universalizacao>. Acesso em: 06 nov. 2021.

⁶⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 12ª ed. São Paulo: RT, 2016. p. 109.

⁶⁶ Sobre a natureza jurídica da permissão de serviço público, cf. o magistério de Alexandre Santos de Aragão, para quem “após a promulgação da CF/88, antes mesmo da lei nº 8987/1995, consolidou-se a opinião, contrariando a doutrina clássica, de que a permissão de serviço público não seria mais um ato administrativo, mas sim um contrato, já que o art. 175 da Constituição trata as concessões e permissões de serviço público, indiscriminadamente, dentro da mesma acepção contratual”. ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Curso de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 434. Cf. também CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 35ª ed. São Paulo: Atlas, 2021. p. 411.

a linha de raciocínio, a natureza contratual da permissão também foi prevista no artigo 40 da Lei nº 8.987/95,⁶⁷ que caracterizou a permissão como *contrato de adesão*.

Por conseguinte, sem qualquer pretensão de esgotar o tema, o que fugiria dos limites metodológicos desse trabalho,⁶⁸ pode-se dizer que há duas espécies de permissão, quais sejam: (1) A permissão simples – ato administrativo, unilateral, delegado no interesse público e excepcionalmente no interesse privado, firmado por prazo indeterminado e, por essa razão, precário e revogável a qualquer tempo. (2) A permissão qualificada – ato administrativo ou contrato, bilateral, delegado no interesse público, firmado por prazo determinado e, por essa razão, estável e com estabilidade. Na permissão, a Administração Pública (poder permitente) faculta ao particular (permissionário) a utilização individual de determinado bem ou serviço público.

A Lei nº 11.445/2007 não prevê a hipótese de utilização da permissão para a delegação dos serviços de saneamento básico. Antes, o art. 10 da referida legislação⁶⁹ dispõe que:

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.

Tal preceito normativo afasta, em tese, a possibilidade de outorga dos serviços públicos de saneamento mediante permissão simples, que tem natureza de ato administrativo unilateral, precário – pode ser revogado a qualquer tempo –, discricionário, delegado e sem licitação. Porém, entendo que, em situações excepcionais para atender ao interesse público, é possível a outorga da permissão simples até que haja a licitação para a prestação dos serviços de saneamento básico por meio de contrato de concessão.

⁶⁷ “Art. 40. A permissão de serviço público será formalizada mediante contrato de adesão, que observará os termos desta Lei, das demais normas pertinentes e do edital de licitação, inclusive quanto à precariedade e à revogabilidade unilateral do contrato pelo poder concedente. Parágrafo único. Aplica-se às permissões o disposto nesta Lei.”

⁶⁸ Não é objetivo desse trabalho ingressar nas inúmeras divergências doutrinárias sobre as permissões simples ou precárias e as permissões qualificadas ou estáveis, o que demandaria muito tempo e se afastaria do tema central deste artigo, que se limita aos serviços públicos de saneamento básico de água potável e esgotamento sanitário.

⁶⁹ Cf. BRASIL. **Lei nº 14.026, de 15 de julho de 2020**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/114026.htm. Acesso em: 06 nov. 2021.

Contudo, diferente da permissão simples, é possível admitir a delegação dos serviços de saneamento, incluindo o abastecimento de água potável e o esgotamento sanitário, mediante a celebração de um contrato de permissão condicionada (permissão contratual), nos termos inciso IV do artigo 2º da lei 8.987/1995, ainda que o texto legal se refira à permissão como tendo natureza precária.

Explico. É que a própria Constituição autoriza a delegação de serviço público por meio de permissão⁷⁰ e a doutrina reconhece a existência do contrato de permissão condicionada, que tem natureza contratual, estabilidade e é celebrada mediante prévio procedimento licitatório, conforme já referenciado acima. Forçoso é concluir, como o faz o professor José dos Santos Carvalho Filho, que entre os institutos (concessão e permissão) não há mais diferenças.⁷¹ As cláusulas que devem constar nas permissões são as mesmas aplicáveis às concessões, ressalvadas as peculiaridades das situações fáticas dos casos concretos.

13 AUTORIZAÇÃO APLICADA AO SERVIÇO PÚBLICO DE ÁGUA POTÁVEL E ESGOTAMENTO SANITÁRIO

A autorização de serviço público não está no rol das delegações de serviços públicos previstos no artigo 175 da Constituição, mas está positivado no art. 21, XI e XII. Pode ser definido como um ato administrativo discricionário, precário e outorgado de forma unilateral pela Administração Pública (autorizante) ao particular (autorizatário) quando houver a prestação de serviço público ou a exploração de bem público transitoriamente e em benefício do particular. O fato gerador desta modalidade de delegação é a exploração de bem ou serviço públicos desde que não necessite de elevado grau de especialização técnica, nem aportes de capitais de grande vulto para que o serviço público seja adequadamente prestado.

Diferentemente da permissão e da concessão, justamente em virtude de sua “simplicidade” de objeto, a autorização é outorgada sem a exigência de prévia licitação. A autorização consiste na única modalidade de delegação que prescinde da realização de licitação previamente à sua celebração. Todavia, o fato de ser dispensada a licitação não significa a dispensa de condições mínimas para a outorga da autorização, de modo que a Administração somente poderá delegar um serviço

⁷⁰ Cf. os arts. 21, XI, XII, a), b), c), d), e) e f) e 170 da CF/1988. No plano da competência dos Municípios para a delegação de serviço público mediante permissão, cf. o art. 30, V da Constituição.

⁷¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 35ª ed. São Paulo: Atlas, 2021. p. 411.

público mediante autorização da autoridade administrativa competente e em casos excepcionais e transitórios.⁷²

Diversamente da permissão, a autorização seria de difícil aplicação aos serviços públicos de saneamento básico até mesmo em razão da vedação expressa prevista no artigo 10 da Lei nº 11.445/2007,⁷³ que interdita a utilização de instrumentos de caráter precário da delegação do referido serviço público.

Porém, no que concerne a essa aparente vedação genérica de utilização da autorização para a delegação dos serviços públicos de saneamento básico de água potável e esgotamento sanitário, entendo que esse óbice não significa impossibilidade absoluta, porque os desafios do cotidiano da Administração Pública são mais dinâmicos do que a hermenêutica formal das legislações cristalizadas.

Nesse sentido, filio-me ao magistério da professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro,⁷⁴ que entende ser possível a delegação de serviço público mediante autorização, porque a Constituição assim o autoriza, conforme se verifica nos artigos 21, XI e XII, em que há a transferência de serviços públicos de titularidade da União a pessoas privadas, desde que esteja presente o interesse público, o que se distingue da autorização que é outorgada pelo poder público no interesse exclusivo do autorizatário.⁷⁵

Assim, nada obsta que a Administração Pública delegue ao particular, por autorização, de forma emergencial e transitória, a prestação dos serviços públicos de abastecimento de água potável e esgotamento sanitário em atendimento ao interesse público até que haja licitação para a contratação mediante concessão, permissão ou parceria público-privada.

À semelhança do que foi dito acima, as cláusulas legais a serem previstas nas autorizações são as mesmas inerentes às concessões e às permissões, observadas as especificidades fáticas e jurídicas dos casos concretos.

⁷² Segundo Alexandre Santos de Aragão, a autorização tem múltiplas acepções: (1) ato discricionário de polícia administrativa; (2) autorização de uso de bem público; (3) autorização de serviço público. ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Curso de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 437-439.

⁷³ Cf. BRASIL. **Lei nº 14.026, de 15 de julho de 2020**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/114026.htm. Acesso em: 06 nov. 2021.

⁷⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 33ª ed. Rio de Janeiro: GEN/Forense, 2020. p. 269-270.

⁷⁵ Quanto às divergências doutrinárias sobre a utilização da autorização para a delegação de serviço público, cf. OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de direito administrativo**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Método, 2020. p. 210-211.

14 A PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA APLICADA AO SERVIÇO PÚBLICO DE ÁGUA POTÁVEL E ESGOTAMENTO SANITÁRIO

Segundo José dos Santos Carvalho Filho, a PPP é:

um contrato administrativo de concessão que tem como objeto (a) a execução de serviço público, precedida ou não de obra pública, remunerada mediante tarifa paga pelo usuário e contraprestação pecuniária do parceiro privado, ou (2) prestação de serviço de que a Administração Pública seja usuária direta ou indireta, com ou sem execução de obra e fornecimento e instalação de bens, mediante contraprestação do parceiro público.⁷⁶

Esta definição é interessante, porque abrange, em um único conceito, as duas modalidades de PPP. Assim, o contrato de parceria público-privada tem duas modalidades: parceria público-privada patrocinada e parceria público-privada administrativa. Destarte, a PPP é uma modalidade específica de concessão de serviço público e foi concebida para ser empregada em grandes projetos de infraestrutura em que houver demanda de maior expertise técnica por parte do setor privado.

A PPP é uma modalidade de delegação dotada de três justificativas principais: (1) escassez de recursos públicos; (2) investimentos de grande vulto do setor privado; (3) demanda de eficiência da gestão da iniciativa privado. De qualquer forma, é de competência discricionária do administrador público escolher a PPP ou a concessão tradicional (Lei nº 8987/1995) para delegar um serviço público.

Há inúmeros serviços públicos, serviços de utilidade pública e obras públicas que podem ser objeto de contrato de PPP. A título de exemplo de utilização de PPP, podem ser citados os serviços de telefonia, gás, saneamento básico, saúde pública, educação, gestão de rodovias, ferrovias, portos, aeroportos, desenvolvimento econômico, tecnológico e digital, sistema penitenciário, estacionamentos subterrâneos, resíduos sólidos urbanos, infraestrutura viária, aeroportuária, de mobilidade urbana e de logística, programas habitacionais, captação e tratamento de água e esgoto, sistema de segurança de grandes eventos.

A formalização de PPP dos serviços públicos de fornecimento de água potável e esgotamento sanitário podem ser feitas por parcerias público-privadas nas modalidades administrativa e patrocinada, sem qualquer óbice jurídico. O maior obstáculo na seleção das modalidades é a viabilidade econômico-financeira, porque o

⁷⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 35ª ed. São Paulo: Atlas, 2021. p. 349.

poder público terá que investir recursos públicos integrais (concessão administrativa) ou parciais (concessão patrocinada).

Na concessão administrativa, se o parceiro público, por exemplo, quiser construir uma estação de tratamento de água, terá que arcar com todos os custos de construção e conservação, uma vez que, nesta modalidade de concessão, a Administração Pública é “a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens”.⁷⁷

Na segunda hipótese, o poder público celebra um contrato de parceria público-privada na modalidade de concessão patrocinada com a conjugação obrigatória de recursos públicos e privados, ou seja, há, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários, a contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado.⁷⁸

No cotejo das duas modalidades de contratos de parceria público-privada, no que diz respeito apenas aos aspectos exclusivamente econômico-financeiros, a PPP patrocinada é mais sustentável, porque há uma divisão dos custos do empreendimento entre os parceiros público e privado, uma vez que a PPP administrativa exige o aporte integral de recursos públicos orçamentários, o que pode ser inviável em épocas de crise econômica.

Na comparação somente dos aspectos econômico-financeiros entre os contratos de PPP na modalidade de concessão patrocinada, concessão administrativa e concessão comum (Lei nº 8.987/1995), a vantagem fica, sem dúvida, com esta última, porque não há alocação de recursos públicos, e o concessionário assume o empreendimento por sua conta e risco.⁷⁹

Contudo, se não houver a consideração dos aspectos exclusivamente econômico-financeiros, a Administração Pública pode, mediante juízo de conveniência e oportunidade, escolher a modalidade de concessão que melhor atenda às estratégias governamentais e, principalmente, ao interesse público.

A Lei nº 11.445/2007, com a nova redação dada pela Lei nº 14.026/2020, prevê a utilização das parcerias público-privada nos contratos de saneamento básico. A primeira observação é uma autorização expressa para o uso da PPP nos contratos de saneamento, acrescida da possibilidade, desde que haja previsão contratual ou do

⁷⁷ BRASIL. **Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004**, art. 2º, §2º. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/111079.htm. Acesso em: 06 nov. 2021.

⁷⁸ BRASIL. **Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004**, art. 2º, §1º. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/111079.htm. Acesso em: 06 nov. 2021.

⁷⁹ BRASIL. **Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995**, art. 2º, III. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18987cons.htm. Acesso em: 06 nov. 2021.

titular dos serviços, de “subdelegar o objeto contratado, observado, para a referida subdelegação, o limite de 25% (vinte e cinco por cento) do valor do contrato”.⁸⁰

Por último, é preciso dizer que as normas legais previstas na Lei nº 8.987/1995 e Lei nº 9.074/1995, desde que não sejam incompatíveis com a Lei nº 11.079/2004 e com a Lei nº 11.445/2007, são aplicáveis à temática do saneamento básico, especialmente no que diz respeito ao serviço público de água potável e esgotamento sanitário.

15 CONCLUSÃO

A privatização dos serviços públicos de água potável e esgotamento sanitário pode ser uma alternativa para que seja atendido o princípio da universalização dos serviços públicos de saneamento básico, mas não quer dizer, por outro lado, que a Administração Direta dos entes federativos não possa prestá-lo por meio de delegação a empresas estatais.

Aliás, a Lei nº 11.445/2007, com as alterações advindas pela Lei nº 14.026/2020, autoriza que o titular do serviço de saneamento preste o serviço direta ou indiretamente. Porém, seja qual for a forma de prestação do serviço adotada, é fundamental que haja o estabelecimento e o cumprimento das metas estabelecidas com fiscalização e regulação dos serviços.⁸¹ Porém, entendendo que no atual contexto histórico em que há escassez de recursos orçamentários, é recomendável que os entes públicos deleguem os serviços de saneamento público à iniciativa privada.

Neste trabalho, a despeito de haver sido delimitado o tema na privatização dos serviços de água potável e esgotamento sanitário, entendi prudente fazer uma análise, ainda que sumária, sobre temas conexos ao principal. Assim, dissertei sobre a natureza jurídica, as competências constitucionais e legais e as metas de universalização dos serviços públicos de saneamento básico com a preocupação de enfatizar as estatísticas de exclusão dos serviços de água potável e esgotamento sanitário.

As estatísticas sobre o saneamento básico feitas pela OSCIP Trata Brasil foram fundamentais para que fosse possível cotejar a realidade fática, desumana e degradante, do acesso ao saneamento básico com as promessas constitucionais e legais e para demonstrar o quanto o Brasil está distante das metas governamentais que devem ser alcançadas para que conquistemos a cidadania sanitária mínima. Aliás, o novo marco regulatório do saneamento básico estipulou a universalização de água

⁸⁰ BRASIL. **Lei nº 11.445, de 05 de janeiro de 2007**, art. 11-A. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20072010/2007/lei/11445.htm. Acesso em: 06 nov. 2021.

⁸¹ BRASIL. **Lei nº 11.445, de 05 de janeiro de 2007**, art. 9º, II. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20072010/2007/lei/11445.htm. Acesso em: 06 nov. 2021.

potável a 99% da população e de 90% com coleta e tratamento de esgotos até 31 de dezembro de 2033.⁸²

As delegações de serviços públicos, quais sejam, concessão, permissão, autorização e parceria público-privada, que são espécies de privatização dos serviços públicos de saneamento básico, podem ser uma saída estratégica de descentralização administrativa eficiente, desde que os contratos e atos administrativos firmados entre os poderes públicos e a iniciativa privada cumpram as metas de democratização (universalização) dos serviços de saneamento das populações marginalizadas e excluídas que vivem nos guetos sociais, aguardando há 31 anos de Constituição formal as promessas (objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil) de “construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional e erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais”.⁸³

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Curso de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

BERGÈRE, François. In: CAMPAGNAC, Élisabeth. **Évaluer les partenariats public-privé en Europe**. Paris: Presses Ponts et chaussées, 2009.

BRASIL. **Agência Brasil Central**. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/radio-agencia-nacional/saude/audio/2021-03/saneamento-basico>. Acesso em: 06 nov. 2021.

BRASIL. ANA. **Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento (SNIS)**. Disponível em: <http://www.sn.is.gov.br/ultimas-noticias/rede-de-esgoto-e-ampliada-mas-cobertura-ainda-e-baixa-diz-ministerio>. Acesso em: 06 nov. 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB), de 05 de outubro de 1988**, art. 3º, I, II e III. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 06 nov. 2021.

⁸² Cf. BRASIL. **Lei nº 14.026, de 15 de julho de 2020**, art. 11-B. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/114026.htm. Acesso em: 06 nov. 2021.

⁸³ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB), de 05 de outubro de 1988**, art. 3º, I, II e III. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 06 nov. 2021.

BRASIL. GOVERNO FEDERAL. Disponível em: https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2020-2/setembro/SEI_00135.216703_2020_84.pdf. Acesso em: 07 nov. 2021.

BRASIL. **Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007**. Estabelece as diretrizes nacionais para o saneamento básico; cria o Comitê Interministerial de Saneamento Básico. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20072010/2007/lei/111445.htm. Acesso em: 06 nov. 2021.

BRASIL. **Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004**. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/111079.htm. Acesso em: 06 nov. 2021.

BRASIL. **Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995**. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18987cons.htm. Acesso em: 06 nov. 2021.

BRASIL. **Lei nº 14.026, de 15 de julho de 2020**. Altera a Lei nº 11.445/2007. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/114026.htm. Acesso em: 06 nov. 2021.

BRASIL. **Lei nº 10.406, 10 de janeiro de 2002**. Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 06 nov. 2021.

BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Lei de Licitações e Contratos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm. Acesso em: 06 nov. 2021.

BRASIL. **Lei nº 9.074, de 07 de julho de 1995**. Estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19074cons.htm. Acesso em: 06 nov. 2021.

BRASIL. STF, **MC ADI 6492-DF**, rel. min. Luiz Fux, Pleno, 03 ago. 2020. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/889704765/medida->

cautelar-na-acao-direta-de-inconstitucionalidade-mc-adi-6492-df-distrito-federal-0098780-8520201000000. Acesso em: 06 nov. 2021.

CARINGELLA, Francesco. **Compendio di diritto amministrativo**. 2ª ed. Roma: Dike Giuridica Editrice, 2010.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 35ª ed. São Paulo: Atlas, 2021.

CONSELHO EMPRESARIAL BRASILEIRO PARA O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL. Disponível em: https://cebds.org/estudo-destaca-beneficios-com-expansao-saneamento-brasil/?gclid=EAIaIQo_bChMIx-TolZuE9AIVk4KRCh3bJA-LEAAYAiAAEgLvD_BwE. Acesso em: 06 nov. 2021.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 33ª ed. Rio de Janeiro: GEN/Forense, 2020.

GONÇALVES, Benedito e GRILO, Renato Cesar Guedes. O novo marco legal regulatório do saneamento básico: as inovações trazidas pela Lei 14.026/2020. In FROTA, Leandro e AIETA, Vânia (coord.). **Marco Regulatório do Saneamento Básico**. Brasília: OAB Editora, 2021.

GRANGER, Mar-Antoine. **Droit Administratif en fiche pratique**. 2º Ed. Le Mesnil-sur-l'Éstrée: Bréal, Février, 2019.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 12ª edição. São Paulo: RT, 2016.

LASSALLE, Ferdinand. **O que é uma Constituição**. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2002.

LIMA, Mariana. Brasil tem 5,1 milhões de domicílios em favelas, segundo IBGE. **Observatório do Terceiro Setor**, 27 maio 2020. Disponível em: <https://observatorio3setor.org.br/noticias/brasil-tem-5-1-milhoes-de-domicilios-em-favelas/>. Acesso em: 06 nov. 2021.

MARTINS, Ricardo Marcondes. **Titularidade do serviço de saneamento básico**. Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo, 2012.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 34ª ed. São Paulo: Malheiros, 2019.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações em direito administrativo**. São Paulo: Renovar, 2000.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de direito administrativo**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Método, 2020.

ONU. **Resolution adopted by the General Assembly on 28 July 2010** [Resolução adotada pela Assembleia Geral em 28 de julho de 2010]. Disponível em: <https://undocs.org/A/RES/64/292>. Acesso em: 06 nov. 2021.

PEIXINHO, Manoel Messias. **As teorias e os métodos de interpretação aplicados aos direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

PIKETTY, Thomas. **Capital e ideologia**. Tradução de Dorothée de Bruchard e Maria de Fátima Oliva de Coutto. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2020.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos, globalização e integração regional: desafios do direito constitucional internacional**. Coordenação de Flávia Piovesan. São Paulo: Max Limonad, 2002.

RIVERO, Jean; WALINE, Jean. **Droit administratif**. 16. éd. Paris: Dalloz, 1996.

ROUX, Christophe. **Droit administratif des bien**. Paris: Dalloz, 2019.

TRATA BRASIL. Disponível em: <https://tratabrasil.org.br/pt/saneamento/principais-estatisticas/no-brasil/universalizacao>. Acesso em: 06 nov. 2021.

O MARCO REGULATÓRIO DO SANEAMENTO RURAL

Maria Isabelle Souto Leite*

SUMÁRIO: 1 O Debate. 2 O Rural. 3 Política Nacional de Saneamento. 4 Análise Situacional por Biomas. 4.1 Amazônia. 4.2 Caatinga. 4.3 Cerrado. 4.4 Mata Atlântica. 4.5 Pampa. 4.6 Pantanal. 5 Objetivos do Desenvolvimento Sustentável. 6 Concessão dos Serviços de Saneamento Básico. 7 Conclusão.

1 O DEBATE

Nos últimos anos o país passou por um avanço tecnológico. Já estão avançadas as discussões para a implementação do 5G. O mundo passa por uma nova revolução industrial. O avanço da tecnologia 4.0 pretende mudar a forma de fazer negócio e colocar o país integrado a cadeias globais. Só que, infelizmente, não temos motivos para comemorar. Enquanto o Brasil avança em novas tecnologias, passa por uma grave crise de ambiental e humanitária. A ausência de saneamento básico faz com que estejamos longe de nos tornarmos uma Nação desenvolvida. São milhões de pessoas sem água e esgoto em todos os cantos e regiões. O norte/nordeste tem um *déficit* em relação aos estados do eixo sul/sudeste e mesmos esses estão com dificuldade de universalizar os serviços de água e esgoto.

A política pública de saneamento fracassou. Os investimentos foram diminuindo anualmente, conforme os dados da Associação Brasileira de Concessionárias Privadas - ABCON. Seguindo esse ritmo de financiamento, só alcançaríamos a universalização no ano de 2055. Os investimentos foram muito abaixo do esperado, segundo o estudo “*Burocracia e entraves no setor de saneamento*”, da Confederação Nacional da Indústria - CNI, caso o país continuasse com o ritmo de investimentos, a água só seria universalizada em 2043 e o esgoto em 2054.

O saneamento se caracteriza como um conjunto de serviços de infraestrutura de água e esgoto, que visam preservar o meio ambiente, a saúde e a erradicação da pobreza. São serviços essenciais e tem proteção constitucional como direito fundamental, reconhecendo a água e o esgoto como Direito Universal Humano.

No Brasil, o saneamento é definido pela Lei nº 11.445/2007, que passou por algumas modificações em razão da Lei nº 14.026/2020, alterando o marco regulatório do saneamento. As Organizações das Nações Unidas - ONU reconhece, desde 2010,

* Advogada. Sócia no Leandro Frota Advogados. Especialista em Direito Público: Constitucional, Administrativo e Tributário. Membro da Comissão Especial de Assuntos Regulatórios da CFOAB.

através da resolução 64/292, que a água e o esgoto são políticas de Direitos Humanos. De acordo com os artigos 1º e 2º, a Assembleia Geral da ONU:

1. Declara o direito à água potável e limpa e ao saneamento como um direito humano que é essencial para o pleno gozo da vida e de todos os direitos humanos;
2. Exorta os Estados e organizações internacionais para fornecer recursos financeiros, capacitação e transferência de tecnologia, através da assistência e cooperação internacionais, em particular aos países em desenvolvimento, a fim de intensificar os esforços para fornecer a todos água potável limpa, segura, acessível e com preço razoável e saneamento; [...].

O tema saneamento trata de políticas de Direitos Humanos e Ambientais, limpeza urbana, dragagem, resíduos sólidos, abastecimento de água e esgoto. Segundo o relatório do Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF) e da Organização Mundial da Saúde (OMS), cerca de 2,2 bilhões de pessoas em todo o mundo não têm serviços de água tratada, 4,2 bilhões de pessoas não têm serviços de saneamento adequado e 3 bilhões de pessoas não possuem instalações básicas para a higienização das mãos.

O relatório aponta para progressos importantes no acesso à água, esgoto e higiene, mas ainda existem lacunas na qualidade dos serviços prestados. A diretora associada do programa de Água, Saneamento e Higiene do UNICEF, Kelly Ann Naylorda, enfatiza que:

Mero acesso não é o suficiente. Se a água não é limpa, não é segura para beber ou fica afastada, e se o acesso ao banheiro é inseguro ou limitado, então não estamos entregando o que é necessário para as crianças do mundo. As crianças e suas famílias nas comunidades pobres e rurais correm o maior risco de serem deixadas para trás. Os governos devem investir nas comunidades delas, se quisermos unir essas divisões econômicas e geográficas e entregar esse direito humano essencial.

Apesar das críticas, o país vem tentando mudar essa realidade com a aprovação do Novo Marco Regulatório, Lei 14.026/2020, fruto de intensa negociação. Sancionada no dia 15 de julho de 2020, tendo como principais metas, universalizar, em até 99% a água potável e 90% o tratamento de esgoto até o dia 31 de dezembro de 2033, podendo ser prorrogado até 2040. O texto base foi aproveitado das Medidas Provisórias nº 844/2018 e nº 868/2018, que perderam a sua eficácia em razão de não terem sido votadas.

2 O RURAL

No Brasil, por muito tempo adotou-se a teoria dualista do conceito de rural e urbano. O rural representando a pobreza e o urbano o desenvolvimento. Tal dualidade é encontrada com certa facilidade nos romances brasileiros do século passado.

Os elementos diferenciadores foram modificados com o tempo. O professor da USP, Doutor Ricardo Abramovay ensina que existem três aspectos que diferenciam o rural, são eles: 1. Relação com a natureza; 2. as áreas não densamente povoadas e; 3. dependência do sistema urbano.

O IBGE classifica área rural como sendo aquela externa ao perímetro urbano.

Rural é a área externa ao perímetro urbano de um distrito, composta por setores nas seguintes situações de setor: rural de extensão urbana, rural povoado, rural núcleo, rural outros aglomerados, rural exclusive aglomerados.

A definição de espaço urbano é encontrada nas legislações municipais. O Instituto considera com base em critérios censitários rurais, quais sejam:

1. Aglomerado rural de extensão urbana: “Localidade que tem as características definidoras de Aglomerado Rural e está localizada a menos de 1 Km de distância da área urbana de uma Cidade ou Vila. Constitui simples extensão da área urbana legalmente definida”;
2. Aglomerado rural isolado – povoado: “Localidade que tem a característica definidora de Aglomerado Rural Isolado e possui pelo menos 1 (um) estabelecimento comercial de bens de consumo frequente e 2 (dois) dos seguintes serviços ou equipamentos: 1 (um) estabelecimento de ensino de 1º grau em funcionamento regular, 1 (um) posto de saúde com atendimento regular e 1 (um) templo religioso de qualquer credo. Corresponde a um aglomerado sem caráter privado ou empresarial ou que não está vinculado a um único proprietário do solo, cujos moradores exercem atividades econômicas, quer primárias, terciárias ou, mesmo secundárias, na própria localidade ou fora dela”;
3. Aglomerado rural isolado – núcleo: “Localidade que tem a característica definidora de Aglomerado Rural Isolado e possui caráter privado ou empresarial, estando vinculado a um único proprietário do solo (empresas agrícolas, indústrias, usinas, etc.)”.

4. Aglomerado rural isolado - outros aglomerados: “São os aglomerados que não dispõem, no todo ou em parte, dos serviços ou equipamentos definidores dos povoados e que não estão vinculados a um único proprietário (empresa agrícola, indústria, usina, etc..)”.
5. Zona rural, exclusive aglomerado rural: “São áreas rurais não classificadas como aglomerados”.

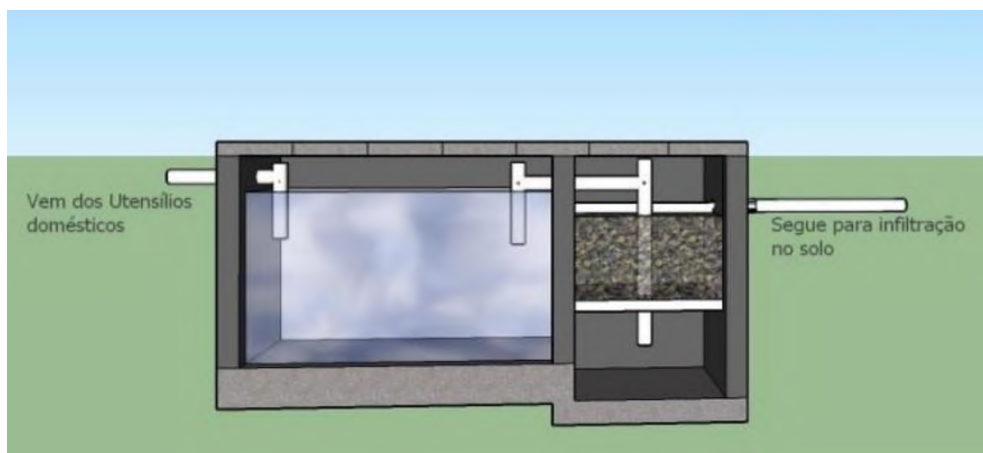
Segundo dados, 75% das residências rurais não possuem sistemas de tratamento de esgoto que, em geral, é despejado em fossas rudimentares, diretamente no solo ou em córregos.

Os mesmos dados apontam que 65% das residências rurais captam a água em poços e nascentes e existe uma preocupação com o manejo e a destinação adequada dos resíduos sólidos.

As soluções tradicionais são a fossa rudimentar e a séptica, que são simples e de baixo custo, apesar do risco ambiental.

Segundo o Fundo das Nações Unidas para a Infância – UNICEF, 7 (Sete) milhões de brasileiros utilizam a fossa rudimentar para coletar os excrementos. Se caracterizando, apenas, como um buraco no solo não evitando a contaminação das águas superficiais e subterrâneas.

As fossas sépticas são unidades de tratamento primário de esgoto, onde ocorre a separação e a transformação físico-química da matéria sólida do esgoto. A fossa pode evitar a contaminação das águas, só que a solução não promove a reciclagem de dejetos.



Fonte: PNSR (2019).

3 POLÍTICA NACIONAL DE SANEAMENTO - PLANSAB

A principal referência para a formulação de políticas públicas é o Novo Marco Regulatório do Saneamento, política federal de saneamento básico e a Lei nº 11.445/2007. O PLANSAB instituiu estratégias para a universalização do saneamento na área rural, alcançando as comunidades tradicionais e quilombolas. O Plano é pautado em um tripé de programas estratégicos, são eles: Saneamento Básico Integrado, Saneamento Estruturante e Saneamento Rural.

O saneamento básico integrado foi criado para financiar medidas estruturais de saneamento no espaço urbano, tais como resolver o déficit de abastecimento de água, esgoto, limpeza urbana, manejo de resíduos sólidos e drenagem.

O saneamento estruturante tem como foco o apoio a gestão pública, prestação dos serviços, capacitação, assistência técnica, promoção tecnológica e científica.

Já o programa saneamento rural contempla as populações em áreas rurais, comunidades tradicionais e povos originários e tem o propósito de fomentar e executar ações que garantam: 1) equidade; 2) integralidade; 3) intersetorialidade; 4) sustentabilidade dos serviços e; 5) participação e controle social.

Em conexão com o Plansab, o Programa Nacional de Saneamento Rural - PNSR avança na consolidação do conceito de rural e no entendimento dos problemas e da ausência de soluções sanitárias de saneamento básico para o rural.

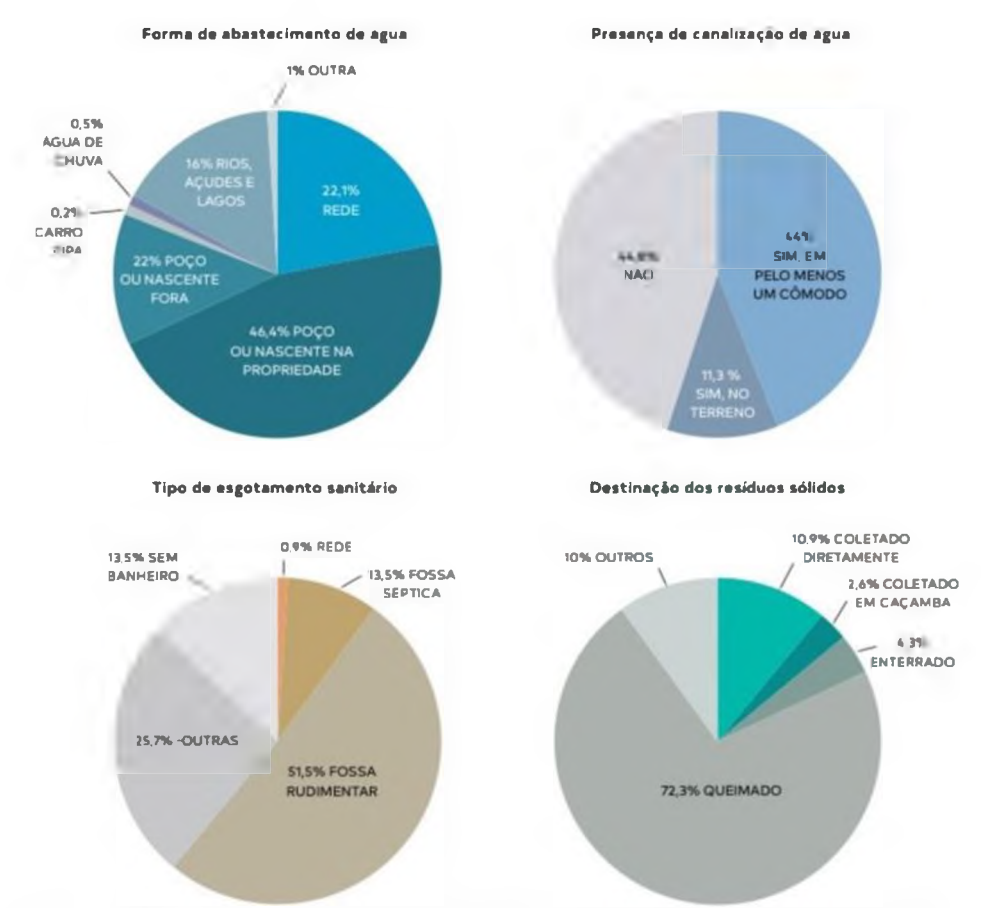
4 ANÁLISE SITUACIONAL POR BIOMAS

O Brasil é um país com uma das maiores biodiversidades do planeta. Ao todo são seis biomas que contam com características físicas, climáticas, geográficas e litológicas únicas e importantes para o ecossistema. Tais características renderam o título de país com a maior biodiversidade do mundo.

4.1 Amazônia

A Amazônia é hoje o maior bioma do mundo, com 49% do território brasileiro, conforme os dados do Instituto Chico Mendes da Conservação da Biodiversidade - ICMBio. Abrange nove países (Brasil, Paraguai, Bolívia, Peru, Equador, Colômbia, Venezuela, Guiana Francesa e Suriname). A temperatura média é de 25 C° e com chuvas em quase todo ano. A bacia amazônica escoar 20% da água doce do mundo.

O abastecimento de água é por fosso ou por nascente dentro da propriedade. Já o esgoto sanitário, é mais comum a fossa rudimentar e a presença de domicílios sem banheiro. A queima dos resíduos sólidos é a destinação mais habitual.



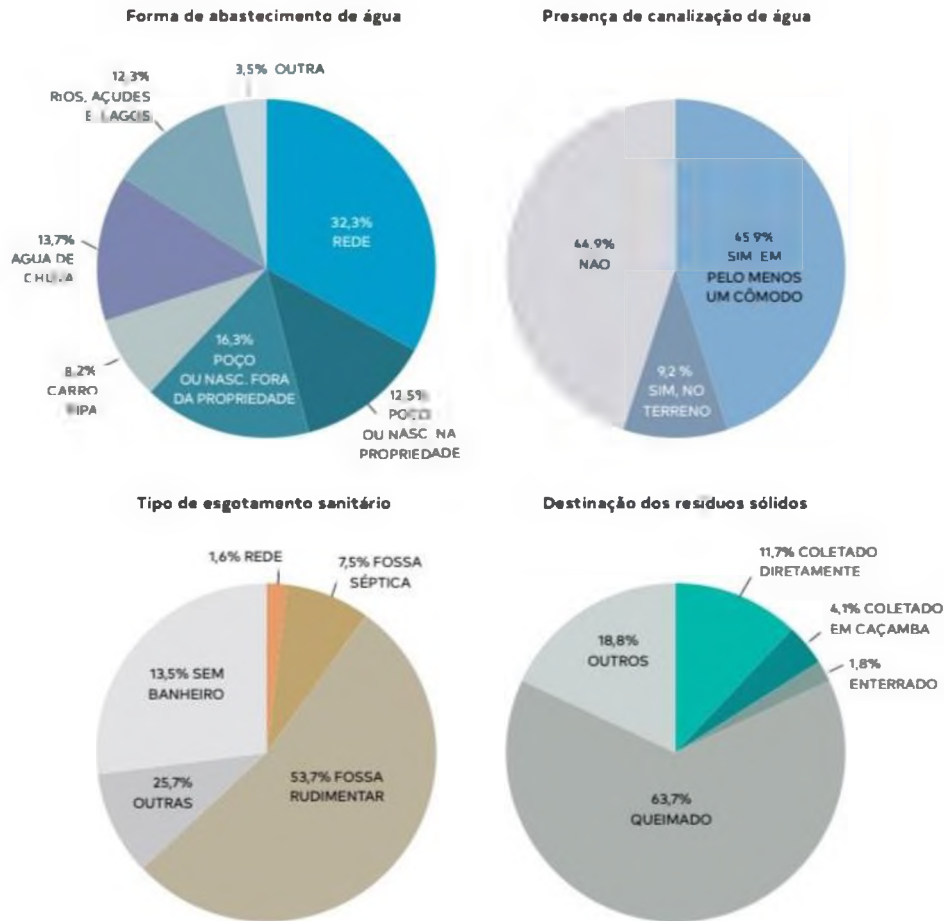
Fonte: IBGE (2011) - Censo Demográfico de 2010, dados da amostra (considerando a delimitação de rural do IBGE)

4.2 Caatinga

Único bioma exclusivo do Brasil, está presente em dez estados. São todos os estados do nordeste e Minas Gerais. Possui uma biodiversidade exclusiva e restrita. Os desmatamentos e queimadas alteraram a natureza do bioma e a região é marcada por duas secas anuais.

Na caatinga o abastecimento de água predominante é por rede, apesar de a água muitas vezes sair salobra. A segunda solução mais comum é por poços ou nascentes fora da propriedade, seguido da captação das chuvas.

O esgotamento sanitário mais comum é por fossa rudimentar e a parcela sem banheiro da população é muito significativa. Quem tem banheiro na residência muitas das vezes não conseguem utilizar a descarga em razão da falta de água por conta da escassez hídrica. A queima dos resíduos é a solução mais utilizada.

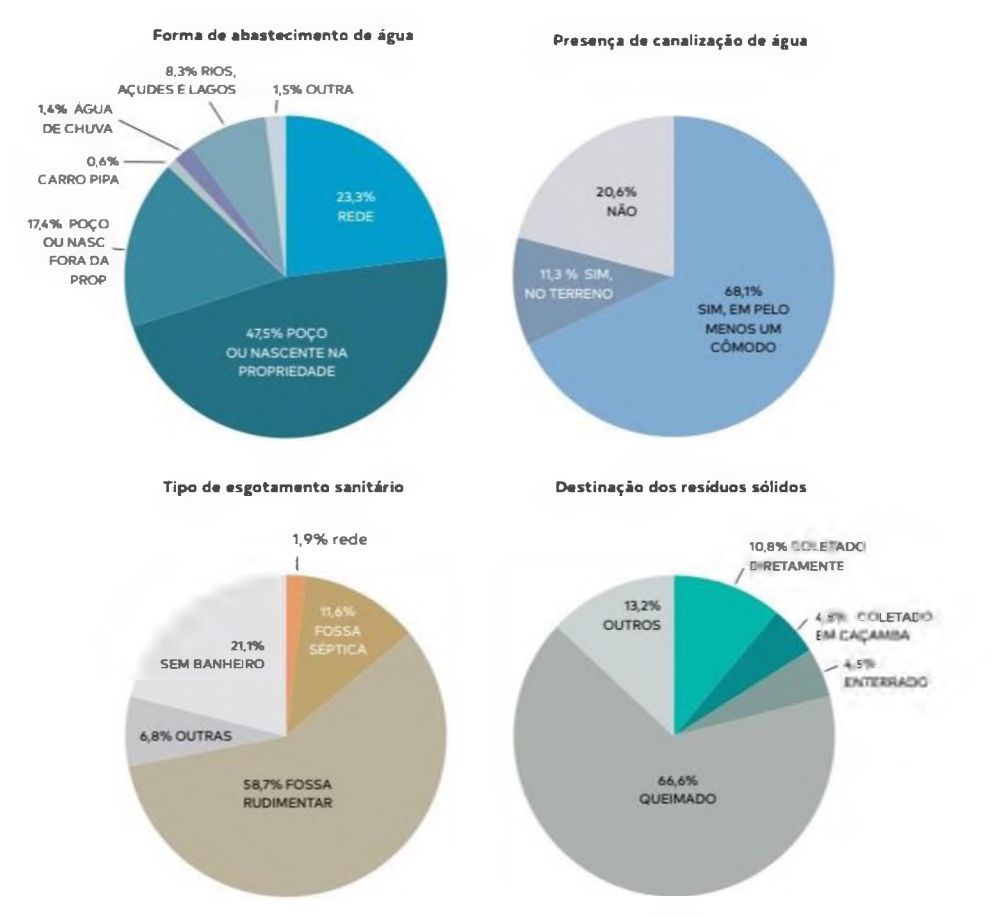


Fonte: IBGE (2011) - Censo Demográfico de 2010, dados da amostra (considerando a delimitação de rural do IBGE).

4.3 Cerrado

O segundo maior bioma da América do Sul, possui a vegetação de savana mais rica do mundo. O cerrado está presente em doze estados. A acessibilidade de aquíferos é elevada, em decorrência das bacias hidrográficas do São Francisco e Prata. A temperatura média é de 27 C° e o clima é tropical quente.

O abastecimento de água é por poço ou nascente dentro da propriedade. A fossa rudimentar é utilizada por 60% das residências e a queima dos resíduos é feita por quase 67% dos domicílios rurais.



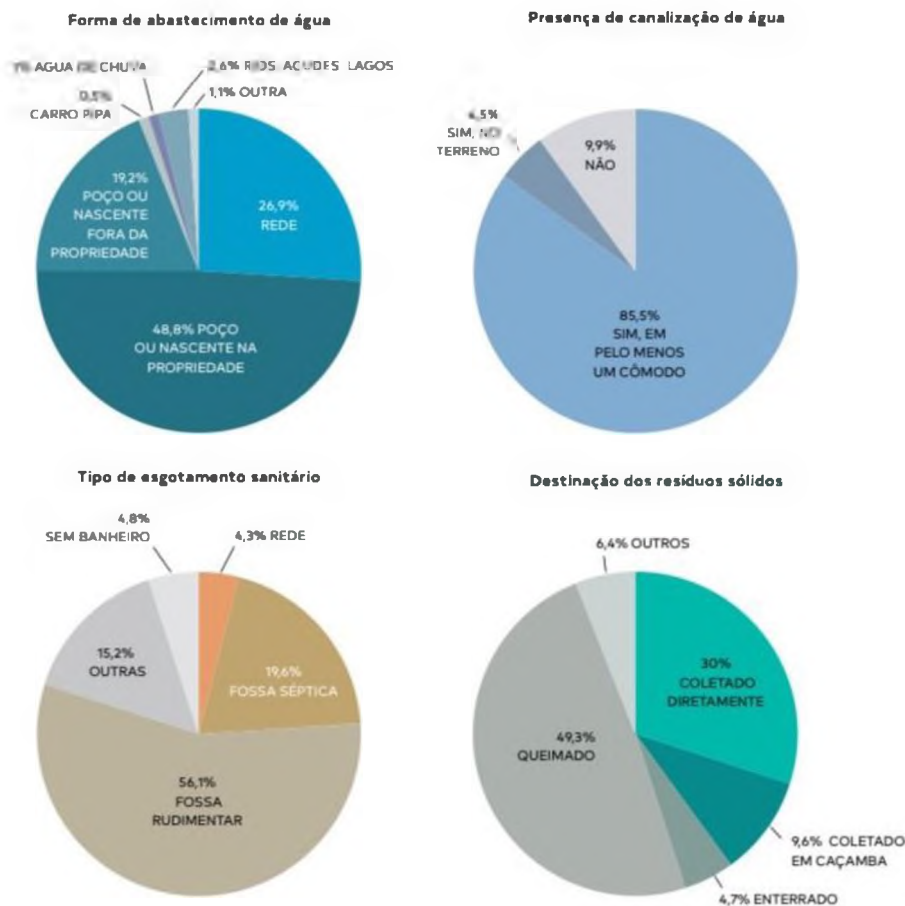
Fonte: IBGE (2011) - Censo Demográfico de 2010, dados da amostra (considerando a delimitação de rural do IBGE).

4.4 Mata Atlântica

A mata atlântica é o bioma mais rico do planeta e um dos mais ameaçados. O clima é quente e úmido e está presente em quinze estados.

O abastecimento de água é por poço ou nascentes dentro das propriedades. O esgotamento sanitário é por fossa rudimentar em quase 60% dos domicílios. A destinação dos resíduos difere dos outros biomas: a queima é comum, só que a coleta direta é a segunda opção. A disponibilidade hídrica permite o uso da descarga nas residências.

A mata atlântica concentra grande parte dos domicílios rurais. A agricultura familiar é presença constante em grande parte das comunidades.

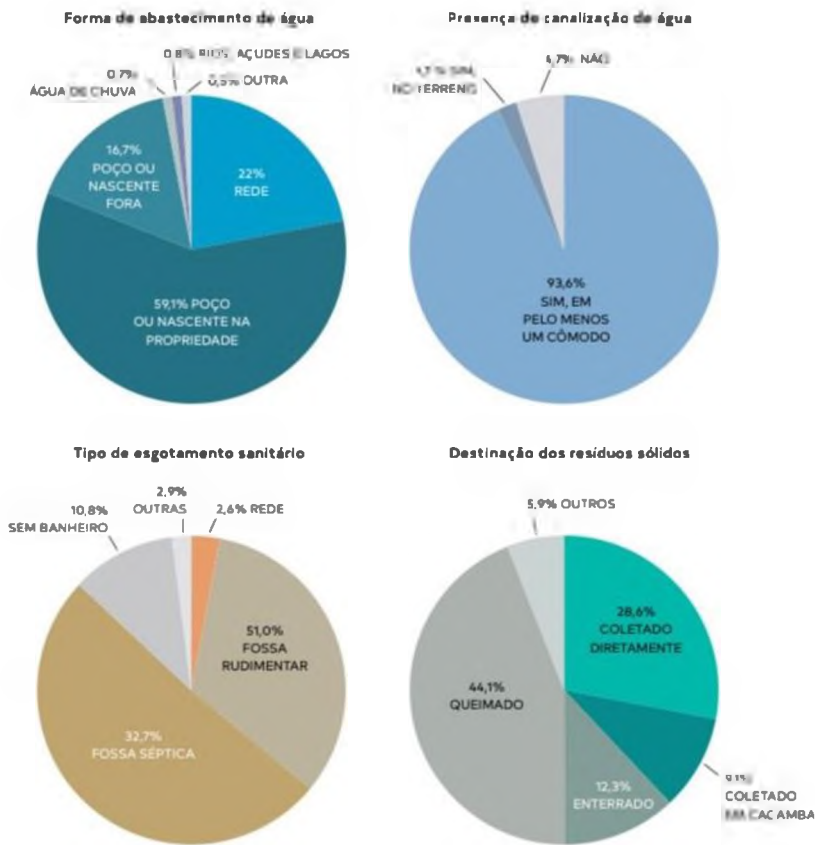


Fonte: IBGE (2011) - Censo Demográfico de 2010, dados da amostra (considerando a delimitação de rural do IBGE).

4.5 Pampa

O Pampa é um bioma de clima temperado encontrado no Sul, mais precisamente no estado do Rio Grande do Sul. É o segundo menor bioma em extensão territorial. O clima é chuvoso com temperaturas amenas. No inverno as temperaturas podem ser negativas em razão de frentes de ar frio polar.

O abastecimento é por poço ou nascente na propriedade rural e em quase 60%. Existe um grande número de fossas sépticas, apesar de mais da metade dos domicílios rurais utilizarem a fossa rudimentar. A queima de resíduos sólidos encontra a sua menor porcentagem entre os biomas. A preocupação é por contaminação do solo por defensivos e falta de tratamento adequado da água.

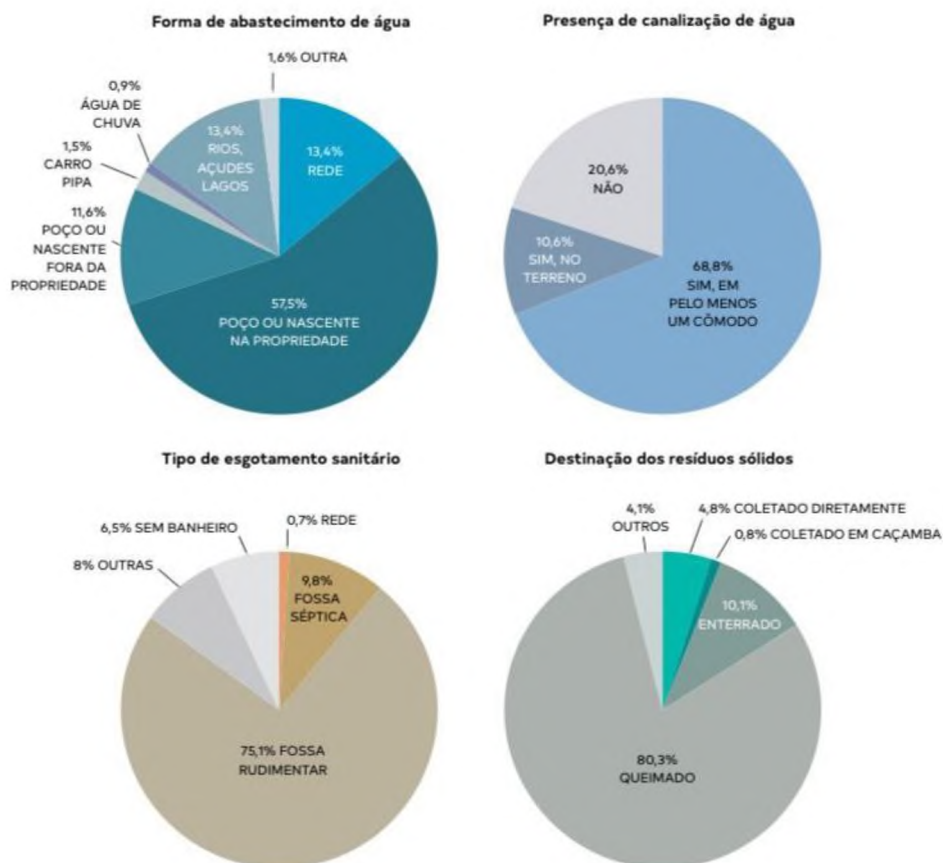


Fonte: IBGE (2011) - Censo Demográfico de 2010, dados da amostra (considerando a delimitação de rural do IBGE)

4.6 Pantanal

O pantanal é uma das maiores extensões úmidas contínuas do mundo e muito rico em biodiversidade. O clima é praticamente úmido. O bioma está presente nos estados do Mato Grosso e Mato Grosso do Sul, sendo quase exclusivamente brasileiro.

O bioma conta com uma grande parte de floresta nativa e vasta presença de comunidades tradicionais, indígenas e quilombolas. O abastecimento de água é por poço ou nascente dentro da propriedade. O esgotamento sanitário é por fossa rudimentar e é o maior entre os biomas, chegando aos 75%. A destinação dos resíduos é feita por queima em mais de 80%.



Fonte: IBGE (2011) - Censo Demográfico de 2010, dados da amostra (considerando a delimitação de rural do IBGE).

Ao analisar os dados por bioma, percebe-se que existe uma relação de ausência de saneamento básico com a pobreza. Diante da escassez hídrica e objetivando o acesso universal a água, o país criou o programa “Água para todos” (Decreto nº 7.535/11) com foco na universalização do acesso à água em áreas rurais para uso humano, produção agrícola e alimentar, buscando alcançar famílias em situação de vulnerabilidade social.

5 OBJETIVOS DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

O Pacto Global foi lançado em 2000 pelo Secretário-Geral das Organizações das Nações Unidas – ONU, Kofi Annan. Sua criação tem como objetivo o alinhamento do setor privado com os princípios universais dos Direitos Humanos, Trabalho, Meio Ambiente e Anticorrupção para o combate dos graves problemas da sociedade.

As políticas públicas voltadas para a água e o esgoto na área rural contribuem para o cumprimento da Agenda 2030 e em especial para a Erradicação da Pobreza – ODS1; Fome Zero e Agricultura Sustentável - ODS 2; Saúde e Bem-estar – ODS3; Educação de Qualidade – ODS4; Igualdade de Gênero – ODS5; Água Potável e Saneamento – ODS6; Redução das Desigualdades - ODS 10; Cidades e Comunidades Inteligentes - ODS11.

6 CONCESSÃO DOS SERVIÇOS DE SANEAMENTO BÁSICO

O novo marco extinguiu a modalidade de contrato de programa, que era o contrato feito direto pela concessionária estadual com os municípios sem a devida licitação. A prestação dos serviços será por concessão e precedida de licitação, respeitando as regras da Lei 8.666/1993, acompanhada de comprovação da capacidade econômica e financeira da contratada, com a obrigatoriedade de universalizar no prazo de dezembro de 2033.

Concessão se caracteriza como um contrato administrativo pelo qual o estado (Poder Concedente) delega a sua prestação de um serviço público a uma pessoa jurídica ou consórcio de empresas, que demonstre capacidade para o seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado, mediante licitação, na modalidade de concorrência, sendo remunerada pelo usuário mediante pagamento de tarifa. Vejamos o disposto no artigo 2º da Lei 8.987/95:

Art. 2º Para os fins do disposto nesta Lei, considera-se:
(...)

II – concessão de serviço público: a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de

concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para o seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado;

III – concessão de serviço público precedida da execução de obra pública: a construção, total ou parcial, conservação, reforma, ampliação ou melhoramento de quaisquer obras de interesse público, delegada pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para a sua realização, por sua conta e risco, de forma que o investimento da concessionária seja remunerado e amortizado mediante a exploração do serviço ou da obra por prazo determinado; (...)

Comporta ainda as espécies previstas no art. 2º da Lei nº 11.079/04, *in verbis*:

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 de que trata a Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, 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 usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens. (...)

Em uma concessão de serviço público observa-se uma relação jurídica triangular, ou seja, trata-se de um contrato que envolve três pessoas, quais sejam: i – Poder Concedente, que é a entidade federativa constitucionalmente competente para a prestação daquele serviço; ii – empresa concessionária, e; iii – usuário.

Importante ressaltar que não existe uma relação direta entre o usuário e o poder concedente, neste caso, não é aplicada a regra geral da Lei de licitações, segundo a qual o contrato terá duração da vigência dos créditos orçamentários. Vem disciplinada pela Lei no 8.987/95, onde prevê que sua remuneração decorre da tarifa paga pelo usuário ou outra forma de remuneração decorrente da própria exploração do serviço.

Na mesma linha de pensamento, assevera Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, que conceitua concessão como transferência dos poderes da administração pública para um particular, com o objetivo de executar determinado serviço público.

Celso Antônio Bandeira de Mello define a concessão de serviços públicos como “instituto através do qual o Estado atribui o exercício de um serviço público a alguém que aceita prestá-lo em nome próprio, por sua conta e risco, nas condições fixadas e alteráveis unilateralmente pelo Poder Público, mas sob garantia contratual de um equilíbrio-

econômico financeiro, remunerando-se pela própria exploração do serviço, em geral e basicamente mediante tarifas cobradas diretamente dos usuários do serviço”.

A alteração visa impor a concorrência entre o setor público e privado, focando em eficiência, respeito as metas e trazendo mais segurança jurídica.

7 CONCLUSÃO

O mundo passa por uma nova revolução industrial. Enquanto o Brasil avança em novas tecnologias, passa por uma grave crise de ambiental e humanitária. A política pública de saneamento fracassou. Os investimentos foram diminuindo a cada ano.

Apesar das críticas, o país vem tentando mudar essa realidade. No ano de 2020 foi aprovado o Novo Marco Regulatório do Saneamento Básico, Lei 14.026/2020. As políticas públicas voltadas para a água e o esgoto na área rural contribuem para o cumprimento da Agenda 2030.

As previsões de investimentos apenas no setor de água e esgoto estão calculadas entre R\$500 e R\$700 bilhões de reais, uma média anual de R\$50 bilhões. São aproximadamente 700 mil empregos diretos e a criação de cursos de formação em todos os níveis para suportar a demanda por qualificação.

A obrigatoriedade de contrato de concessão, possibilidade de cobrança de tarifa na conta de consumo, regulação pela Agência Nacional de Águas, formação de consórcios públicos e fim dos lixões são mudanças importantes trazidas pelo novo marco.

O BNDES tem em sua carteira de investimentos R\$55 bilhões para as próximas rodadas de licitação. O marco regulatório do saneamento tem a condição de aquecer a economia e fazer com que o país cresça de forma sustentável, seguindo os Objetivos do Desenvolvimento Sustentável – ODS com chances reais de resolvermos problemas crônicos e seculares de nosso país.

REFERÊNCIAS

ABRAMOVAY, R. **O futuro das regiões rurais**. Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2003. 149 p.

BRASIL, As 5 tecnologias que estão revolucionando o saneamento no Brasil. **Portal Saneamento Básico**: <https://www.saneamentobasico.com.br/tecnologias-saneamento-brasil/>. Acesso em: 16 nov. 2021.

BRASIL, Comissão Especial de Saneamento, Recursos Hídricos e Sustentabilidade - **Cartilha Saneamento Básico** – Ordem dos Advogados do Brasil – OAB Nacional, 1ª Edição, 2020, Coordenada por Leandro Mello Frota e Rodrigo Santos Hosken.

BRASIL, Engenharia 360 - Por Hélien Reis – **Saneamento 4.0 - O que esperar com a indústria 4.0 e a Sociedade 5.0**: <https://engenharia360.com/saneamento-4-0-o-que-esperar-com-a-industria-4-0-e-a-sociedade-5-0/>, Acesso em: 16 nov. 2021.

BRASIL, Fundação Instituto de Administração – FIA – **Sociedade 5.0**: o que é, Objetivos e Como funciona: <https://fia.com.br/blog/sociedade-5-0/>. Acesso em: 16 nov. 2021.

BRASIL, Fundação Nacional da Saúde – Funasa - http://www.funasa.gov.br/todas-as-noticias/-/asset_publisher/lpnzx3bJYv7G/content/-cada-real-gasto-em-saneamento-economiza-nove-em-saude-disse-ministro-da-saude?inheritRedirect=false. Acesso em: 10 nov. 2021.

BRASIL, Gov.br – Ministério do Desenvolvimento Regional – Agência Nacional de Água e Saneamento Básico, <https://www.gov.br/ana/pt-br>. Acesso em: 01 nov. 2021

BRASIL, Instituto Trata Brasil, **Saneamento é saúde** - <http://www.tratabrasil.org.br/>. Acesso em: 08 nov. 2021.

BRASIL, **Novo Marco de Saneamento Básico**, <https://www.gov.br/pt-br/noticias/transito-e-transportes/2020/07/novo-marco-de-saneamento-e-sancionado-e-garante-avancos-para-o-pais>. Acesso em: 12 nov. 2021.

BRASIL, **Organização das Nações Unidas – ONU** - <https://brasil.un.org/>. Acesso em: 09 nov. 2021.

BRASIL, **Painel Saneamento Brasil**, <https://www.painelsaneamento.org.br/>. Acesso em: 03 nov. 2021.

BRASIL, Planalto, **Decreto nº 9.254/2017**, http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Decreto/D9254.htm. Acesso em: 09 nov. 2021.

BRASIL, Planalto, **Lei nº 14.026/2020**, http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L14026.htm. Acesso em: 09 nov. 2021.

BRASIL, Senado Federal – **citação Agência Senado** -
<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/06/24/senado-aprova-novo-marco-legal-do-saneamento-basico/>. Acesso em: 15 nov. 2021.

BRASIL, **Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento – SNIS** -
<http://snis.gov.br/>. Acesso em: 10 nov. 2021.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.842 Rio de Janeiro**, <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630026>. Acesso em: 11 nov. 2021.

FROTA, Leandro Mello; LEITE, Maria Isabelle Souto. **O Novo Marco Regulatório do Saneamento**: Lei n. 14.026/2020. Ensaios sobre a transformação digital no direito. Brasília, p. 341-350, 2021.

Plataforma Agenda 2030 - **Organização das Nações Unidas – ONU** –
<http://www.agenda2030.org.br/>. Acesso em: 08 nov. 2021.

TERLUIN, I. J. Differences in economic development in rural regions of advanced countries: an overview and critical analysis of theories. **Journal of Rural Studies**, Oxford, v. 19, p. 327-344, 2003.

SANEAMENTO BÁSICO E RECURSOS HÍDRICOS NA LEI FEDERAL Nº 14.026/2020

Maria Luiza Machado Granziera*

Carlos Roberto de Oliveira*

Daniela Malheiros Jerez*

RESUMO: O presente artigo aborda a relevância da interface entre a proteção dos recursos hídricos e a boa prestação de serviços de saneamento básico no novo marco legal do setor (Lei n. 14.026/2020). Pretende-se demonstrar a pertinência da proteção de mananciais por parte do prestador de serviços de saneamento básico como garantia de matéria prima para o abastecimento de água potável, além de destacar o importante papel das agências reguladoras infranacionais de saneamento nessa empreitada. Por fim, são destacados os necessários esforços de governança para compatibilizar proteção ambiental e adequada prestação dos serviços por meio das normas de referência, que foram atribuídas à Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico – ANA.

Palavras-Chave: Recursos hídricos. Saneamento básico. Lei n. 14.026/2020. Agência reguladora de saneamento.

ABSTRACT: This article addresses the relevance of the interface between the protection of water resources and the good provision of basic sanitation services in the sector's new legal framework (Law n. 14.026/2020). It is intended to demonstrate the pertinence of the protection of water sources by the provider of basic sanitation services as a guarantee of raw material for the supply of drinking water, in addition to highlighting the important role of subnational sanitation regulatory agencies in this

* Advogada, Mestre em Direito Internacional (1988) e Doutora em Direito (2000) pela Universidade de São Paulo (USP); Professora Associada ao Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu – Mestrado e Doutorado em Direito Ambiental Internacional e professora da Graduação (Direito Ambiental) da Universidade Católica de Santos.

* Diretor da Agência Reguladora ARES-PCJ (SP), Doutor (2020) e Mestre (2012) pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP); Pós-Doutorando (2021-2022) pela UNESP. Secretário-Executivo da Câmara Técnica de Assuntos Jurídicos, Institucionais, de Governança e Controle Social, da Associação Brasileira de Agências de Regulação – ABAR.

* Advogada e graduanda em Ciências Biológicas, ambas pela Universidade de São Paulo (USP); consultora em Direito Ambiental na M. Granziera Consultoria Ltda. e pesquisadora do Centro de Direitos Humanos e Empresas da Fundação Getúlio Vargas (FGV-CeDHE).

endeavor. Finally, the necessary governance efforts to reconcile environmental protection and adequate provision of services through reference standards, which were assigned to the National Water and Basic Sanitation Agency – ANA, are highlighted.

Keywords: Water resources. Sanitation. Law no. 14.026/2020. Sanitation regulatory agency.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 O novo Marco regulatório para o saneamento básico e os recursos hídricos. 3 A proteção de mananciais pelo prestador de serviços de saneamento básico como garantia de matéria prima para o abastecimento de água potável. 3.1 O papel das agências reguladoras. 4 Governança. 4.1 As novas atribuições da Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico. 5 Conclusões.

1 INTRODUÇÃO

O setor de saneamento básico, como um dos principais usuários de recursos hídricos, desempenha papel fundamental na proteção do meio ambiente, especialmente no que diz respeito à quantidade e à qualidade da água, uma vez que a captação de água para abastecimento público e a disposição final dos esgotos sanitários em corpos hídricos impactam diretamente esse recurso ambiental.

Ainda que existam instrumentos normativos distintos para tratar do meio ambiente, dos recursos hídricos e do saneamento básico, a garantia do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado depende de uma aplicação integrada dessas leis e de uma governança bem estabelecida entre seus atores. Segundo Edis Milaré (2018, p. 1229), é impossível a aplicação estanque da lei de recursos hídricos e da lei de saneamento básico, uma vez que os recursos hídricos são os “principais insumos” da “produção” dos serviços de saneamento básico e só serão garantidos no futuro com a conservação ambiental e o adequado manejo das fontes produtoras de água.

Este texto discute: 1. as principais alterações promovidas pelo Marco Legal do Saneamento Básico que integram os serviços de saneamento básico e a proteção dos recursos ambientais, especialmente recursos hídricos; 2. a importância da conservação de mananciais pelos prestadores dos serviços de saneamento básico; 3. a necessidade de um processo de governança entre gestores de recursos hídricos e de saneamento básico a luz das novas atribuições da Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico (ANA).

2 O NOVO MARCO REGULATÓRIO PARA O SANEAMENTO BÁSICO E OS RECURSOS HÍDRICOS

A Lei n. 14.026/2020 trouxe mudanças significativas na Lei n. 11.445/2007 no que diz respeito ao planejamento e às formas de prestação dos serviços de saneamento básico. Do ponto de vista da relação entre meio ambiente e saneamento, há diretrizes introduzidas pela nova lei que também aproximam esses temas tão interdependentes.

Quanto aos princípios fundamentais, previstos no art. 2º da Lei n. 11.445/2007, a Lei n. 14.026/2020 incorporou a “conservação dos recursos naturais”, como requisito de adequação da prestação dos serviços de saneamento. Além disso, também ampliou o rol de políticas públicas com as quais o saneamento básico deve estar articulado, incluindo expressamente a política de recursos hídricos (art. 2º, VI). Essas alterações coadunam-se com previsto na Política Nacional do Meio Ambiente, Lei n. 6.938/81, que reconhece as águas, superficiais e subterrâneas, como recursos ambientais (art. 3º, V).

Também possuem relação intrínseca com a Política Nacional de Recursos Hídricos, Lei n. 9.433/1997 que traçou como principal objetivo o “uso racional e integrado dos recursos hídricos com vistas ao desenvolvimento sustentável” (art. 2º, II), assegurando “à atual e às futuras gerações a necessária disponibilidade de água, em padrões de qualidade adequados aos respectivos usos” (art. 2º, I).

O art. 4º do marco do saneamento estabelece que os recursos hídricos não integram os serviços públicos de saneamento básico. De fato, não integram. O saneamento é usuário da água. Mas isso não significa que não deva haver integração nas ações, uma vez que o setor do saneamento utiliza a água para o abastecimento público e diluição de efluentes. O abastecimento de água potável depende necessariamente de mananciais em boa qualidade e quantidade, que sejam capazes de fornecer água segura às populações.

Destaca-se, porém, que a Lei n. 14.026/2020 inovou ao incorporar nas atividades que compõem o serviço de abastecimento de água potável a “reservação de água bruta” (art. 3º-A, I, Lei n. 11.445/2007). Esse dispositivo já constava do regulamento – Decreto n. 7.217/2010, mas agora compõe o texto da norma em vigor. “Água bruta” é a “água encontrada naturalmente nos rios, riachos, lagos, lagoas, açudes e aquíferos, que não passou por nenhum processo de tratamento” (ANA, 2014). Esses corpos hídricos são tutelados pela política de recursos hídricos.

O novo marco legal do Saneamento Básico, pois, deu um passo importante no reconhecimento da responsabilidade do setor de saneamento básico de garantir que os reservatórios de água bruta estejam em condições adequadas para que essa água seja captada e utilizada em seu empreendimento, o que explicita a relação do serviço com a conservação do meio ambiente, especialmente a água.

Essa integração, entretanto, não se inicia na prestação dos serviços de abastecimento de água potável, mas deve ocorrer desde as primeiras etapas de planejamento das duas políticas. A Lei de Diretrizes Nacionais para o Saneamento Básico, por exemplo, deve adotar a bacia hidrográfica como unidade de referência para o planejamento de suas ações (art. 48, da Lei n. 11.445/2007), nos mesmos termos da Lei de Águas também.

Os titulares de serviços de saneamento básico – Municípios e Distrito Federal, no caso de interesse local e Estado, em conjunto com os Municípios, no caso de interesse comum (art. 8º, da Lei n. 11.445/2007) –, quando da elaboração dos seus planos de saneamento básico, devem compatibilizá-los com os planos das bacias hidrográficas e com planos diretores dos Municípios em que estiverem inseridos, ou com os planos de desenvolvimento urbano integrado das regiões metropolitanas por eles abrangidas (art. 19, § 3º, da Lei 11.445/2007) (GRANZIERA; JEREZ, 2019).

Ainda que a prestação dos serviços ocorra dentro dos limites de um município, região metropolitana etc., o planejamento deve considerar informações que ultrapassam tais limites. A quantidade e qualidade da água disponível dependerá não apenas do estado de conservação do local de captação, mas também da bacia hidrográfica.

Se, por um lado, a quantidade e qualidade dos recursos hídricos são condicionantes dos serviços de saneamento básico, por outro sua prestação de forma universal e efetiva é essencial para a melhoria da qualidade de vida e das condições ambientais. Diversos estudos apontam que a deficiência desses serviços gera a contaminação de mananciais superficiais e subterrâneos, e consequentes implicações na saúde da população, pelo surgimento de doenças de veiculação hídrica (RIBEIRO AYACH *et al.*, 2012, p. 44).

Por isso, o Marco Legal do Saneamento Básico prevê que desde o âmbito federal deve-se ter como objetivo do saneamento básico minimizar os impactos ambientais relacionados à implantação e desenvolvimento das suas ações, obras e serviços e assegurar que sejam executadas de acordo com as normas de proteção do meio ambiente, ao uso e ocupação do solo e à saúde (art. 49, X), tendo em vista a sua relevância para a melhoria da qualidade de vida e das condições ambientais e de saúde pública (art. 48, V).

3 A PROTEÇÃO DE MANANCIAIS PELO PRESTADOR DE SERVIÇOS DE SANEAMENTO BÁSICO COMO GARANTIA DE MATÉRIA PRIMA PARA O ABASTECIMENTO DE ÁGUA POTÁVEL

Os mananciais, como corpos hídricos, enquadram-se no critério de domínio dos recursos hídricos fixado na Constituição Federal. À União pertencem “os lagos, rios e quaisquer correntes de água em terrenos de seu domínio, ou que banhem mais de um

Estado, sirvam de limites com outros países, ou se estendam a território estrangeiro ou dele provenham” (CF/1988, art. 20, III). Aos Estados foram destinadas “as águas superficiais ou subterrâneas, fluentes, emergentes e em depósito, ressalvadas, neste caso, na forma da lei, as decorrentes de obras da União” (CF/1988, art. 26, I.).

O domínio dos recursos hídricos consiste na responsabilidade da União ou dos Estados e DF pela guarda, administração e edição das regras aplicáveis a esses recursos, e não a propriedade de um bem imóvel, objeto de registro próprio (GRANZIERA, 2014, p. 67). A natureza de bem público das águas, inclusive dos mananciais, tem como característica essencial a obtenção da tutela do Estado (GRANZIERA, 2014, p. 81-82).

Ainda que a Constituição não tenha determinado aos municípios o domínio dos recursos hídricos, há um interesse específico desses entes e dos prestadores de serviços de abastecimento na sua proteção, não apenas no direito de uso, mas também e principalmente na sua proteção, para garantir as vazões necessárias em qualidade adequada e também a própria viabilidade técnica e financeira dos serviços.

Assim, cabe discutir as formas pelas quais os prestadores de serviços de saneamento podem contribuir para a gestão de recursos hídricos, tendo em vista que a manutenção e melhoria das características naturais dos mananciais de captação são essenciais para evitar o aumento do custo do tratamento da água para o abastecimento público, bem como situações de crise hídrica, além de trazer outros benefícios, como a proteção do ecossistema aquático e sua biodiversidade (MARTINS, 2018, p. 44).

Os serviços de saneamento básico podem ser prestados diretamente pelo titular ou por entidade que não integra a administração do titular, mediante celebração de contrato de concessão (art. 10, Lei n. 11.445/2007). Em ambos os casos, deve ser observado o plano de saneamento básico, cabendo à entidade reguladora estabelecer normas e fiscalizar a prestação dos serviços (art. 9º, II, Lei n. 11.445/2007).

Como usuário da água, os serviços de saneamento básico, inclusive para disposição ou diluição de esgotos e outros resíduos líquidos, sujeitam-se à outorga de direito de uso (art. 4º, parágrafo único, da Lei n. 11.445/2007) e à cobrança pelo uso, quando implementada, nos termos da Lei n. 9.433/1997. A cobrança não se confunde, sob o aspecto conceitual, com os percentuais da tarifa dos serviços de abastecimento de água aplicados especificamente nos mananciais relacionados com os serviços. Ela está vinculada ao Plano de Ações aprovado pelo Comitê de Bacia Hidrográfica, com base no respectivo Plano de Recursos Hídricos.

A única forma de os valores da cobrança serem aplicados na proteção de mananciais é o Plano da Bacia elencar como prioritárias as propostas de ações específicas para mananciais e haver recursos suficientes para as ações não apenas de recuperação, mas também de prevenção. Já a aplicação de percentuais da tarifa na

proteção do manancial tem um foco muito mais localizado e possui outra dimensão: a melhoria da qualidade da água no(s) ponto(s) de captação, que causará impacto na sustentabilidade do setor de saneamento e na segurança hídrica para a população.

Por sua vez, os usuários dos serviços de água e esgotamento sanitário pagam ao prestador de serviços uma tarifa, que não se confunde com a cobrança, pois consiste em uma forma de remuneração pela prestação dos serviços individuais (ou *uti singuli*), prestados a usuários determinados como, por exemplo, água, telefone, gás canalizado (MEDAUAR, 2018, p. 318). O valor arrecadado pelo prestador de serviços com a tarifa está relacionado com a sustentabilidade econômico-financeira da atividade, destinando-se a investimentos e custos dos serviços - captação, tratamento e distribuição de água.

Observa-se, sob o aspecto da sustentabilidade econômico-financeira, que a qualidade dos reservatórios de água bruta – mananciais – impacta diretamente o custo do serviço de saneamento básico - tratamento da água bruta captada do manancial, para que atinja os padrões de potabilidade nos termos da Portaria de Consolidação nº 5/2017, Anexo XX, do Sistema Único de Saúde.

Ainda considerando o aspecto econômico, estudos demonstram que em um terço das grandes cidades o custo por unidade de água tratada aumentou, em média, 50% no último século devido à conversão de ambientes naturais em outros usos do solo e ao desenvolvimento urbano nas bacias hidrográficas (THE NATURE CONSERVANCY, p. 2). Porém, é possível que os investimentos na conservação de mananciais, por parte das prestadoras de serviços de saneamento básico, diminuam esse custo. O estudo acima citado demonstrou que, se a empresa realizar o programa de proteção de mananciais proposto, num horizonte temporal de 30 anos, a redução no custo de tratamento compensa 80% por cento do investimento da EMASA e 60% dos custos totais do programa (THE NATURE CONSERVANCY, p. 4).

Esses resultados coadunam-se com o Marco Legal do Saneamento Básico, demonstrando a via de mão dupla entre a gestão de recursos hídricos e os serviços de saneamento básico. Não apenas considera o retorno econômico-financeiro do investimento na proteção dos mananciais, mas também a responsabilidade ambiental para com as presentes e futuras gerações, das prestadoras de serviços, que podem e devem destinar parte de receita tarifária para a proteção dos corpos d'água em possuem captação.

Não existe um modelo único para que esse investimento na proteção de mananciais ocorra, tampouco para as ações que devem ser implementadas para este fim, uma vez que deve ser construído caso a caso, a partir de diagnósticos e estudos do manancial local. Porém, o entendimento de que as prestadoras de serviços de saneamento básico devem proteger seus locais de captação de água e a construção das

melhores soluções para isso deve envolver o poder público local, agência reguladora, gestores de recursos hídricos e outras partes, como sociedade civil, Organizações Não Governamentais e academia.

3.1 O papel das agências reguladoras

O titular dos serviços de saneamento básico – Municípios ou Estado, em conjunto com Municípios no caso de regiões metropolitanas – deve definir o ente responsável por sua regulação econômica e fiscalização da qualidade dos serviços, nos termos da Lei nº 11.445/2007, art. 9º, II. O exercício da função de regulação implica a fixação de padrões e normas, com o objetivo de garantir que a prestação dos serviços seja adequada às necessidades locais, a partir das normas de referência editadas pela Agência Nacional de Água e Saneamento Básico (ANA) (art. 22, I), tendo como ponto de partida o diagnóstico realizado para os planos municipais de saneamento básico e respectivas propostas.

Por meio da edição de normas e da sua fiscalização, o ente regulador exerce a função essencial de garantir efetividade à política de saneamento básico, mas também das demais com que ela se relaciona. Isso porque, embora o regulador regule os aspectos técnicos do setor, ele também deve zelar pela adequada aplicação das políticas públicas inerentes ao respectivo mercado em que se inclui, como a política ambiental e de recursos hídricos.

Tendo em vista a política de saneamento, mas também a gestão de recursos hídricos e sua importância para os usuários, o ente regulador pode incorporar nas tarifas dos serviços de abastecimento de água potável um percentual a ser aplicado na proteção do manancial de interesse. Isso ocorre pela aplicação de um mecanismo tarifário que inclua os custos de proteção e conservação de mananciais na base de cálculo dos processos de revisão tarifária periódica da prestadora de serviços, conforme já ocorre, por exemplo, nos municípios de Juiz de Fora (MG), Nova Odessa (SP) e Balneário Camboriú (SC).

Ao incorporar a “reservação de água bruta” nos serviços de abastecimento de água potável, o Marco Legal do Saneamento Básico atribuiu aos prestadores de serviços a responsabilidade de proteger os mananciais dos quais captam sua matéria prima. Porém, a agência reguladora, ao editar padrões e normas para esses serviços, desempenha papel fundamental no cumprimento dessa obrigação, podendo atuar também como importante indutora de uma política de saneamento básico mais integrada com a conservação dos recursos hídricos, garantindo que a prestação de serviços de saneamento seja baseada no uso sustentável desse recurso ambiental, como determina o art. 18, parágrafo único, do Decreto n. 7.217/2010 (MARTINS, 2018, p. 37).

Ao induzir e criar mecanismos financeiros que autorizem e obriguem que os prestadores de serviços destinem um percentual do valor que arrecadam com a tarifa de abastecimento de água potável em ações de proteção de recursos hídricos que constituem sua matéria prima, as agências reguladoras desempenham uma função-chave para que os serviços de saneamento básico reduzam suas externalidades ambientais, cumprindo os objetivos das políticas de meio ambiente, recursos hídricos e saneamento básico.

4 GOVERNANÇA

Ainda que existam marcos normativos distintos para tratar de meio ambiente, recursos hídricos e saneamento básico, a efetividade de cada uma dessas políticas públicas depende da atuação interdependente. Assim, gestores que atuam nesses setores, necessitam estabelecer mecanismos de governança que permitam a constante troca de informações e a tomada de decisão de forma integrada.

De acordo com o Tribunal de Contas da União (2014, p. 42) entende-se por governança no setor público “os mecanismos de liderança, estratégia e controle postos em prática para avaliar, direcionar e monitorar a atuação da gestão, com vistas à condução de políticas públicas e à prestação de serviços de interesse da sociedade”. A governança está relacionada a três funções básicas (TCU, 2014, p. 46): avaliação, orientação e monitoramento de resultados.

É fundamental, pois, o engajamento dos gestores públicos, prestadores de serviços de saneamento, sociedade civil etc. na garantia da sustentabilidade hídrica, desde a fase de planejamento até a execução e avaliação de resultados. Porém, fica claro que as agências reguladoras exercem papel relevante na implementação conjunta dessas políticas por sua atribuição de instituir normas que considerem os objetivos comuns dessas políticas, o que vai na mesma direção das novas atribuições definidas pela Lei n. 14.026/2020 à ANA.

4.1 As novas atribuições da Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico

Até a edição da Lei n. 14.026/2020, cada município brasileiro vinha - e vem - exercendo a titularidade sem qualquer parâmetro previamente estabelecido. Os que possuem melhores condições financeiras e estruturais conseguem atingir minimamente as metas fixadas nos planos municipais de saneamento básico. Mas a grande maioria padece da falta de estrutura, recursos técnicos e financeiros e capacitação para fazer frente aos desafios e carências do setor.

Com base em dados de 2020, a Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico – ANA realizou detalhado levantamento e identificou 1.785 municípios sem regulação, ou seja, 32% do número de municípios brasileiros, correspondendo a 40,1 milhões de habitantes (NUNES *et al.*, 2021, p. 66-88), o que pressupõe a fixação de tarifas sem critérios técnicos, falta de metas para investimentos e fiscalização precária dos serviços. No estado de São Paulo, aproximadamente 200 municípios não delegaram a regulação do saneamento básico a um ente regulador.

A estrutura geral da regulação dos serviços públicos de saneamento, sob titularidade municipal, levou a um cenário de multiplicação de entes e órgãos reguladores e, por consequência, a uma fragmentação e a uma diversidade muito evidente dos estilos, estratégias, processos e ambientes de regulação. Segundo Marrara, “o contexto atual se caracteriza por alta assimetria procedimental, material e organizacional, bem como por custos significativos de transação, já que os agentes econômicos interessados em transitar por diferentes Municípios terão que realizar investimentos significativos para compreender e dominar tecnicamente o arcabouço regulatório aplicável ao mesmo serviço nas diferentes localidades” (MARRARA, 2021, p. 65).

Na linha de estabelecer parâmetros gerais de regulação, a Lei n. 14.026/2020 estabeleceu uma inovação de cunho institucional. Alterando a Lei n. 9.984/2000, criou novas atribuições à agora denominada Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico (ANA), no que se refere à formulação de normas de referência. 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 n. 11.445 (art. 4º-A, Lei n. 9.984/2000).

O fato de haver agora uma entidade federal responsável por estabelecer regras gerais de regulação (uniformidade regulatória), confere uma **nova visão e perspectiva** para o setor, que sempre esteve pulverizado pelo imenso número de municípios em situações as mais diversas, e sem uma régua que pautasse o conjunto de suas ações. As normas de referência, a serem formuladas pela ANA, são endereçadas aos titulares e aos reguladores, que por sua vez estabelecerão suas regras de acordo com a realidade local (art. 25-A, Lei n. 11.445/2007).

5 CONCLUSÕES

A promulgação da Lei n. 14.026/2020, alterando a Lei n. 11445/2005, cria um novo cenário para o saneamento básico, com contribuições relevantes para a

ampliação do entendimento de que o setor de saneamento básico desempenha papel fundamental para a garantia do meio ambiente ecologicamente equilibrado, especialmente para a conservação dos recursos hídricos que constituem matéria-prima para o abastecimento de água potável.

A segurança hídrica das atuais e futuras gerações depende da integração das políticas de meio ambiente, recursos hídricos e saneamento básico, criando um modelo de governança que permita aos agentes públicos e privados avaliar e aprimorar o ambiente, os cenários, o desempenho e os resultados dessas políticas públicas.

Nessa busca por maior integração e efetividade, cabe às prestadoras de serviços de saneamento básico reconhecer a importância de atuar na conservação e recuperação dos mananciais nos quais atuam, de modo a cumprir com suas obrigações legais de atuar na reservação de água bruta, mas também para que tenham retornos econômicos com a melhoria da quantidade e qualidade de água a ser captada.

As agências reguladoras de saneamento básico – referenciadas nas normas da ANA com a função de integração entre as políticas de recursos hídricos e saneamento básico – desempenham papel fundamental nesse processo, trazendo padrões e normas que considerem aspectos de qualidade ambiental na prestação dos serviços e criando mecanismos financeiros para que parte dos recursos da tarifa arrecadada com o serviço de abastecimento de água potável seja destinado à proteção do manancial de captação.

REFERÊNCIAS

ANA. **Portaria n. 149/2015**. Lista de Termos para o Thesaurus de Recursos Hídricos. Brasília, 2014.

GALVÃO JUNIOR, A. de C.; SILVA, A.C. da; QUEIROZ, E.A. de; SOBRINHO, G.B. **Regulação**: Procedimentos de Fiscalização em Sistema de Abastecimento de Água. Fortaleza: Expressão Gráfica e Editora Ltda./ARCE, 2006.

GRANZIERA, Maria Luiza Machado; JEREZ, Daniela Malheiros. Implementação de Políticas Públicas: desafios para integração dos planos diretores, de saneamento básico e de bacia hidrográfica. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, vol. 9, n. 3, dez. 2019.

GRANZIERA, Maria Luiza Machado. **Direito de Águas**: disciplina jurídica das águas doces. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

GRANZIERA, Maria Luiza Machado. Financiamento e governança na implementação dos planos de bacia hidrográfica e de saneamento básico. *In*: NUSDEO, Ana Maria de Oliveira; TRENNEPOHL, Terence (coord.). **Temas de Direito Ambiental Econômico**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 245-258.

MARTINS, Larissa. **Identificação de ações de integração entre os setores do saneamento básico e recursos hídricos no âmbito das agências reguladoras do saneamento básico**. Trabalho de Conclusão de Curso (especialização) - Instituto Federal do Ceará, Especialização em Elaboração e Gerenciamento de Projetos para Gestão Municipal de Recursos Hídricos, Campus Fortaleza, 2018.

MARRARA, Thiago. Mosaico regulatório: as normas de referência da ANA para a regulação dos serviços públicos de saneamento básico à luz da lei 14.026/2020. *In*: OLIVEIRA, Carlos Roberto de; GRANZIERA, Maria Luiza Machado. **Novo marco do saneamento básico no Brasil**. Indaiatuba: Foco, 2021.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo moderno**. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente**. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

NUNES, Carlos Motta; ANDERAOS Alexandre; MARINHO DE ARAUJO, Cíntia Leal. The 2020 Reform of the Water and Sanitation Services Sector in Brazil. **BRICS Law Journal**. 2021;8(2):66-88. Disponível em: <https://doi.org/10.21684/2412-2343-2021-8-2-66-88>. Acesso em: 29 jul. 2021.

RIBEIRO AYACH, Lucy; DE LIMA GUIMARÃES, Solange Therezinha; CAPPI, Nanci; AYACH, Carlos. Saúde, saneamento e percepção de riscos ambientais urbanos. **Caderno de Geografia**, v. 22, n. 37, p. 47-64, jan./jun. 2012.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (TCU). **Governança pública**: referencial básico de governança aplicável a órgãos e entidades da administração pública e ações indutoras de melhoria. Brasília: TCU, Secretaria de Planejamento, Governança e Gestão, 2014. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/governanca-publica-referencial-basico-de-governanca-aplicavel-a-orgaos-e-entidades-da-administracao-publica-e-acoes-indutoras-de-melhoria.htm>.

THE NATURE CONSERVANCY (TNC). **Análise do Retorno do Investimento na Conservação de Bacias Hidrográficas**: Referencial Teórico e Estudo de Caso do Projeto Produtor de Água do Rio Camboriú, Santa Catarina, Brasil. Disponível em: <https://www.tnc.org.br/content/dam/tnc/nature/en/documents/brasil/brazil-waterroi-caboriu-portuguese.pdf>.

CONTRATAÇÃO DE COMPANHIA ESTADUAL (CESB) PARA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS DE SANEAMENTO BÁSICO: análise da jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais envolvendo a COPASA e Municípios mineiros

CONTRACTS WITH PUBLIC COMPANY (CESB) TO PROVIDE WATER SUPPLY SANITATION SERVICES IN THE MUNICIPALITIES: analysis of the appellate decisions of the Court of Justice of the State of Minas Gerais involving COPASA and Minas Gerais Municipalities

Maria Tereza Fonseca Dias*

RESUMO: Este trabalho diagnosticou e analisou 21 acórdãos em que o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais tratou da questão da nulidade dos contratos firmados entre a COPASA e os Municípios. O estudo demonstrou que as respostas do Judiciário, nesta questão, dependem do tipo de ação proposta, de seus proponentes e das provas apresentadas nos autos. Revelou, ainda, a mais recente tendência da Corte em declarar a nulidade dos contratos por ilegalidade da contratação direta, em virtude da dispensa de licitação.

Palavras-chave: Saneamento básico. Contratos de concessão. Dispensa de licitação. Companhia estadual de saneamento (CESB). Municípios de Minas Gerais. Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

ABSTRACT: This paper analyzed 21 appellate decisions in which the Court of Justice of the State of Minas Gerais, Brazil, dealt with the issue of the nullity of contracts signed between COPASA (company controlled by the state-member government) and the Municipalities. The study showed that the Judiciary's answers in this question depends on the type of lawsuit proposed, its proponents and the evidence presented in the records. It also revealed the Court's most recent tendency is to declare contracts null due to the illegality of direct contracting related to waiver of bidding.

* Doutora e mestre em Direito pela UFMG. Professora Associada do Departamento de Direito Público da UFMG. Professora Visitante no King's College Londres pelo programa CAPES/PRINT; Pesquisadora do CNPq. Advogada. Membro da Comissão de Direito Administrativo do Conselho Federal da OAB.

Keywords: Whater suply and sanitation. Public contracts. Wiver of bidding. Company controlled by government. Minas Gerais Municipalities. Court of Justice of the State of Minas Gerais.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 A prestação dos serviços de saneamento básico no Estado de Minas Gerais. 3 Nulidades arguidas em face dos contratos da COPASA com os municípios mineiros: estudo da jurisprudência do TJMG. 4 Mudanças da Lei de Diretrizes Nacionais para o saneamento básico, na relação entre as CEBS e os Municípios. 5 Conclusões.

1 INTRODUÇÃO

Os serviços públicos de saneamento básico, em conformidade com a Constituição brasileira, envolvem o exercício de direitos fundamentais dos cidadãos.¹ A falta de investimentos no setor, com a consequente insuficiência no atendimento, foi diagnóstico inafastável nas propostas de mudança no marco legal do saneamento.²

Há dados bastante consistentes, de diversas organizações públicas e privadas, de que os serviços são deficitários no país, havendo vasta demanda acerca de sua prestação³. Conforme divulgado pelo Governo Federal, no ato de sanção do novo marco legal do saneamento (Lei nº 14.026/2020):

Hoje, no país, 35 milhões de pessoas não têm acesso à água tratada e mais de cem milhões, não contam com serviços de coleta de esgoto. A meta, com o marco, é garantir o atendimento de 99% da

¹ Sobre o tema Cf., notadamente, SILVA, Cintia da; MANDARINO, Luca Moura. O saneamento básico e a dogmática dos direitos fundamentais. *In*: SADDY, André; CHAUVET, Rodrigo da Fonseca (org.). **Aspectos jurídicos do saneamento**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.p. 25-48; BAHIA, Amael Notini Moreira. O direito humano à água: a luta por um direito esquecido. **Magis: portal jurídico**, 17 ago. 2021. Disponível em: <https://magis.agej.com.br/o-direito-humano-a-agua-a-luta-por-um-direito-esquecido/>. Acesso em: nov. 2021.

² Cf. entre os diversos estudos sobre o tema, a seguinte comunicação do IBGE. PNSB 2017: Abastecimento de água atinge 99,6% dos municípios, mas esgoto chega a apenas 60,3%. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/28324-pnsb-2017-abastecimento-de-agua-atinge-99-6-dos-municipios-mas-esgoto-chega-a-apenas-60-3>. Acesso em: 27 jul. 2020.

³ Os dados do Governo Federal acerca do setor estão disponíveis no Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento. Disponível em: <http://www.snis.gov.br/>. A OSCIP Instituto Trata Brasil também divulga estudos sobre o tema, entre os quais o ranking do saneamento. Disponível em: <http://www.tratabrasil.org.br/estudos/estudos-itb/itb/ranking-do-saneamento-2020>.

população com água potável e de 90%, com tratamento e coleta de esgoto, até 31 de dezembro de 2033.⁴

Tais serviços públicos dizem respeito a um conjunto atividades, gestão de infraestruturas, instalações e prestações definidas em lei (art. 3º, inciso I, da Lei nº 11.445/2007) que englobam o abastecimento de água potável, esgotamento sanitário, mas que também incluem limpeza urbana, manejo dos resíduos sólidos e drenagem e manejo das águas pluviais urbanas.⁵

Editada em julho de 2020, a Lei nº 14.026 – que ficou conhecida como a nova lei do saneamento básico – instituiu diversas mudanças na Lei nº 11.445/2007, que estabelece as diretrizes nacionais para o saneamento básico.⁶ Entre essas mudanças, foi alterado o regime jurídico da relação entre os Municípios – titulares dos serviços públicos de interesse local (art. 8º, inciso I, da Lei nº 11.445/2007) – e as Companhias Estaduais de Saneamento Básico (CESB), como será discutido no decorrer deste trabalho.

Atualmente, no Brasil, as Companhias estaduais prestam os serviços em 70% dos Municípios; a prestação municipal encontra-se em 26% das cidades e as empresas privadas (concessionárias) em 7% dos Municípios.⁷

⁴ BRASIL. Novo Marco de Saneamento é sancionado e garante avanços para o País. **Governo do Brasil**, Brasília, 15 jul. 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/pt-br/noticias/transito-e-transportes/2020/07/novo-marco-de-saneamento-e-sancionado-e-garante-avancos-para-o-pais>. Acesso em: out. 2020.

⁵ Os diversos serviços foram detalhados na Lei nº 11.445/2007, nos artigos 3º-A a 3º-D, introduzidos pela Lei nº 14.026/2020.

⁶ As principais mudanças da lei podem ser sintetizadas nos seguintes aspectos: a) regulatório: o protagonismo e as novas atribuições da Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico (“ANA”); b) regionalização da prestação: as novas possibilidades de prestação interfederativa dos serviços por unidades de saneamento ou blocos de municípios; c) delegação dos serviços: prevalência da licitação e celebração de contrato de concessão; d) previsão de metas de universalização dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário. (Cf. Cf. as primeiras impressões sobre o tema, em: DIAS, Maria Tereza Fonseca. Compreenda as principais mudanças do marco legal do saneamento básico. **Informativo VLF** - 70/2020, Belo Horizonte, 28/07/2020. Disponível em: https://www.vlf.adv.br/noticia_aberta.php?id=804. Acesso em: 23 set. 2020).

⁷ ABCON; SINDCON. **Panorama da participação privada no saneamento 2021**: uma nova fronteira social e econômica para o Brasil. p. 28. Disponível em: <https://www.abconsindcon.com.br/panoramas/>. Acesso em: ago. 2021.

Em Minas Gerais o cenário não é diferente, havendo a predominância de atuação das companhias estaduais (COPASA⁸/COPANOR⁹) nos municípios, por influência do modelo oriundo do PLANASA, que foi um plano instituído nos anos 70 e financiado pelo Banco Nacional de Habitação (BNH), para apoio à criação das empresas estaduais.¹⁰ Naquele contexto histórico, período do regime militar, as CESBs foram instituídas como modelo abrangente em todo país.

Assim, a partir do PLANASA, relata Dinorá Grotti, “[...] foram criadas as 27 companhias estaduais de saneamento básico (CESBs), que passaram a gerir os serviços de abastecimento de água da maioria dos Municípios por meio de contratos de concessão, com prazos de 20 a 25 anos.”¹¹

Considerando que essas companhias iniciaram a prestação dos serviços nos anos 70, do século passado, ao longo de todo esse período as relações jurídicas entre elas e os Municípios passaram a ser disciplinadas por diversos instrumentos jurídicos, devido a alterações do regime jurídico das concessões de serviços públicos¹².

⁸ A COPASA foi instituída como CESB pela Lei nº 6.084, de 15/05/1973, a partir da Companhia Mineira de Águas e Esgotos – COMAG, sociedade de economia mista que o Estado de Minas Gerais foi autorizado a promover a constituição pela Lei nº 2.842, de 05/07/1963. (MINAS GERAIS. Lei nº 2.842/1963. Dispõe sobre a organização de sociedade de economia mista, sob a denominação de companhia mineira de águas e esgotos, COMAG, e dá outras providências. Disponível em: <https://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa.html?num=2842&ano=1963&tipo=LEI>. Acesso em: nov. 2021) Esta, por sua vez, incorporou o Departamento Municipal de Águas e Esgoto (DEMAE), responsável pelos serviços de saneamento de Belo Horizonte. (MINAS GERAIS. COPASA. **A empresa: histórico**. Disponível em: <https://www.copasa.com.br/wps/portal/internet/a-copasa/a-empresa>. Acesso em: nov. 2021).

⁹ A COPANOR (COPASA Serviços de Saneamento Integrado do Norte e Nordeste de Minas Gerais) teve sua autorização de criação, como subsidiária integral da COPASA, pela Lei Estadual nº 16.698/2007.

¹⁰ Sobre o histórico e a trajetória dos serviços de saneamento no Brasil, Cf. entre outros trabalhos: COSTA, Silvano Silvério; RIBEIRO, Wladimir Antônio Ribeiro. Dos porões à luz do dia: um itinerário dos aspectos jurídicos-institucionais do saneamento básico no Brasil. In: HELLER, Léo; CASTRO, José Esteban. **Política pública e gestão de serviços de saneamento**. 2 ed. Belo Horizonte / Rio de Janeiro: Editora UFMG; FIOCRUZ, 2013. p. 467-482 e SOUSA, Ana Cristina A. de; COSTA, Nilson do Rosário. Política de saneamento básico no Brasil: discussão de uma trajetória. **História, Ciências, Saúde – Manguinhos**, Rio de Janeiro, v. 23, n. 3, p. 615- 634, jul./set. 2016. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/hcsm/a/WWqtPW6LnkrVpbddJqHMGJk/abstract/?lang=pt>. Acesso em: ago. 2021. Este último texto, inclusive, descreve os embates políticos entre estadualistas e municipalistas na formação da agenda do marco legal do saneamento básico.

¹¹ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. A evolução Jurídica do Serviço Público de Saneamento Básico. In: OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; DAL POZZO, Augusto Neves (Coord.). **Estudos sobre o marco regulatório de saneamento básico**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 22-23.

¹² À título exemplificativo cite-se, na Constituição de 1988, o art. 175 e, na legislação infraconstitucional, a Lei Geral de Concessões (Lei nº 8.987/1995).

Tais instrumentos, que foram se sucedendo ao longo do tempo, passaram pelas formas de: convênios¹³, contratos de concessão¹⁴ e convênios de cooperação para a gestão associada de serviços públicos¹⁵, dos quais decorrem a pactuação de contratos de programas¹⁶, todos eles firmados, em regra, sem licitação.

Como afirma Maria Coeli Simões Pires, refletindo sobre esse último instrumento, os “[...] serviços de saneamento foram objeto recorrente de contratos de programas firmados com empresas estaduais, especialmente ao abrigo de consórcios e de exceção à obrigação de licitar.”¹⁷

Tem-se, assim, que, mesmo diante das sucessivas mudanças de regime jurídico, os ajustes das CESBs com os Municípios mantiveram-se inalterados quanto a seus conteúdos e estrutura.

Neste quadro - e considerando a ampla atuação da COPASA na maior parte dos Municípios mineiros para a prestação dos serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário há quase 50 anos – diversos conflitos acerca da sua atuação no Estado foram objeto de conflitos que desembocaram no Poder Judiciário. Entre esses conflitos, foram propostas ações judiciais visando questionar, entre outros temas, a legalidade e a validade dos ajustes firmados.

¹³ Apesar de já existir a discussão acerca da impossibilidade jurídica de utilização de convênios para prestação de serviços públicos, eles foram expressamente vedados, para os serviços de saneamento, no art. 10 da Lei nº 11.445/2007, dada a sua precariedade: “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.”

¹⁴ Na Lei nº 8.987/1995, as concessões de serviço público sem licitação foram extintas, conforme previsão do art. 43, a saber: “Ficam extintas todas as concessões de serviços públicos outorgadas sem licitação na vigência da Constituição de 1988. Parágrafo único. Ficam também extintas todas as concessões outorgadas sem licitação anteriormente à Constituição de 1988, cujas obras ou serviços não tenham sido iniciados ou que se encontrem paralisados quando da entrada em vigor desta Lei.”

¹⁵ Cf. FARIA, Edimur Ferreira de; DIAS, Maria Tereza Fonseca. Nova Lei do Saneamento Básico: contratos de programa e normas de caráter transitório introduzidas pela Lei nº 14.026/2020. In: FORTINI, C.; SALAZAR, G.; MASSARA, L. H. N.; CAMPOS, M. H. O. (Orgs.). **Novo Marco Legal do Saneamento Básico: aspectos administrativos, ambientais, regulatórios e tributários**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021.

¹⁶ Cf. art. 13, da Lei nº 11.107/2005.

¹⁷ PIRES, Maria Coeli Simões. A Lei nº. 14.026, de 1 de julho de 2020, e a ruptura com a hegemonia das empresas estatais de saneamento básico a partir da vedação de contrato de programa como alternativa de resiliência. In: FORTINI, C. ; SALAZAR, G.; MASSARA, L. H. N.; CAMPOS, M. H. O. (Orgs.). **Novo Marco Legal do Saneamento Básico: aspectos administrativos, ambientais, regulatórios e tributários**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021. p. 105-126. p. 112.

Este trabalho visa diagnosticar e analisar quais têm sido as respostas do Judiciário mineiro acerca das alegações e tentativas de anular os ajustes firmados entre a COPASA e os Municípios.

Trata-se de estudo desenvolvido sob a vertente jurídico social¹⁸, de caráter diagnóstico, com utilização de dados primários (legislação e acórdãos) e dados secundários (literatura especializada). Quanto aos procedimentos de coleta e análise de dados, foi efetuada análise quantitativa e qualitativa de acórdãos do TJMG sobre o tema. A seleção foi feita a partir da combinação de palavras-chave na ferramenta de busca do site do Tribunal¹⁹. Após os primeiros levantamentos a amostra de casos foi complementada por meio da técnica “bola de neve”²⁰, tendo em vista as possíveis incompletudes e falhas no sistema de busca.

As mudanças trazidas pela Lei nº 14.026/2020 - que serão tratadas após a análise dos acórdãos - visam levantar quais serão os novos (e possíveis) conflitos na aplicação da nova lei, sobretudo acerca da validade e legalidade dos ajustes firmados entre as CEBS e os Municípios nos contratos de concessão de serviços públicos de saneamento básico.

As novas vedações instituídas em lei e as mudanças promovidas exigem a descoberta/ redescoberta de alternativas provavelmente ainda não vivenciadas e que serão produto do desenvolvimento de aprofundamento de investigações no campo jurídico.

Para responder o problema formulado, o trabalho foi estruturado a partir das seguintes seções: a) a prestação dos serviços de saneamento básico no Estado de Minas Gerais; b) nulidades arguidas em face dos contratos da COPASA com os municípios mineiros, na jurisprudência do TJMG; c) mudanças da lei de diretrizes nacionais para o saneamento básico, na relação entre as CEBS e os Municípios e seus possíveis desdobramentos.

¹⁸ Que procura investigar os efeitos da norma no meio social: neste caso no âmbito do Poder Judiciário. Cf. GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa, DIAS, Maria Tereza Fonseca; NICÁCIO, Camila Silva. **(Re)pensando a pesquisa jurídica**: teoria e prática. 5 ed. revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Almedina, 2020. p. 20.

¹⁹ Ver: www.tjmg.gov.br.

²⁰ VINUTO, Juliana. A amostragem em bola de neve na pesquisa qualitativa: um debate em aberto. **Temáticas**, Campinas, n. 22, v. 44, p. 203-220, ago./dez. 2014. Disponível em: <https://www.ifch.unicamp.br/ojs/index.php/tematicas/article/view/2144/1637> Acesso em: set. 2018.

2 A PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS DE SANEAMENTO BÁSICO NO ESTADO DE MINAS GERAIS

O Estado de Minas Gerais possui 853 Municípios e 1787 distritos, sendo 853 sedes e 934 distritos urbanos.²¹

Conforme estudo da Secretaria Estadual de Meio Ambiente de Minas Gerais (SEMAD)²², que resultou na elaboração do Panorama de abastecimento de água e esgotamento sanitário, de 2021, Minas possui índices elevados de abastecimento de água e coleta de esgoto, em comparação com outras regiões do país, sem, contudo, efetuar o seu tratamento na mesma proporção.

Os principais indicadores do Estado apresentados neste estudo foram os seguintes:

- 92,9% da população urbana e 82% da população total é atendida com abastecimento de água;
- 87,64% da população urbana é atendida por coleta de esgoto;
- 53% da população urbana tem o esgoto coletado tratado;

Segundo a SEMAD, o problema da falta de tratamento do esgoto concentra-se em municípios com menos de 10.000 habitantes, que somam 570 Municípios em Minas, pois “A maior parte d[a] população atendida por tratamento encontra-se em municípios acima de 150.000 habitantes.”²³

A conclusão do estudo, quanto a universalização do saneamento em Minas Gerais, é que será necessário “[...] priorizar, primeiramente, os municípios de pequeno porte, traçando políticas públicas específicas a esse público-alvo.”²⁴

²¹ MINAS GERAIS. Secretaria de Estado de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável. **Panorama de abastecimento de água e esgotamento sanitário 2021**. Belo Horizonte: SEMAD, 2021. Disponível em: https://www.agenciaminas.mg.gov.br/ckeditor_assets/attachments/12543/panorama_abastecimento_de_agua_e_esgotamento.pdf.

²² Elaborado com base nas seguintes fontes de dados: Sistema Nacional de Informação sobre Saneamento (SNIS), Sistema Integrado de Informação Ambiental (SIAM), Sistema de Licenciamento Ambiental (SLA), vistorias realizadas no âmbito do ICMS Ecológico critério saneamento – subcritério esgotamento sanitário, planos municipais de saneamento básico, dados da Agência Reguladora de Água e Esgoto (ARSAE/MG) e da Agência Nacional de Águas (ANA).

²³ MINAS GERAIS. Secretaria de Estado de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável. **Panorama de abastecimento de água e esgotamento sanitário 2021**. Belo Horizonte: SEMAD, 2021. Disponível em: https://www.agenciaminas.mg.gov.br/ckeditor_assets/attachments/12543/panorama_abastecimento_de_agua_e_esgotamento.pdf. p. 49.

²⁴ *Idem* p. 50.

Quanto aos prestadores dos serviços, segundo os dados deste mesmo relatório, considerando a sede dos Municípios, a COPASA²⁵/COPANOR²⁶ estão presentes na maior parte deles, atendendo 64027, o que representa 75% do total. Em 207 sedes (24,3%) os prestadores são os próprios Municípios, sendo que há, apenas, 6 concessionárias privadas atuando nas sedes (0,7%). Nos distritos, a COPASA/COPANOR atendem a 420 Municípios (54%), sendo 356 deles atendidos pelas prefeituras municipais ou associações (46%).²⁸

No caso dos serviços prestados pela COPASA/COPANOR, atua como entidade reguladora a Agência Reguladora de Serviços de Abastecimento de Água e de Esgotamento Sanitário do Estado de Minas Gerais (ARSAE-MG). A ARSAE é uma autarquia especial estadual, caracterizada pela autonomia administrativa, financeira, técnica e patrimonial e está vinculada à Secretaria de Estado de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável (SEMAD).

A ARSAE:

[...] é responsável por normatizar e fiscalizar os serviços de água e de esgoto prestados pela Copasa (Companhia de Saneamento de Minas Gerais), pela Copanor (Copasa Serviços de Saneamento

²⁵ De acordo com o seu Estatuto Social (art. 1º), a Companhia de Saneamento de Minas Gerais - COPASA MG é sociedade de economia mista por ações, de capital autorizado, sob controle acionário do Estado de Minas Gerais e tem como competência planejar, executar, ampliar, remodelar e explorar serviços públicos de saneamento básico, com vistas a contribuir para o bem-estar social e para a melhoria da qualidade de vida da população. Cf. o Estatuto Social aprovado na Assembleia Geral Extraordinária, de 11/12/2020, disponível em: <https://api.mziq.com/mzfilemanager/v2/d/8bdb3906-0618-4e78-bbe3-a0be9f02d8cc/13d4a91b-d7a9-4354-b291-abe276007d25?origin=2>. Acesso em: nov. 2021.

²⁶ A Copasa Serviços de Saneamento Integrado do Norte e Nordeste de Minas Gerais S/A - COPANOR é empresa subsidiária integral da COPASA, cuja constituição foi autorizada pela Lei Estadual nº 16.698/2007. Tem por objeto planejar, projetar, executar, ampliar, remodelar, explorar e prestar serviços de abastecimento de água e de esgotamento sanitário em localidades da região Norte de Minas e das Bacias Hidrográficas dos rios Jequitinhonha, Mucuri, São Mateus, Buranhém, Itanhém e Jucuruçu. (Informações disponíveis em: <https://www.copasa.com.br/wps/portal/copanor/a-copanor/a-empresa>. Acesso em: nov. 2021).

²⁷ Trata-se do mesmo dado disponível no site da COPASA, a saber: “A Copasa atingiu, em dezembro de 2020, 640 concessões para a prestação dos serviços de abastecimento de água, atendendo a 11,8 milhões de pessoas por meio de 5,5 milhões de economias (unidades consumidoras). Em relação aos serviços de esgotamento sanitário, o número de concessões em dezembro de 2020 era de 310. Na mesma data, eram atendidas 8,3 milhões de pessoas com serviços de esgoto, por meio de 3,8 milhões de economias.” (COPASA. **Perfil corporativo**. Disponível em: <https://www.copasa.com.br/wps/portal/internet/a-copasa/a-empresa>. Acesso em: nov. 2021).

²⁸ *Idem*. p. 14-16.

Assim, em todos 640 Municípios-sede e 420 distritos atendidos pela COPASA/COPANOR, somente a ARSAE atua como agência reguladora dos serviços.

De acordo com a Lei nº 11.445/2007, a prestação dos serviços de saneamento, ou seja, o exercício de sua titularidade poderá ser realizado diretamente pelos titulares, como também por gestão associada, mediante consórcio público ou convênio de cooperação, nos termos do art. 241 da Constituição Federal (art. 8º, § 1º). Em conformidade com o art. 10 da Lei nº 11.445/2007, a prestação também poderá ser efetuada por entidade – logo, pessoa jurídica - que não integre a administração do titular por meio 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.

Conforme já explicitado, para a prestação dos serviços de abastecimento de água e coleta de esgoto, foram firmados vários arranjos jurídicos entre a COPASA e os municípios mineiros. Os primeiros, a partir dos anos 70 foram os convênios³⁰; depois vierem os contratos de concessão, firmados por contratação direta, com dispensa de licitação, com base no art. 24, VIII, da Lei nº 8.666/1993 e, em meados dos anos 2000, os convênios de cooperação e contratos de programa³¹, com dispensa de licitação, com base no art. 24, XXVII, da Lei nº 8.666/1993.

Conforme a análise de Cohen e Marcato, quando da publicação da Lei nº 11.445/2007, os Municípios, em grande parte, já eram atendidos por empresas estatais, as quais foram se consolidando, mesmo sem uma relação formal que lastreasse esse relacionamento. Os autores concluem que:

²⁹ MINAS GERAIS. ARSAE. **Sobre a Arsae- MG**. Disponível em: <http://www.arsae.mg.gov.br/sobre/>.

³⁰ Há casos, inclusive, de convênios com duração de 99 anos. Conforme dados da ARSAE, no Município de Contagem, são previstos os seguintes serviços, com os respectivos prazos dos contratos de concessão: “[1]: abastecimento de água (de 07/fev/1974 até 07/fev/2073) e de esgotamento sanitário (de 07/fev/1974 até 07/fev/2073). (MINAS GERAIS. ARSAE. **Panoramas Municipais**. Contagem. Disponível em: <http://www.arsae.mg.gov.br/2021/02/17/contagem-copasa/>. Acesso em: nov. 2021).

³¹ De acordo com o conceito trazido pelo art. 2º, inciso XVI, do Decreto nº 6.017/2007 “[...] XVI - contrato de programa: instrumento pelo qual devem ser constituídas e reguladas as obrigações que um ente da Federação, inclusive sua administração indireta, tenha para com outro ente da Federação, ou para com consórcio público, no âmbito da prestação de serviços públicos por meio de cooperação federativa.” (BRASIL. **Decreto nº 6.017, de 17 de janeiro de 2007**. Regulamenta a Lei nº 11.107, de 6 de abril de 2005, que dispõe sobre normas gerais de contratação de consórcios públicos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6017.htm. Acesso em: set. 2020).

Quando a referida Lei entrou em vigor, a expectativa era a de regularizar uma relação já existente de fato, mas sem reflexos tipificados no direito. O contrato de programa, então, teve um valor contextual e serviu para equacionar uma questão política necessária para acomodar e respaldar juridicamente os serviços que vinham sendo precariamente prestados pelas estatais.³²

Acerca dos convênios de cooperação e contratos de programa³³, traz-se à tona algumas questões jurídicas que se apresentam quanto a este arranjo. O primeiro deles é a discussão acerca da necessidade de lei autorizativa para sua constituição³⁴, tendo em vista a redação do art. 241 da Constituição da República, visto tratar-se de instrumento de descentralização administrativa desde a edição do Decreto-Lei nº 200/1967.³⁵ Quanto a este aspecto já concluímos, em trabalho anterior, que

Para a celebração de convênios de cooperação entre entes da Federação visando desenvolver determinada política pública de interesse comum, é, em princípio, desnecessária a existência de prévia lei autorizando os entes celebrar convênio de cooperação. Todavia, quando se tratar de transferência da prestação de serviço público para outro ente ou empresa estatal, o entendimento tem sido no sentido de que o ente titular do serviço, necessita de prévia autorização legislativa para delegar a prestação do serviço.”³⁶

³² COHEN, Isadora; MARCATO, Fernando; RESENDE, Natália. Gestão Associada da Prestação dos Serviços: o que muda com o Novo Marco Legal do Saneamento? *In*: DAL POZZO, Augusto Neves (coord.). **Lei Federal nº 14.026/2020: o Novo Marco Regulatório do Saneamento Básico**. São Paulo: Thomson Reuters, 2020. p. 195.

³³ Cf. PIRES, Maria Coeli Simão; NOGUEIRA, Jean Alessandro Serra Cyrino. O federalismo e a lógica cooperativa-competitiva. *In*: PIRES, Maria Coeli Simões Pires; BARBOSA, Maria Elisa Braz. **Consórcios Públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

³⁴ Desde a edição da Lei n. 11.445, em 2007, o seu art. 10 considera o simples convênio como instrumento precário para a execução dos serviços de saneamento básico, cuja delegação deveria ser efetuada, necessariamente, via convênio de cooperação, consórcio público ou concessão.

³⁵ Art. 10. A execução das atividades da Administração Federal deverá ser amplamente descentralizada. § 1º A descentralização será posta em prática em três planos principais: [...] b) da Administração Federal para a das unidades federadas, quando estejam devidamente aparelhadas e mediante convênio. (BRASIL. **Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967**. Dispõe [sobre] a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0200.htm. Acesso em: out. 2020).

³⁶ FARIA, Edimur Ferreira de; DIAS, Maria Tereza Fonseca. Nova Lei do Saneamento Básico: contratos de programa e normas de caráter transitório introduzidas pela Lei nº 14.026/2020. *In*: FORTINI, C.; SALAZAR, G.; MASSARA, L. H. N.; CAMPOS, M. H. O. (Orgs.). **Novo Marco Legal do Saneamento Básico: aspectos administrativos, ambientais, regulatórios e tributários**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021. p. 160.

No atual contexto, o convênio de cooperação e o contrato de programa passaram a ser os principais instrumentos jurídicos que regem a relação das CEBS com os Municípios, no setor do saneamento básico. E, considerando a disciplina da lei de saneamento, de 2007, este contrato passou a assumir funções análogas às de um contrato de concessão³⁷, porém com regime jurídico diverso ao da Lei Geral de Concessões (Lei nº 8.987/1995).

O arranjo do convênio de cooperação e do contrato de programa foi objeto de consulta ao Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, pela COPASA. A Consulta nº 751.717 procurou responder a seguinte indagação formulada: se os municípios para os quais ela prestava serviço de fornecimento de água tratada (potável) e esgotamento sanitário, precisavam de autorização legislativa das respectivas Câmaras Municipais para firmar contratos de programa e convênios de cooperação. E, ainda, se seria necessária prévia licitação para a prestação dos serviços.

Na sessão do dia 08/10/2008, o Tribunal Pleno da Corte de Contas mineira aprovou o parecer do relator, com a seguinte ementa:

EMENTA: Administração indireta estadual — Prestação de serviços públicos por meio de cooperação federativa — Convênio de cooperação — Transferência de competência — Necessidade de promulgação de lei estadual que estabeleça normas gerais relativas à configuração do convênio de cooperação — Promulgação de lei de iniciativa de cada ente público local para adesão ao convênio³⁸ — Contrato de programa — Desnecessidade de autorização legislativa — Dispensa de licitação.³⁹

Duas questões relevantes podem ser assinaladas do voto do Conselheiro-Relator (Eduardo Carone): 1) liberdade de escolha da entidade reguladora, pelos

³⁷ Cf. essa discussão no estudo de BORELLI, Raul Felipe. **Aspectos jurídicos da gestão compartilhada dos serviços públicos de saneamento básico**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010.

³⁸ Quanto a necessidade de promulgação de lei de iniciativa de cada ente público local para adesão ao convênio (ou consórcio público), vide esclarecimento prestado pelo Conselheiro Relator, Eduardo Carone, ao questionamento da Conselheira Adriene Andrade, na sessão do Tribunal Pleno que aprovou o relatório da Consulta. - Conselheira Adriene Andrade: Eu gostaria de fazer um questionamento ao Relator. Cada ente municipal, no caso, teria que fazer sua própria lei? - Conselheiro Eduardo Carone Costa: Sim, o município não trava contrato de cooperação porque ele envolve a transferência de atribuições que são próprias do município, para esse consórcio que vai ser firmado. [...] Quando for para se associar, porque ele associa delegando bens e patrimônio e pessoas para esse consórcio. Isso vai além da capacidade do ato de gestão. Ele aliena bens, grava bens, transfere para o consórcio que vai fazer esse grupo de cooperação.

³⁹ MINAS GERAIS. Tribunal de Contas. **Consulta nº 751.717**, de 8 de outubro de 2008. Disponível em: <https://tcjuris.tce.mg.gov.br/Home/Detalhes/751717#!>. Acesso em: out. 2020.

titulares dos serviços, neste caso, os Municípios⁴⁰; 2) necessidade de edição de legislação estadual disciplinando os convênios de cooperação⁴¹.

Contudo, conforme informações da ARSAE, apresentadas anteriormente, em que pese haver outras agências reguladoras no Estado, na área do saneamento básico, incluindo consórcios de municípios, ela regula todas as concessões da COPASA/COPANOR nos Municípios. Os convênios de cooperação, firmados com base em leis autorizativas municipais, já preveem a delegação da atividade regulatória para o Estado de Minas Gerais, a ser exercida por entidade por ele designada.⁴²

Quanto a edição de legislação estadual, não se tem conhecimento de norma jurídica específica que tenha disciplinado os convênios de cooperação no âmbito do Estado, sendo identificadas como leis de matérias correlatas a Lei nº 18.036/2009⁴³ e a Lei nº 11.720/1994⁴⁴, porém ambas não disciplinaram os convênios de cooperação no Estado.

Visando justamente buscar segurança jurídica na matéria, a Lei nº 14.026/2020 incluiu o § 4º, no art. 1º, da Lei nº 11.107/2005, para determinar que aos convênios de cooperação devem-se aplicar, no que couber, as disposições relativas aos consórcios públicos.

Quanto a questão da licitação para a contratação da concessionária dos serviços de saneamento, a Lei nº 8.666/93 arrola no art. 24 as situações ou hipóteses em que a licitação é, supostamente, dispensável, relacionando-se ao presente caso os incisos VIII e XXVI.

Conforme já assentado em trabalho anterior:

Os incisos VIII e o XXVI, em princípio, estão revogados para a gestão associada de serviços público de saneamento básico,

⁴⁰ Conforme o seguinte trecho do voto do Conselheiro Relator: “Enfatizados os preceitos legais aplicáveis à espécie, vislumbra-se que as atividades de regulação e de fiscalização não podem ficar a cargo da empresa prestadora do serviço, cabendo ao ente público local titular designar a entidade que atuará nas áreas citadas.” (MINAS GERAIS. Tribunal de Contas. *Op. Cit.* p. 16).

⁴¹ Conforme o seguinte trecho do voto do Conselheiro Relator: “Concluo, com fundamento nos dispositivos constitucionais e ordinários aplicáveis à espécie, que se exige a promulgação de lei ou leis que estabeleça(m) as normas gerais pertinentes à configuração do convênio de cooperação. Nesse contexto, entendo que o Estado de Minas Gerais deverá disciplinar, por meio de lei, os principais requisitos e contornos pertinentes aos convênios de cooperação a serem celebrados com os municípios, no campo da política de saneamento básico, atendidas as estipulações da Lei Federal nº 11.445/07” (MINAS GERAIS. Tribunal de Contas. *Op. Cit.* p. 18).

⁴² Os documentos firmados e as leis autorizativas possuem conteúdos muito semelhantes entre si. No site da ARSAE encontra-se boa parte desta documentação. Cite-se, à título de exemplo, o convênio de cooperação do Município de São José do Manteninha, contendo a delegação de regulação da atividade pela ARSAE. Disponível em: http://www.arsae.mg.gov.br/images/documentos/sao_joao_do_manteninha_anexo.pdf.

⁴³ Que dispõe sobre a constituição de consórcios públicos no Estado e dá outras providências.

⁴⁴ Que trata da Política Estadual de Saneamento Básico.

especialmente este último, pelo art. 13, § 8º, da Lei nº 11.107/2005, introduzido pela Lei nº 14.026/2020, considerando o princípio do ordenamento jurídico pátrio, segundo o qual, a lei específica revoga dispositivos de lei geral que com ela conflitam.⁴⁵

A conclusão a que se chega é que as empresas estatais de saneamento, somente poderão contratar com entes da Federação, se forem classificadas em procedimento licitatório, a ser realizado na modalidade concorrência. Então concluímos que

Dessa forma, a COPASA, por exemplo, vencidos os atuais convênios com os municípios para os quais presta serviços de fornecimento de água potável e de esgotamento sanitário ou reconhecida/declarada a sua ilegalidade, terá que se submeter a licitações realizadas pelos municípios, se tiver interesse em continuar prestando os referidos serviços nos Municípios.⁴⁶

Considerando o exposto, como as questões ora levantadas foram objeto de discussão em acórdãos do TJMG, passa-se a análise de seus acórdãos.

3 NULIDADES ARGUIDAS EM FACE DOS CONTRATO DA COPASA COM OS MUNICÍPIOS MINEIROS: estudo da jurisprudência do TJMG

Conforme já descrito, considerando o fato de que a COPASA é a principal prestadora dos serviços de abastecimento de água e coleta de esgoto no Estado, diversos conflitos entre a Companhia e os Municípios mineiros foram apreciados pelo Poder Judiciário.

A partir da pesquisa direta no site do TJMG, por meio das palavras-chave “nulidade, licitação, COPASA, saneamento básico” em suas diversas combinações e o levantamento dos demais casos por meio de suas próprias referências (amostragem “bola de neve”), foram levantados 21 acórdãos⁴⁷ que questionaram a legalidade dos contratos firmados, conforme dados da Quadro 1, em Anexo. Foram analisados tão somente os acórdãos proferidos pelas Câmaras Cíveis da Corte mineira e do Tribunal

⁴⁵ FARIA, Edimur Ferreira de; DIAS, Maria Tereza Fonseca. Nova Lei do Saneamento Básico: contratos de programa e normas de caráter transitório introduzidas pela Lei nº 14.026/2020. In: FORTINI, C.; SALAZAR, G.; MASSARA, L. H. N.; CAMPOS, M. H. O. (Orgs.). **Novo Marco Legal do Saneamento Básico: aspectos administrativos, ambientais, regulatórios e tributários**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021. p. 163.

⁴⁶ *Ibidem*.

⁴⁷ Os dados não podem ser considerados exaustivos, pois a incompletude da base de dados e a forma como os acórdãos são indexados impedem a certeza acerca do universo de julgados sobre o tema.

Pleno (ADI) em sede de reexame necessário, agravo de instrumento ou apelação, havendo, portanto, casos, em que não houve a coisa julgada.

Os objetos das ações, em síntese, dizem respeito à:

- ilegalidade da dispensa de licitação do art. 24, inciso VIII, da Lei nº 8.666/93;
- ilegalidades do procedimento de contratação direta;
- ilegalidade de termo aditivo de contrato, sem licitação;
- nulidade do contrato de concessão, pela ausência de metas de universalização dos serviços;
- nulidade do contrato de concessão, pela ausência de disponibilização do serviço em certos pontos do Município (Caso de Esmeraldas);
- inconstitucionalidade de lei municipal, por vício de iniciativa, que revogou a autorização para celebrar convênio de cooperação do Município de Araçuaí com o Estado;
- improbidade administrativa na renovação do contrato oito anos antes da expiração do prazo do contrato em vigência, no Município de Itajubá;
- suspensão dos efeitos da decisão que declarou a nulidade do contrato da COPASA/MG para a prestação dos serviços públicos de saneamento básico;
- nulidade de cláusula de contrato de concessão que permite a venda de bens públicos, sem a necessária transparência.

Quanto a natureza das ações, os 21 acórdãos analisados foram classificados da seguinte forma:

- 12 são ações populares, propostas por cidadãos, para questionar a legalidade dos contratos, em diversos dos seus aspectos;
- 5 são ações ordinárias propostas pela COPASA para anular processos administrativos dos Municípios (Casos de Montes Claros, Andradas, Extrema, Mirabela e Nova Serrana), que declararam a nulidade ou a extinção dos contratos de concessão em processo administrativo;
- 1 Ação Direta de Inconstitucionalidade, proposta pelo Prefeito de Araçuaí, para declarar a inconstitucionalidade de lei municipal, por vício de iniciativa, que revogou a autorização para celebrar convênio de cooperação com o Estado de Minas Gerais, para a prestação dos serviços de saneamento básico;
- 2 Ações Cíveis Públicas, sendo 1 ação proposta pelo Ministério Público visando declarar a extinção do contrato de concessão do serviço de abastecimento de água, no Município de Igaratinga e 1 ação proposta pela Associação de Proteção e Defesa do Consumidor de Alfenas e Região

(APRODECON) visando, notadamente, a declaração da nulidade do Contrato de Concessão firmado entre o Município de Alfenas e a COPASA, que permitiu, indevidamente, a alienação de bens públicos do Município.

- 1 Ação Civil Pública, por improbidade administrativa, proposta pelo Ministério Público, para a declaração de ilegalidade na renovação do contrato, oito anos antes da expiração do prazo do contrato em vigência, no Município de Itajubá.

Considerando esta classificação acerca da natureza das ações, passa-se a análise qualitativa dos acórdãos.

3.1 Ações populares

Em 9 ações populares⁴⁸, a Corte Mineira não acatou o pedido de nulidade do contrato de concessão, o que ocorreu apenas no caso do Município de Três Corações.

Nessas ações muito se discutiu acerca da legitimidade ativa do autor popular e das provas que foram carreadas nos autos, visando declarar a nulidade dos ajustes (convênios e contratos)

Acerca deste aspecto, a conclusão mais frequente encontrada na amostra de acórdãos analisados, pode ser ilustrada pela decisão da Ação Popular proposta visando declarar a nulidade dos convênios firmados entre o Município de Lavras e a COPASA, em 2005 e 2006.

Conforme ficou consignado na ementa do Acórdão proferido pela 7ª Câmara Cível, sob a relatoria do Des. Washington Ferreira:

[...] III. O binômio "ilegalidade-lesividade" hão de concorrer necessariamente para o êxito da Ação Popular;
IV. A ausência de prova da ilegalidade (no sentido de ato nulo) e da lesividade (que significa prejuízo de ordem econômica ao patrimônio público, ou à moralidade ou ao meio ambiente), impõe a improcedência da Ação Popular.

Dada a complexidade da questão envolvendo prestação de serviços públicos e contratos de concessão, percebe-se que os autores populares não dispunham de informações suficientes e necessárias para obter a nulidade pretendida dos contratos, razão pela qual as decisões fizeram menção a ausência de prova da ilegalidade e da lesividade. Outro fato percebido na leitura do inteiro teor dos acórdãos das ações

⁴⁸ Referente aos Municípios de Montes Claros, Cataguases 1, Campo Florido, Belo Horizonte, Cataguases 2, Congonhas, Esmeraldas, Ubá, Divinópolis, Varginha, Lavras e Nanuque.

populares, é que essas decisões se autorreferenciavam-se, ou seja, um ou dois casos é que efetivamente serviram de fundamento para os acórdãos subsequentes.

No mérito, entendeu-se que as nulidades não se configuraram devido ao fato da COPASA ser sociedade de economia mista, que presta serviço público essencial. É o que ficou consignado no acórdão do Município de Cataguases, cujo argumento foi replicado em praticamente todas as demais ações populares, a saber: “A COPASA, na condição de sociedade de economia mista, que presta serviço público essencial, não busca lucro, mas apenas a manutenção de seu equilíbrio econômico-financeiro.”⁴⁹

No caso do Município de Montes Claros, os autores populares propuseram a ação contra o Município e a COPASA com a pretensão de

[...] declaração de nulidade do contrato registrado sob o nº 1279580, em 31/07/2018, celebrado entre o Município de Montes Claros e a COPASA, que tinha por objeto a prestação de serviços públicos de abastecimento de água e de esgotamento sanitário na Sede municipal de Montes Claros e seus Distritos, conforme autorizado pela Lei Municipal nº 5.059/18.⁵⁰

Neste caso, a decisão da 1ª Câmara Cível, sob a relatoria do Des. Washington Ferreira, foi semelhante à de Cataguases⁵¹, transcrita anteriormente, porém enfrentou também a legalidade da dispensa de licitação, concluindo pela sua legalidade, conforme a ementa do Acórdão, a saber:

I. Segundo a disposição contida no artigo 24, VIII, da Lei Federal nº 8.666/93, revela-se dispensável a licitação para a aquisição, por pessoa jurídica de direito público interno, de serviços prestados por órgão ou entidade que integre a Administração Pública e que tenha sido criado para esse fim específico, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado.

⁴⁹ MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 1.0443.07.033721-9/005**. Relator: Des. Carlos Levenhagen, 5ª Câmara Cível. Julgamento em 18/04/2013, publicação da súmula em 24/04/2013.

⁵⁰ MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Ação Popular - Remessa Necessária - **Cv 1.0000.21.114672-5/001**.

⁵¹ Consta da ementa do acórdão, a seguinte decisão: II. A COPASA, enquanto sociedade de economia mista por ações, de capital autorizado, sob controle acionário do Estado de Minas Gerais, tem como competência planejar, executar, ampliar, remodelar e explorar serviços públicos de saneamento básico, com vistas a contribuir para o bem-estar social e para a melhoria da qualidade de vida da população, não possuindo como objetivo primordial a obtenção de lucro.

O caso do Município de Nanuque merece também ser mencionado, pois houve decisão do juízo *a quo* anulando o contrato de concessão, porém esta decisão foi revista pela 5ª Câmara Cível, a partir do voto do Des. Relator Carlos Levenhagen. Há também outra ação referente a este mesmo Município no sentido de que, em virtude da declaração desta nulidade a COPASA não detém direito à indenização prévia.⁵²

Contudo, no âmbito dessas ações populares, no caso do município de Três Corações, a decisão foi diametralmente oposta às anteriores. O objeto da ação consistiu em pedido para anular termo aditivo ao contrato firmado com a COPASA, para incluir os serviços de esgotos sanitários sem licitação prévia.

Na ementa do acórdão proferido pela 1ª Câmara Cível, as apelações da COPASA e do Município foram desprovidas, tendo sido reconhecidas as ilegalidades arguidas. Concluiu-se, nesse sentido, que:

Com o advento da Lei nº 8.987/95, conforme disposição constante de seu artigo 43, foram extintas todas as concessões de serviços públicos outorgadas sem licitação, na vigência da Constituição da República de 1988, ou anteriores a ela, se as obras ou serviços não foram iniciados. Dessa forma, o ato administrativo combatido - Termo Aditivo de fs. 10-16 - foi praticado com base em legislação municipal revogada, qual seja, a Lei nº 1.468, de 10 de junho de 1980. *In casu*, resta caracterizada a ilegalidade do ato impugnado, seja pela ausência de prévia licitação para a realização das obras e serviços, seja porque implementada a cobrança de serviço ainda não disponibilizado de forma específica e facultativa aos munícipes.

Não é unânime, portanto, na Corte mineira, a legalidade da dispensa de licitação para a contratação da COPASA, argumento que se sobressai nas ações ordinárias, analisadas a seguir.

3.2 Ações ordinárias de nulidade de atos/processos administrativos

No caso das 5 ações ordinárias propostas pela COPASA para suspender efeitos de decisões administrativas proferidas pelo Chefe do Poder Executivo local, que anularam o contrato de concessão dos serviços, 4 acórdãos reconheceram a declaração de nulidade,

⁵² Em sede de Agravo de Instrumento, com decisão proferida em 06/05/2021, a 5ª Câmara Cível concluiu que “O Superior Tribunal de Justiça sedimentou a compreensão no sentido de que, declarada a nulidade da permissão outorgada sem licitação pública (hipótese dos autos), não se pode condicionar o termo final do contrato ao pagamento prévio de eventual indenização, cabendo ao Poder Público a retomada imediata da prestação do serviço, até a realização de nova licitação.” (Reexame Necessário-Cv 1.0153.05.040749-0/001). Este processo, por não tratar de nulidade de contrato de concessão, não foi incluído na amostra de acórdãos deste estudo.

exceto no caso do Município de Mirabela. As decisões foram proferidas em Agravo de Instrumento, considerando tratar-se de processos bastante recentes.

No segundo caso do Município de Montes Claros envolvendo a concessão da COPASA, o fato que deu ensejo à ação ordinária proposta pela Companhia estadual foi o seguinte:

O contrato firmado entre as partes sob o regime da concessão de serviços públicos foi declarado nulo, na via administrativa, ao fundamento de que a ilegalidade não se restringe à sua renovação sem observância de licitação, mas também porque é absolutamente desconforme às previsões constantes na Lei nº 8.987/95.

A decisão de primeiro grau deferiu parcialmente o pedido de antecipação dos efeitos da tutela para determinar a suspensão de trechos da decisão do processo administrativo levado a cabo pelo Município. Em sede de Agravo de Instrumento, porém, a decisão foi reformada para manter a decisão do Município.

No acórdão proferido pela 3ª Câmara Cível, sob a relatoria Des. Jair Varão, concluiu-se que: “A concessão de serviço público, após a vigência da Constituição da República/88 depende, sempre, da realização de prévio procedimento licitatório, não se aplicando, portanto, as hipóteses de dispensa de licitação previstas no art. 24 da Lei nº 8.666/93.”

No caso da Ação Ordinária do Município de Andradadas, a decisão da 7ª Câmara Cível concluiu que não cabe dispensa de licitação para a contratação da COPASA nos contratos de concessão de serviço público, por se tratar de sociedade de economia mista que explora atividade econômica:

[...] III - A Lei nº 8.666/93, em seu art. 24, elenca as hipóteses de dispensabilidade da licitação, restando, entre elas, o inciso VIII, que aduz que é dispensado o procedimento licitatório para a aquisição, por pessoa jurídica de direito público interno, de bens produzidos ou serviços prestados por órgão ou entidade que integre a Administração Pública e que tenha sido criado para esse fim específico em data anterior à vigência desta Lei, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado.

IV - Contudo, a referida dispensa não pode ser aplicada à Copasa. Isso porque as empresas públicas e sociedades de economia mista que se dedicam à exploração de atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços sujeitam-se ao regime jurídico das empresas privadas (CF, 173), em consonância com os princípios constitucionais da livre concorrência e da isonomia, e não podem ser contratadas com dispensa de licitação fundamentada no art. 24, inciso VIII, da Lei 8.666/1993.

Este acórdão, em que pese conter os mesmos argumentos do caso de Montes Claros, tomou como base a jurisprudência do STJ⁵³. E o mesmo conteúdo deste acórdão foi reproduzido no caso de Nova Serrana, pela 3ª Câmara Cível, sob a relatoria do Des. Elias Camilo.⁵⁴

No caso do Município de Extrema, o julgado entendeu que a dispensa de licitação seria possível⁵⁵, porém que o Município pode declarar a extinção da concessão de serviço público pela encampação ou pela caducidade (Lei 8.987/95, art. 35). Nesse contexto, o acórdão, de relatoria do Des. Fábio Torres de Sousa (JD Convocado), no âmbito da 8ª Câmara Cível, concluiu pela:

Manutenção dos efeitos da decisão administrativa tomada para rescisão do contrato, sob pena de ingerência indevida do Poder Judiciário sem demonstração cabal de vício grave apto a comprometer a integridade do ato administrativo adotado.
[...] o ente municipal tem autonomia para estabelecer a melhor forma para fiscalizar e regulamentar o cumprimento das obrigações provenientes dos convênios pactuados por ele com companhias prestadoras de serviço.

No caso do Município de Mirabela – cuja decisão foi contrária às demais Ações Ordinárias propostas pela COPASA – as alegações apresentadas em sede recursal, para que fosse mantida a decisão administrativa de nulidade do contrato de concessão, foram as seguintes:

⁵³ Seguem as referências apresentadas no acórdão para sua fundamentação: STJ - AREsp: 826883 RJ 2015/0314079-8, Relator: Ministro Sérgio Kukina, Data de Publicação: DJ 29/09/2017 e seus respectivos precedentes: STJ - AgInt no REsp: 1712925 RJ 2017/0280879-0, Relator: Ministro Herman Benjamin, Data de Julgamento: 12/02/2019, T2 – 2ª Turma, Data de Publicação: DJe 11/03/2019; STJ - REsp 1.197.406/MS, Rel.^a Ministra Eliana Calmon^{2ª} Turma, DJe 22/8/2013; STJ - AgInt no AREsp 721.712/DF, Rel. Ministro Humberto Martins, 2ª Turma, julgado em 02/06/2016, DJe 08/06/2016; STJ - AgRg no REsp 1296116/RN, Rel. Ministro Olindo Menezes, 21ª Turma, julgado em 17/11/2015, DJe 02/12/2015; STJ - REsp 1.220.256/MT, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, 2ª Turma, DJe 27/4/2011.

⁵⁴ Eis o conteúdo central da ementa do acórdão: “A dispensa de licitação não se aplica às sociedades de economia mista, como é o exemplo da COPASA, que se dedica à exploração de atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, sujeitando-se ao regime jurídico das empresas privadas.”

⁵⁵ A partir do seguinte entendimento: “Nos termos do art. 6º da Lei 8.666/93, a COPASA, como Sociedade de Economia Mista, submetida ao regime jurídico do direito privado, voltada exclusivamente à prestação de serviços de água e esgoto (art. 1º da Lei Estadual n. 6.084/1973), classifica-se como entidade integrante da Administração Pública, razão pela qual se incluía no rol dos sujeitos dos quais estaria dispensa do procedimento licitatório.”

- a) a decisão proferida em primeiro grau implica em ônus demasiado à gestão dos recursos públicos de um município de pequeno porte, uma vez que os serviços não mais estão sendo prestados a contento, sendo que as tarifas estão muito elevadas, além de representar a dissensão da capacidade de autoadministração municipal.
- b) a concessão dos serviços públicos deve, necessariamente, ser precedida de procedimento licitatório, devendo ser declarada a nulidade da contratação que não observou essa regra;
- c) o processo administrativo que culminou com a declaração de nulidade do contrato de concessão foi regular e legítimo;
- d) não pode o Poder Judiciário se imiscuir em assuntos de competência do Poder Executivo.

Contudo, as alegações não foram acatadas, ficando consignado no Acórdão proferido pela 1ª Câmara Cível, sob a relatoria do Des. Armando Freire⁵⁶ que:

A COPASA é órgão da Administração Indireta do Governo Estadual (sociedade de economia mista), institucionalizada com a finalidade de prestar, em Minas Gerais, serviços públicos de saneamento básico. Enquadra-se como órgão destinatário daquela norma, eis que foi criada exatamente para o fim previsto no contrato, podendo realizar os serviços por intermédio de convênios ou contratos de concessão, firmados com os municípios interessados.

Observa-se, portanto, que diversamente do que ocorreu na maioria das Ações Populares propostas, as decisões mais recentes da Corte passaram a reconhecer a ilegalidade dos contratos firmados com dispensa de licitação, quando declarados nulos pelos Municípios.

3.3 Ação Direta de Inconstitucionalidade

Para discutir a nulidade dos contratos de concessão da COPASA, o Prefeito de Araçuaí propôs ação Direta de Inconstitucionalidade, requerendo a declaração de inconstitucionalidade da Lei Municipal nº 315, de 13 de fevereiro de 2015. O pedido formulado baseou-se na alegação de que a norma padece de vício de iniciativa, porquanto dispõe sobre matéria de competência legislativa do Poder Executivo Municipal, atinente à organização e funcionamento da administração pública local. Em suas alegações, a Câmara Municipal alegou que a lei revogada desrespeitou a Lei Federal nº 11.445, de 05

⁵⁶ O próprio Des. Armando Freire havia sido relator da Ação Popular de Campo Florido (Apelação Cível 1.0701.07.191475-1/001) e, neste caso, proferiu decisão no mesmo sentido da anterior. E o voto também utilizou como precedente da Corte o caso da Ação Popular de Cataguases I, de relatoria do Des. Rel. Des.(a) Carlos Levenhagen.

de janeiro de 2007, dispondo ser condição de validade do contrato de prestação de serviços públicos de saneamento básico, "a realização prévia de audiência e de consulta públicas sobre o edital de licitação, no caso de concessão, e sobre a minuta do contrato". Em que pese afirmar textualmente que a análise da licitação “foge ao objeto de exame da via da ação concentrada”, consta na ementa do acórdão que:

A celebração de convênios constitui função de competência privativa do Poder Executivo, cabendo ao Poder Legislativo local apenas a fiscalização de sua celebração e execução. É inconstitucional lei de iniciativa da Câmara dos Vereadores que revoga lei, cuja matéria é de iniciativa privativa do Poder Executivo. Para a revogação da lei, necessário seria o juízo de conveniência e oportunidade do ente competente para a sua instituição. A Lei n.º 8.666/93 em seu art. 24, inciso XXVI (Lei das Licitações) permite a celebração de contrato de programa para prestação de serviços públicos de forma associada, nos termos autorizados em contrato de consórcio público ou em convênio de cooperação, dispensando a licitação.

Diante do pedido de declaração de inconstitucionalidade formulado e da afirmação de que a licitação foge ao objeto de exame da ADI, conclui-se, portanto, que o órgão especial do TJMG não analisou a constitucionalidade da dispensa de licitação dos convênios de cooperação firmados pela COPASA com os Municípios, mas tão somente o vício de iniciativa da lei municipal.

3.4 Ações Cíveis Públicas

Na Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais visando declarar a extinção do contrato de concessão do serviço de abastecimento de água, no Município de Igaratinga, foram apresentadas como principais alegações:

- 1) a obrigatoriedade de realização de licitação, pelo Município de Igaratinga, para a contratação dos serviços públicos de abastecimento de água, coleta e tratamento de esgoto, ainda que celebrado o negócio jurídico com a COPASA;
- 2) a ilegalidade da cláusula contratual que prevê a possibilidade de renovações sucessivas do contrato de concessão de serviços públicos.

A decisão proferida pela 4ª Câmara Cível, sob a relatoria da Des. Ana Paula Caixeta, distoa dos demais acórdãos analisados anteriormente, pois ao mesmo tempo

em que declara extinto o contrato firmado com a COPASA⁵⁷, “autoriza” a contratação direta, sem licitação, com fundamento no art. 24, inciso VIII, da Lei nº 8.666/93.

Eis o conteúdo do dispositivo do Acórdão, no qual decidiu-se:

I) Declarar extinto o "Contrato de Concessão para Execução e Exploração de Serviços de Água", celebrado entre o Município de Igaratinga e a COPASA/MG - Companhia de Saneamento do Estado de Minas Gerais, na data de 09 de dezembro de 1.982, admitida, excepcionalmente, a sua prorrogação, por mais 06 (seis) meses, contados da publicação desta decisão, a fim de que a população do município não fique privada da prestação de um serviço público essencial;

II) Autorizar a contratação direta da COPASA/MG - Companhia de Saneamento do Estado de Minas Gerais pelo Município de Igaratinga, com fundamento no art. 24, inciso VIII, da Lei nº 8.666/93, mediante a instauração de processo administrativo para a formalização do instrumento contratual e da justificativa da dispensa, sendo vedada a celebração de convênio.

Na Ação Civil Pública proposta pela Associação de Proteção e Defesa do Consumidor de Alfenas e Região (APRODECON) visando, notadamente, a declaração da nulidade do Contrato de Concessão firmado entre o Município de Alfenas e a COPASA, no tocante a alienação ilícita de bens públicos do Município, o pedido foi acatado.

A 8ª Câmara Cível, após prejudicada a análise da inconstitucionalidade da legislação municipal, sob o voto condutor da Desª Teresa Cristina da Cunha Peixoto, concluiu que:

[...] 2. A cláusula que em contrato de concessão permite a venda de bens públicos sem a necessária transparência é eivada de nulidade, na medida em que editada em afronta aos princípios da publicidade, impessoalidade e moralidade que devem nortear a atividade administrativa.

⁵⁷ A extinção do contrato foi declarada com base nos seguintes fatos e fundamentos jurídicos apresentados no voto da Desª Relatora: “[...] o contrato foi celebrado em dezembro de 1.982 e, portanto, antes da Constituição de 1.988, tendo vigido até dezembro de 2012 (término do prazo de 30 anos), quando, então, passou a gerar efeitos em virtude da Cláusula nº 21, cuja ilegalidade foi reconhecida. A conclusão a que se chega é a de que o contrato está extinto; contudo, à luz da norma trazida pelo art. 42, § 2º, da Lei nº 8.987/95, para que o Município de Igaratinga possa realizar nova contratação e para que a população não fique impossibilitada de usufruir de um serviço de natureza essencial, entendo que o contrato deverá vigor, excepcionalmente, por mais 06 (seis) meses, findo o qual estará extinto, de pleno direito.”(TJMG - **Apelação Cível 1.0000.18.075648-8/002** – Processo nº 5001787-57.2018.8.13.0471 (1)).

Nessas duas ações civis públicas, portanto, houve o reconhecimento, de alguma maneira, da nulidade dos contratos.

3.5 Ação Civil Pública por improbidade administrativa

A ação foi proposta pelo Ministério Público, para a declaração de ilegalidade na renovação do contrato de concessão com a COPASA, oito anos antes da expiração do prazo do contrato em vigência, no Município de Itajubá, sendo que os pedidos formulados foram indeferidos.

O Acórdão prolatado pela 1ª Câmara Cível do TJMG, sob a relatoria da Desª Vanessa Verdolim Hudson Andrade, considerando a ausência de ilegalidade e lesividade, bem como ausência de comprovação de prejuízo ao erário ou enriquecimento ilícito do agente público, além de ausência de dolo ou culpa, bem como impossibilidade de sua presunção, concluiu, quanto ao mérito, que:

A COPASA é o órgão da Administração Indireta do Governo Estadual (sociedade de economia mista) e foi criada (Lei nº 6.084/73) para institucionalizar a prestação de serviço público de saneamento básico. Assim, pode-se convir que a COPASA enquadra-se como "criada para esse fim específico", consoante dispõe a norma do inc. VIII do art. 24 da Lei nº 8.666/93, podendo realizar seus serviços mediante convênios ou contratos de concessão, realizados com os municípios interessados.

Interessante lançar luzes ao voto do Des. Armando Freire, na sessão de julgamento do processo em reexame necessário, pois o foco da decisão refere-se à caracterização ou não do ato de improbidade administrativa. Afirmou o relator que:

Com efeito, também não vislumbro, em todos os elementos que compõem as questões suscitadas no processo, a confluência daqueles requisitos ou daquilo que pudesse configurar e caracterizar qualquer ato de improbidade administrativa. Não vislumbro, na renovação, ainda que pela extensão um tanto prolongada no tempo, uma lesão ao interesse público que pudesse comprovar, na forma de agir dolosa ou mesmo culposa dos agentes envolvidos, esse questionado ato de improbidade administrativa.

Assim, as especificidades das provas e do elemento volitivo da conduta é que foram elementos centrais para que a contratação fosse considerada regular.

Conforme será visto a seguir, todas as questões jurídicas que foram objeto de questionamento nos acórdãos da jurisprudência mineira sobre a relação da

COPASA com os Municípios, tendem a se manter como questões jurídicas, mesmo após a edição da Lei nº 14.026/2020, que deixou em aberto a possibilidade de discussão da regularidade dos contratos e da operação dos serviços.

4 MUDANÇAS DA LEI DE DIRETRIZES NACIONAIS PARA O SANEAMENTO BÁSICO, NA RELAÇÃO ENTRE AS CEBS E OS MUNICÍPIOS

Considerando a questão das relações jurídicas dos Municípios com as companhias estaduais de saneamento, a Lei nº 14.026/2020 promoveu alterações significativas.

Diversamente do que está previsto na Lei nº 11.107/2005, os consórcios intermunicipais para a gestão associada dos serviços de saneamento somente poderão ser constituídos por Municípios, que poderão prestar o serviço aos seus consorciados diretamente a partir da instituição de autarquia intermunicipal (art. 8º, § 1º, I, Lei nº 11.445/2007). O dispositivo, portanto, rechaçou a figura do convênio de cooperação e contrato de programa, que vinham sendo largamente utilizados para a contratação da COPASA/COPANOR, ao menos no âmbito do Estado de Minas Gerais.

Além disso, os consórcios intermunicipais de saneamento básico estão proibidos de formalizar contrato de programa com sociedade de economia mista ou empresa pública ou a subdelegar o serviço prestado pela autarquia intermunicipal, sem prévio procedimento licitatório (art. 8º, § 1º, II, Lei nº 11.445/2007).

A regra de caráter transitório que permitiria a manutenção dos contratos de programa dos municípios com as companhias estaduais de saneamento foi objeto de veto do presidente da República (art. 16 da Lei nº 14.026/2020), mantido pelo Congresso Nacional.

O dispositivo vetado previa que 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 poderiam ser reconhecidas como contratos de programa e formalizadas ou renovados, mediante acordo entre as partes, até 31 de março de 2022. E que tais contratos (reconhecidos ou renovados) teriam prazo máximo de vigência de 30 (trinta) anos.

As razões de veto⁵⁸ apresentadas pelo Presidente da República para não sancionar o dispositivo foram as seguintes: 1) o prazo da proposta era muito extenso;

⁵⁸ A análise das razões de veto apresentadas na Lei nº 14.026/2020 encontram-se em: DIAS, Maria Tereza Fonseca. Vetos opostos à nova lei de licitações e contratos administrativos (lei 14.133/21) foram apreciados pelo Congresso Nacional. **Migalhas de Peso**, 7 de junho de 2021.

2) a renovação postergaria soluções para os impactos ambientais e de saúde pública decorrentes da falta de saneamento básico; 3) limitava a livre iniciativa e a livre concorrência no setor. A regra também foi considerada descompassada dos objetivos do novo marco legal do saneamento básico que orienta a celebração de contratos de concessão, mediante prévia licitação.

Ficou vigente, nesse contexto, o art. 17 da Lei nº 14.026/2020, que estabelece que 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.

O veto acentuou a diretriz geral que parece ter sido traçada pela Lei nº 14.026/2020, segundo a qual os serviços deixarão de ser prestados pelas companhias estaduais e passarão a ser objeto de contratação com empresas do setor, permitindo a ampliação da participação do setor privado nos serviços de saneamento básico.

Outro aspecto que chama a atenção na nova lei foi a preocupação em disciplinar a validade dos ajustes firmados antes da entrada em vigor da Lei nº 14.026/2020, buscando distinguir situações “regulares”, “irregulares” e “provisórias”:

Art. 3º Para fins do disposto nesta Lei, considera-se: [...]

IX - contratos regulares: aqueles que atendem aos dispositivos legais pertinentes à prestação de serviços públicos de saneamento básico;

XIII - operação regular: aquela que observa integralmente as disposições constitucionais, legais e contratuais relativas ao exercício da titularidade e à contratação, prestação e regulação dos serviços;

[...]

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.

§ 8º Os contratos provisórios não formalizados e os vigentes prorrogados em desconformidade com os regimentos estabelecidos nesta Lei serão considerados irregulares e precários.

Considerando os acórdãos estudados neste trabalho e a tendência mais recente de alguns Municípios mineiros estarem declarando a nulidade dos contratos

de programa, em âmbito de processo administrativo, a discussão acerca da regularidade dos contratos e da operação regular dos serviços tenderá a se acentuar, pois a necessidade desta aferição está prevista em lei. Há ainda que ser considerado, conforme a previsão do art. 10 da Lei nº 11.445/2007, o problema da existência de contratos provisórios ou de contratos vigentes, prorrogados em desconformidade com os regramentos estabelecidos no ordenamento jurídico. Nesse contexto, a ausência de licitação de diversos desses contratos certamente será objeto de discussão no âmbito do Poder Judiciário, com base no art. 43 da Lei nº 8.987/1995.

Não por outra razão, ao refletir sobre a questão da ruptura com a hegemonia das empresas estatais de saneamento básico, após o advento da Lei nº 14.026/2020, Maria Coeli Simões Pires descreve cenário não muito alvissareiro, ao afirmar que:

[...] o que se vislumbra é o risco de quebra de continuidade prestacional, ou de desorganização das atividades do setor, pelo menos em caráter transitório, **com desdobramentos na esfera judicial**, seja na perspectiva dos titulares dos serviços na busca de defesa da respectiva autonomia, seja por parte das empresas estatais que hoje detêm estrutura, informações e tecnologias essenciais aos serviços.⁵⁹

O diagnóstico apresentado neste estudo pode, nesse contexto, auxiliar na compreensão de alguns aspectos que entraram em jogo após o advento do novo marco regulatório do saneamento.

5 CONCLUSÕES

A análise dos acórdãos levantados, se vista do ponto de vista meramente quantitativo, demonstra que, dos 21 casos catalogados, o TJMG determinou a anulação de 7 e manteve 14 contratos de concessão (ou partes destes contratos) de Municípios com a COPASA.

Contudo, é preciso considerar, do ponto de vista qualitativo, que há diferenças de posicionamento da Corte, a depender do tipo de ação, dos seus proponentes e das provas constituídas nos autos. Tratando-se de ações populares propostas por cidadãos, não foram acatados, de forma majoritária, os pedidos de nulidade dos contratos, porém a Corte levou em consideração os critérios específicos a serem atendidos neste tipo de ação

⁵⁹ PIRES, Maria Coeli Simões. A Lei nº. 14.026, de 1 de julho de 2020, e a ruptura com a hegemonia das empresas estatais de saneamento básico a partir da vedação de contrato de programa como alternativa de resiliência. In: FORTINI, C.; SALAZAR, G.; MASSARA, L. H. N.; CAMPOS, M. H. O. (Orgs.). **Novo Marco Legal do Saneamento Básico: aspectos administrativos, ambientais, regulatórios e tributários**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021. p. 122.

(legalidade e lesividade), para análise das situações concretas e a manutenção dos contratos. Em muitos casos, não tendo sido indicada a lesividade, as ações foram indeferidas, mesmo sem a análise da legalidade, em todos os casos.

Quando as ações foram promovidas pela COPASA visando anular processos administrativos que declararam a nulidade ou extinção dos contratos, a Corte se mostrou mais favorável aos Municípios, reconhecendo, inclusive, a não ingerência do Poder Judiciário nas decisões das autoridades administrativas locais, bem como a autonomia municipal.

Os acórdãos analisados demonstram claro dissenso acerca da contratação direta, pelos Municípios, por dispensa de licitação, das companhias estaduais. Foram apresentadas decisões que reconhecem e outras que negam a dispensa de licitação, com base no art. 24 da Lei nº 8.666/1993 para a contratação dos serviços de concessão de serviço público de saneamento. Como as ações ordinárias propostas pela COPASA são mais recentes do que as ações populares, pode-se cogitar na mudança de posição da Corte, que passou a reconhecer a ilegalidade da contratação direta da COPASA, por dispensa de licitação.

É preciso ressaltar, ainda que as decisões que declararam a legalidade da contratação direta, por dispensa de licitação, consideraram a legislação anterior, sendo que a mais recente alteração legislativa da Lei nº 14.026/2020 na Lei Geral de Saneamento, veda expressamente esta possibilidade.

Igualmente há que se questionar se existem ressalvas à licitação, para Companhias estaduais, por meio da contratação direta, quanto se está diante da prestação de serviços públicos, em contratos de longa duração, com investimentos vultosos e metas a serem cumpridas.

Será ainda preciso consolidar a discussão, em âmbito judicial, acerca da questão se a Lei nº 11.445/2007, desde sua edição em 2007, admitia o contrato de programa em detrimento do consórcio público, para gestão associada dos serviços, dada a sua precariedade. Essa vedação teria sido estabelecida no *caput* do seu art. 10, desde a edição da lei, antes, portanto, das recentes alterações.

Também é preciso lidar com a ausência de normatização dos convênios de cooperação antes do advento da Lei nº 14.026/2020. Diversamente do previsto para os contratos de concessão (art. 23, da Lei nº 8.987/1995) e para os contratos de consórcios públicos e os contratos de programa (art. 4º e art. 13, da Lei nº 11.107/2005), pode-se admitir qualquer conteúdo para tais convênios interfederativos, diante da ausência de disciplina jurídica até o advento da Lei nº 14.016/2020?

Assim, considerando os novos arranjos federativos para a prestação dos serviços de saneamento básico e as regras de caráter transitório expedidas na Lei nº 14.026/2020, o trabalho lança luzes sobre o problema da regularidade, da legalidade

e da precariedade dos convênios de cooperação em vigor, para prestação dos serviços de saneamento básico, com as Companhias estaduais firmados com dispensa de licitação, sob qualquer de suas hipóteses.

As adversidades a serem vencidas são enormes, sobretudo porque passam pela mudança da cultura jurídica e da prática administrativa, que não se alteram apenas com reformas legislativas.

REFERÊNCIAS

ABCON; SINDCON. **Panorama da participação privada no saneamento 2021: uma nova fronteira social e econômica para o Brasil**. Disponível em: <https://www.abconsindcon.com.br/panoramas/>. Acesso em: ago. 2021.

BAHIA, Amael Notini Moreira. O direito humano à água: a luta por um direito esquecido. **Magis: Portal Jurídico**, 17 ago. 2021. Disponível em: <https://magis.agej.com.br/o-direito-humano-a-agua-a-luta-por-um-direito-esquecido/>. Acesso em: nov. 2021.

BORELLI, Raul Felipe. **Aspectos jurídicos da gestão compartilhada dos serviços públicos de saneamento básico**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010.

BRASIL. **Constituição da República Federativa [1988]**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: set. 2020.

BRASIL. **Decreto nº 6.017, de 17 de janeiro de 2007**. Regulamenta a Lei nº 11.107, de 6 de abril de 2005, que dispõe sobre normas gerais de contratação de consórcios públicos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6017.htm. Acesso em: set. 2020.

BRASIL. **Decreto nº 6.017, de 17 de janeiro de 2007**. Regulamenta a Lei nº 11.107, de 6 de abril de 2005, que dispõe sobre normas gerais de contratação de consórcios públicos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6017.htm. Acesso em: set. 2020.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967**. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma

Administrativa e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0200.htm. Acesso em: out. 2020.

BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm. Acesso em: set. 2020.

BRASIL. Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18987cons.htm. Acesso em: 23 set. 2020.

BRASIL. Lei nº 11.107, de 6 de abril de 2005. Dispõe sobre normas gerais de contratação de consórcios públicos e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111107.htm. Acesso em: set. 2020.

BRASIL. Lei nº 11.445, de 05 de janeiro de 2007. Estabelece as diretrizes nacionais para o saneamento básico; cria o Comitê Interministerial de Saneamento Básico. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/111445.htm. Acesso em: set. 2020.

BRASIL. Lei nº 14.026, de 15 de julho de 2020. Atualiza o marco legal do saneamento básico e altera a Lei nº 9.984, de 17 de julho de 2000, para atribuir à Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico (ANA) competência. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Lei/L14026.htm. Acesso em: set. 2020.

BRASIL. Novo Marco de Saneamento é sancionado e garante avanços para o País. Governo do Brasil, Brasília, 15 jul. 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/pt-br/noticias/transito-e-transportes/2020/07/novo-marco-de-saneamento-e-sancionado-e-garante-avancos-para-o-pais>. Acesso em: out. 2020.

BRASIL. Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento (SNIS). Disponível em: <http://www.snis.gov.br/>.

COHEN, Isadora; MARCATO, Fernando; RESENDE, Natália. Gestão Associada da Prestação dos Serviços: o que muda com o Novo Marco Legal do Saneamento? *In: DAL POZZO, Augusto Neves (coord.). Lei Federal nº 14.026/2020: o Novo Marco Regulatório do Saneamento Básico*. São Paulo: Thomson Reuters, 2020.

COSTA, Silvano Silvério; RIBEIRO, Wladimir Antônio Ribeiro. Dos porões à luz do dia: um itinerário dos aspectos jurídicos-institucionais do saneamento básico no Brasil. *In: HELLER, Léo; CASTRO, José Esteban. Política pública e gestão de serviços de saneamento*. 2. ed. Belo Horizonte ; Rio de Janeiro: Editora UFMG; FIOCRUZ, 2013. p. 467-482.

DIAS, Maria Tereza Fonseca. Compreenda as principais mudanças do marco legal do saneamento básico. **Informativo VLF - 70/2020**, Belo Horizonte, 28/07/2020. Disponível em: https://www.vlf.adv.br/noticia_aberta.php?id=804. Acesso em: nov. 2021.

DIAS, Maria Tereza Fonseca. Vetos opostos à nova lei de licitações e contratos administrativos (lei 14.133/21) foram apreciados pelo Congresso Nacional. **Migalhas de Peso**, 7 jun. 2021. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivos/2021/6/D7498F167A6BDC_MariaTerezaFonsecaDias-Vetos.pdf.

FARIA, Edimur Ferreira de; DIAS, Maria Tereza Fonseca. Nova Lei do Saneamento Básico: contratos de programa e normas de caráter transitório introduzidas pela Lei nº 14.026/2020. *In: FORTINI, C.; SALAZAR, G.; MASSARA, L. H. N.; CAMPOS, M. H. O. (org.). Novo Marco Legal do Saneamento Básico: aspectos administrativos, ambientais, regulatórios e tributários*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. A evolução Jurídica do Serviço Público de Saneamento Básico. *In: OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; DAL POZZO, Augusto Neves (coord.). Estudos sobre o marco regulatório de saneamento básico*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa, DIAS, Maria Tereza Fonseca; NICÁCIO, Camila Silva. **(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática**. 5 ed. revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Almedina, 2020.

IBGE. **PNSB 2017**: Abastecimento de água atinge 99,6% dos municípios, mas esgoto chega a apenas 60,3%. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/28324-pnsb-2017->

abastecimento-de-agua-atinge-99-6-dos-municipios-mas-esgoto-chega-a- apenas-60-3. Acesso em: 27 jul. 2020.

INSTITUTO TRATA BRASIL. **Ranking do saneamento**. Disponível em: <http://www.tratabrasil.org.br/estudos/estudos-itb/itb/ranking-do-saneamento-2020>.

MINAS GERAIS. ARSAE. **Panoramas Municipais**. Contagem. Disponível em: <http://www.arsae.mg.gov.br/2021/02/17/contagem-copasa/>. Acesso em: nov. 2021.

MINAS GERAIS. ARSAE. **Sobre a Arsae-MG**. Disponível em: <http://www.arsae.mg.gov.br/sobre/>.

MINAS GERAIS. COPASA. **A empresa: histórico**. Disponível em: <https://www.copasa.com.br/wps/portal/internet/a-copasa/a-empresa>. Acesso em: nov. 2021.

MINAS GERAIS. COPASA. **Estatuto Social**. Aprovado na Assembleia Geral Extraordinária, de 11/12/2020, disponível em: <https://api.mziq.com/mzfilemanager/v2/d/8bdb3906-0618-4e78-bbe3-a0be9f02d8cc/13d4a91b-d7a9-4354-b291-abe276007d25?origin=2>. Acesso em: nov. 2021.

MINAS GERAIS. COPASA. **Perfil corporativo**. Disponível em: <https://www.copasa.com.br/wps/portal/internet/a-copasa/a-empresa>. Acesso em: nov. 2021.

MINAS GERAIS. **Lei nº 2.842/1963**. Dispõe sobre a organização de sociedade de economia mista, sob a denominação de companhia mineira de águas e esgotos, COMAG, e dá outras providências. Disponível em: <https://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa.html?num=2842&ano=1963&tipo=LEI>. Acesso em: nov. 2021.

MINAS GERAIS. Secretaria de Estado de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável. **Panorama de abastecimento de água e esgotamento sanitário 2021**. Belo Horizonte: SEMAD, 2021. Disponível em: https://www.agenciaminas.mg.gov.br/ckeditor_assets/attachments/12543/panorama_abastecimento_de_agua_e_esgotamento.pdf.

MINAS GERAIS. Tribunal de Contas. **Consulta nº 751.717**, de 8 de outubro de 2008. Disponível em: <https://tcjuris.tce.mg.gov.br/Home/Detalhes/751717#!>. Acesso em: out. 2020.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Ação Popular - Remessa Necessária - Cv 1.0000.21.114672-5/001.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 1.0443.07.033721-9/005**, Relator: Des. Carlos Levenhagen, 5ª Câmara Cível. Julgamento em 18/04/2013, publicação da súmula em 24/04/2013.

PIRES, Maria Coeli Simão; NOGUEIRA, Jean Alessandro Serra Cyrino. O federalismo e a lógica cooperativa-competitiva. In: PIRES, Maria Coeli Simões Pires; BARBOSA, Maria Elisa Braz. **Consórcios Públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

PIRES, Maria Coeli Simões. A Lei nº. 14.026, de 1 de julho de 2020, e a ruptura com a hegemonia das empresas estatais de saneamento básico a partir da vedação de contrato de programa como alternativa de resiliência. In: FORTINI, C. ; SALAZAR, G.; MASSARA, L. H. N.; CAMPOS, M. H. O. (org.). **Novo Marco Legal do Saneamento Básico**: aspectos administrativos, ambientais, regulatórios e tributários. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021. p. 105-126.

SILVA, Cintia da; MANDARINO, Luca Moura. O saneamento básico e a dogmática dos direitos fundamentais. In: SADDY, André; CHAUVET, Rodrigo da Fonseca (org.). **Aspectos jurídicos do saneamento**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 25-48.

SOUSA, Ana Cristina A. de; COSTA, Nilson do Rosário. Política de saneamento básico no Brasil: discussão de uma trajetória. **História, Ciências, Saúde – Manguinhos**, Rio de Janeiro, v. 23, n. 3, p. 615-634, jul./set. 2016. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/hcsm/a/WWqtPW6LnkrVpbbdJqHMGJk/abstract/?lang=pt>. Acesso em: ago. 2021.

VINUTO, Juliana. A amostragem em bola de neve na pesquisa qualitativa: um debate em aberto. **Temáticas**, Campinas, n. 22, v. 44, p. 203-220, ago./dez. 2014. Disponível em: <https://www.ifch.unicamp.br/ojs/index.php/tematicas/article/view/2144/1637>. Acesso em: set. 2018.

Quadro 1: Ações judiciais objeto de acórdão do TJMG visando discutir a legalidade dos contratos da COPASA com Municípios de Minas Gerais

Nº	Município	Natureza da ação	Objeto	Data Decisão	Nulidade (Sim/Não)
1	Montes Claros	Ação Popular Remessa Necessária - Cv 1.0000.21.114672- 5/001	Ilegalidade dispensa de licitação. art. 24, VIII, Lei nº 8.666/93	19/10/2021	N
2	Cataguases	Ação Popular Apelação Cível nº 1.0443.07.033721- 9/005	Nulidade contratação de serviço de fornecimento de água e esgotamento sanitário sem licitação	24/04/2013	N
3	Campo Florido	Ação Popular Apelação Cível nº 1.0701.07.191475- 1/001	Nulidade contratação de serviço de fornecimento de água e esgotamento sanitário sem licitação	14/09/2012	N
4	Cataguases	Ação Popular Reexame Necessário nº 1.0153.05.040749- 0/001	Anulação de renovação contratual entre município e a COPASA	29/06/2010	N
5	Três Corações	Ação Popular Apelação Cível 1.0693.05.036885- 3/001	Termo Aditivo de contrato para a implantação de serviço de coleta de esgoto sanitário	22/06/2012	S
6	Congonhas	Ação Popular Apelação Cível 1.0180.16.008378- 8/001	Pedido de nulidade do contrato de concessão baseado na ausência de metas de universalização dos serviços	05/03/2020	N
7	Esmeraldas	Ação Popular	Pedido de declaração de	05/11/2019	N

		Ap Cível/Rem Necessária 1.0241.16.005928- 3/001	nulidade do contrato de Concessão pela ausência de disponibilização do serviço em certos pontos do município		
8	Ubá	Ação Popular REMESSA NECESSÁRIA-CV Nº 1.0000.20.004232- 3/001	Pedido de anulação do contrato de programa celebrado entre o Município e a COPASA	10/03/2020	N
9	Divinópolis	Ação Popular AP CÍVEL/REEX NECESSÁRIO 1.0223.11.024662- 4/001	Declaração de ilegalidade ou prejuízo ao patrimônio público em virtude do Contrato de Programa celebrado entre o Município réu e a COPASA	26/02/2015	N
10	Varginha	Ação Popular Ap Cível/Rem Necessária 1.0707.13.030505- 5/001	Declarar a nulidade do convênio firmado com a Copasa com dispensa de licitação	03/09/2019	N
11	Lavras	Ação Popular Ap Cível/Reex Necessário 1.0024.07.441851- 8/001	Declarar a nulidade dos convênios firmados entre o Município de Lavras e a COPASA em 2005 e 2006.	01/03/2016	N
12	Nanuque	Apelação Cível 1.0443.07.033721- 9/005 0337219- 25.2007.8.13.0443 (1)	Declarar a nulidade do convênio firmado com a Copasa com dispensa de licitação	18/04/2013	N
13	Montes Claros	Ação Ordinária Agravado de Instrumento-Cv	Suspender os efeitos da decisão administrativa que concluiu que o	13/04/2015	S

		1.0433.14.041159-9/001	contrato firmado entre o Município e a COPASA sob o regime da concessão de serviços públicos foi declarado nulo		
14	Andradas	Ação Ordinária de Agravamento de Instrumento-Cv 1.0000.18.100552-1/001	Suspender os efeitos da decisão administrativa do Município, para que a COPASA (autora) seja mantida à frente da prestação de serviços até decisão ulterior	24/09/2019	S
15	Extrema	Ação Ordinária de Agravamento de Instrumento-Cv 1.0000.21.108058-5/001	Suspender os efeitos da decisão proferida pelo Prefeito da Cidade de Extrema que anulou o contrato de concessão de serviços	21/10/2021	S
16	Nova Serrana	Ação ordinária declaratória de validade de negócio jurídico c/c anulatória de ato administrativo AI n.º 1.0000.20.596473-7/001	Suspender os efeitos da decisão administrativa proferida pelo Chefe do Executivo Municipal, mantendo a COPASA à frente da prestação dos serviços concedidos.	06/07/2021	S
17	Mirabela	Ação Ordinária de Agravamento de Instrumento-Cv 1.0000.19.101258-2/001	Suspender os efeitos da decisão que determinou a manutenção da COPASA/MG na prestação dos serviços públicos de abastecimento de água potável e	05/05/2021	N

			esgotamento sanitário no Município de Mirabela		
18	Araçuaí	Ação Direta de Inconstitucionalidade Ação Direta Inconst 1.0000.15.014038- 2/000	Declaração de inconstitucionalidad e de lei municipal, por vício de iniciativa, que revogou a autorização para celebrar convênio de cooperação com o Estado para delegação dos serviços públicos municipais de abastecimento de água e de esgotamento sanitário	08/03/2016	N
19	Igaratinga	Ação Civil Pública Apelação Cível 1.0000.18.075648- 8/002	Declaração de extinção do contrato de concessão do serviço de abastecimento de água firmado entre os réus	04/11/2021	S
20	Alfenas	Ação Civil Pública (Associação) Apelação Cível 1.0016.09.101272- 0/002	Declarar a nulidade da cláusula terceira do contrato de concessão firmado entre o Município e a Copasa que permite a venda de bens públicos sem a necessária transparência	03/07/2014	S
21	Itajubá	Ação Civil Pública por Improbidade Administrativa	Declaração de ilegalidade na renovação do contrato oito anos	17/04/2012	N

Apelação Cível antes da expiração
1.0324.08.070593- do prazo do contrato
6/001 em vigência, estando
o ato do chefe do
Poder Executivo
civado de desvio de
finalidade

Fonte: Pesquisa direta. Formulário eletrônico “Pesquisa por Jurisprudência do TJMG”. Disponível em: <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/formEspelhoAcordao>.

SANEAMENTO BÁSICO E SETOR PRIVADO

Messod Azulay Neto*

RESUMO: O saneamento básico é fator primordial para uma existência saudável e digna. No entanto, a realidade para milhões de pessoas no mundo, ainda, é a de ambientes insalubres, sem acesso ou carência de meios necessários que propiciem o fornecimento de água e o tratamento de esgotos minimamente satisfatórios. O reconhecimento dessa realidade faz com que a comunidade internacional se empenhe em atingir o acesso universal ao saneamento e à higiene, previsto para ocorrer até 2030, de acordo com a Agenda estabelecida pela ONU, em 2015, com atenção especial às necessidades das mulheres e pessoas vulneráveis. Alcançar o acesso universal ao saneamento seguro requer soluções inovadoras. No Brasil, o novo marco regulatório, instaurado pela Lei 14.026/2020, tenciona resolver as dificuldades enfrentadas, pelo Estado Brasileiro, no fornecimento de serviços como abastecimento de água potável, esgotamento sanitário, limpeza urbana, manejo de recursos sólidos, drenagem e gerência de águas pluviais, com o auxílio da iniciativa privada, na esperança aumentar a eficiência do setor e sua competitividade, em cenário que estimule o aprimoramento técnico, a sustentabilidade financeira e a busca por inovação por parte dos operadores.

Palavras-Chave: Saneamento básico. Novo Marco regulatório.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Saneamento Básico e suas origens. 3 Finalidade do Novo Marco Regulatório. 4 Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

Enquanto alguns cidadãos sonham em fazer voo espacial tripulado (suborbital), de 10 minutos, pela Blue Origin, empresa de turismo espacial do bilionário Jeff Bezos¹; outros anseiam, apenas, por ter um banheiro com sistema de

* Presidente do Tribunal Regional Federal da 2ª Região.

¹ No voo orbital a nave consegue circular a Terra, ou seja, partir e retornar à atmosfera a partir de um mesmo ponto. Já o voo **suborbital** não tem velocidade para completar essa trajetória, então a nave sobe até um ponto máximo e depois cai em queda livre de volta à Terra. A Blue Origin é uma empresa privada de astronáutica e serviços de voo espacial suborbital, com sede em Kent, Washington, USA. Fundada pelo dono da empresa Amazon, Jeff Bezos, com a pretensão de tornar o acesso ao espaço mais barato e mais confiável por meio de veículos de lançamento reutilizáveis.

água e esgoto, já que para uma grande parte da população mundial, uma torneira com água, um vaso sanitário e um chuveiro são, ainda, artefatos inacessíveis.

Sim. Por mais inusitado que possa parecer a alguns, ter uma conta de água/esgoto para muitos é o mesmo que adquirir uma existência formal, com endereço reconhecido pelo Estado e a, consequente, cidadania.

Logo, saneamento básico e tratamento de água são questões que não podem mais ser adiadas e precisam ser enfrentadas com seriedade e urgência, eis que, para muitos, não se trata de discutir aspectos meramente legislativos, mas de circunstâncias intrinsecamente ligadas à dignidade pessoal e à inclusão no corpo social.

As consequências da falta de saneamento básico são graves, não só pelo acréscimo e a disseminação de doenças, que poderiam ser evitadas, como também pelo aumento desarrazoado de enchentes, poluição urbana e a contaminação hídrica, devido à presença de esgotos correndo a céu aberto e o despejo de dejetos sem tratamento diretamente nos rios, lagos e córregos, em regiões sem acesso aos serviços.

Para se ter uma ideia, globalmente, 3 em cada 10 pessoas (ou 2,3 bilhões) não têm instalações para lavar as mãos com água e sabão em casa; 818 milhões de crianças não têm instalações para lavar as mãos com água e sabão na escola; 1 em cada 3 unidades de saúde não têm instalações para higiene das mãos, fazendo com que os profissionais de saúde corram riscos desnecessários de doenças e 2 bilhões de pessoas dependam de instalações médicas insalubres, sem abastecimento seguro de água².

Em 2018, a Comissão Europeia estimou que 11% ou mais dos europeus sofriam de escassez de água. De acordo com a Organização Mundial da Saúde³, em 2016, 480 alemães, 130 britânicos e 172 residentes da França morreram devido à falta de água potável, saneamento e higiene.

Na Europa e Estados Unidos, 57 milhões de pessoas não têm conexão com água corrente, enquanto 21 milhões não têm serviço de água potável e 36 milhões não tem saneamento básico. Ou seja, em todo o mundo, 2,1 bilhões de pessoas não têm acesso a instalações sanitárias seguras⁴.

No Brasil, 16% da população (cerca de 35 milhões de pessoas) ainda não tem acesso à água tratada e mais de 100 milhões não têm serviço de coleta de esgoto. Desses, 5 milhões e meio estão nas 100 maiores cidades brasileiras.

(Wikipédia) O fundador Jeff Bezos disse em julho/2021 que a Blue Origin já havia vendido US\$ 100 milhões [cerca de R\$ 550 milhões] em ingressos para um número desconhecido de pessoas.

² Disponível em: <https://www.who.int/news/item/15-10-2021-investing-1-dollar-per-person-per-year-in-hand-hygiene-could-save-hundreds-of-thousands-of-lives>. Acesso em: 21 out. 2021.

³ Disponível em: <https://tratamentodeagua.com.br/onu-europeus-norte-americanos-escassez-agua/>. Acesso em: 21 out. 2021.

⁴ Disponível em: <https://tratamentodeagua.com.br/onu-europeus-norte-americanos-escassez-agua/>. Acesso em: 21 out. 2021.

A ingestão de água contaminada pode causar doenças gastrointestinais que levam à morte. As crianças costumam ser as mais prejudicadas. Segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), cerca de 4,8 milhões de crianças de até 14 anos, no Brasil, estão expostas a riscos de doenças por residirem em lares sem estrutura de saneamento básico.

São mais de 300 mil internações por ano causadas por diarreias graves. E como consequência, os custos do governo com a área da saúde pública aumentam. Dinheiro que poderia ser revertido para outros setores.

Outro efeito da falta de saneamento básico é o impacto no meio ambiente. Despejar esgotos não tratados polui o solo, lençóis freáticos e reservas de água, causando a morte de animais e a redução da quantidade de água potável disponível. Os prejuízos se estendem para a agricultura, comércio, indústria, turismo e outros setores da economia.

Daí a razão de, em 2015, a Organização das Nações Unidas tomar, finalmente, a iniciativa de reconhecer que o acesso à água potável e ao saneamento básico são direitos humanos essenciais, por meio da “Agenda 2030 para o desenvolvimento sustentável”⁵, aprovada, consensualmente, por 193 países membros, e ratificada pelo Brasil.

O plano estabelece 17 objetivos de Desenvolvimento Sustentável, os ODS, e 169 metas, para erradicar a pobreza e promover vida digna para todos. São objetivos e metas claras, para que todos os países adotem de acordo com suas próprias prioridades, e atuem no espírito de uma parceria global, que orienta as escolhas necessárias para melhora da vida das pessoas, agora e no futuro.

Dentre tais objetivos, destaque-se o ODS 06 da Agenda, consistente em garantir, até 2030, o acesso universal e equitativo à água potável e ao saneamento básico, melhorando a qualidade da água, a distribuição eficiente e a gestão integrada de seu uso.

Assim, o novo marco do saneamento básico, recentemente instaurado pela Lei 14.026/2020, reforça compromissos que o Brasil já havia assumido em acordos internacionais, que inclui a redução dos impactos ambientais e a garantia de atendimento de 99% da população brasileira com acesso à água potável e de 90% com tratamento e coleta de esgoto até dezembro de 2033.

2 SANEAMENTO BÁSICO E SUAS ORIGENS

Desde a antiguidade, o homem sabe que a ingestão de água suja, o acúmulo de lixo e o descaso com dejetos são fatores que provocam a disseminação de doenças

⁵ Disponível em: <https://nacoesunidas.org/post2015/agenda2030/>. Acesso em: 21 out. 2021.

fatais que poderiam ser evitadas através de ações eficazes de descarte e/ou tratamento de resíduos. Foi assim que teve início a ideia de higienização e saneamento básico.

“*Sanear*” é um vocábulo oriundo do latim que significa tornar são, habitável, curar, sanar, limpar. Seu emprego se popularizou a partir do século V d.C., em razão do desenvolvimento de tecnologias vitais para o avanço salutar das cidades, como irrigação, construção de diques e canalizações superficiais e subterrâneas, que passaram a ser nomeadas de “medidas sanitárias”.

Saneamento, portanto, não é uma ideia nova. Na realidade é uma ideia bem antiga que se perdeu na idade média e foi retomada no século XIX.

Sua concepção remonta há cerca de 7 mil anos atrás, quando os babilônios descobriram que a água contaminada poderia causar doenças. No Egito havia leis que exigiam que as cidades e residências se mantivessem limpas. Há mais de 2 mil anos (460-377 a.C.) o pensador grego Hipócrates⁶ vislumbrou a relação entre o ambiente e a causa de doenças. As primeiras galerias de esgoto da história foram construídas em Nipur, na Babilônia. O vale do Indo⁷ e suas cidades são conhecidas pelos planejamentos urbanos e sistemas de abastecimento e drenagem bem elaborados para a época. O Império Romano, em 312 a. C., construiu o primeiro aqueduto: o Aqua Appia⁸ com quase 17 Km de extensão, tornando-se a primeira civilização a tratar o saneamento de forma sistemática, com a construção de grandes aquedutos, reservatórios, banheiros públicos, chafarizes e a nomeação de um responsável como superintendente de águas. Roma, até o início da Idade Média, foi exemplo de saneamento básico, tanto em distribuição de água potável, como no escoamento dos resíduos produzidos na cidade, com tecnologia que só veio a ser superada no século XIX.

⁶ RIBEIRO JR., WA. Hipócrates de Cós. In: CAIRUS, HF., and RIBEIRO JR., WA. **Textos hipocráticos: o doente, o médico e a doença** [online]. Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ, 2005. História e Saúde collection, p. 11-24. ISBN 978-85-7541-375-3. Available from SciELO Book.

⁷ **Civilização do Vale do Indo (CVI)** foi uma civilização da Idade do Bronze nas regiões noroeste do sul da Ásia, que existiu entre 3300 a.C. e 1300 a.C., e atingiu seu auge entre 2600 e 1900 a.C. A qualidade do planejamento das cidades sugere conhecimento sobre planejamento urbano e governos locais eficientes, que priorizavam a higiene ou, alternativamente, a acessibilidade aos meios de ritual religioso. Os antigos sistemas de esgoto e drenagem, desenvolvidos e usados em cidades de toda a região do Indo, eram muito mais avançados do que os encontrados em locais urbanos contemporâneos no Oriente Médio e ainda mais eficientes do que os encontrados em muitas áreas do Paquistão e da Índia atualmente. Disponível em: https://pt.wikipedia.org/wiki/Civiliza%C3%A7%C3%A3o_do_Vale_do_Indo. Acesso em: 25/10/ out. 2021.

⁸ **Água Ápia** (em latim: *Aqua Appia* ou *Acqua Appia*) foi o primeiro aqueduto romano, construído em 312 a.C. por Ápio Cláudio Cego, o mesmo censor responsável pela Via Ápia. Disponível em: https://pt.wikipedia.org/wiki/Água_Ápia. Acesso em: 25 out. 2021.

Por volta de 300 d. C., Roma dispunha de 144 latrinas públicas com água corrente. Também mictórios foram construídos por Vespasiano, cerca de 403 d. C. A disseminação de latrinas públicas era necessária não só para quem não as possuísse em casa, mas igualmente para os locais de festividade e concentração pública. Algumas eram luxuosas. (EIGENHEER, 2009, p. 35).

Já a palavra higiene surgiu do nome da deusa grega Higéia, responsável pela conservação da saúde. Na Grécia antiga o banho tinha a função de proporcionar conforto e era um ato necessário para as preces e libações⁹.

Nos primórdios civilizatórios existiam rituais que relacionavam asseio corporal com a pureza espiritual. Ao longo da história, a concepção de limpeza se transformou de acordo com o contexto social, o clima, a religiosidade e os costumes de cada época. Os produtos de higiene foram se incorporando ao cotidiano conforme a evolução histórica dos hábitos de asseio¹⁰.

As civilizações antigas deixaram inúmeros vestígios de cuidados com a higiene pessoal e a saúde. Incrições feitas em placas de argila, encontradas em expedições arqueológicas na Mesopotâmia, assinalam a importância do asseio corporal¹¹. Sabão produzido com gordura de animal e cinzas foi descoberto em escavações na Babilônia, datado de 2.800 a.C.¹².

Os egípcios e seus hábitos merecem atenção especial, devido a sua influência sobre outras civilizações. Mesmo num período tão antigo, a população já se lavava cerca de três vezes ao dia e nutria costumes e produtos para manter a limpeza e beleza do corpo para enfrentar o clima arenoso e quente. O sabão egípcio continha até mesmo óleos vegetais.

Com a ruína do império Romano e o início da idade média, o abastecimento das cidades sofreu retrocesso sanitário em todos os sentidos. Enquanto os romanos faziam captação de água de longas distâncias, as novas regiões faziam captação diretamente dos rios. A responsabilidade de gerenciar a água deixou de ser do governo e passou a ser coletivamente dos cidadãos. Parte do consumo de algumas famílias era garantido por meio de compra transportada por carregadores. Já outras, em sua maioria, escavavam poços dentro de suas casas, próximas a fossas e esterco de animais, causando contaminação.

⁹ FRANQUILINO, Érica. Desde os Primórdios: Maquiagem facial através dos tempos. **Revista Temática**. Tecnopress. N.10, ano 4, jun. 2009).

¹⁰ (FRANQUILINO, 2009).

¹¹ (FRANQUILINO, 2009).

¹² ASHENBURG, Katherine. **Passando a Limpo**: O Banho: de Roma antiga até hoje. São Paulo. Larousse. 2007.

De acordo com Eigenheer¹³, até 1.372, em Paris era comum lançar água e dejetos pelas janelas, bastando que se gritasse três vezes: “Gardezl’eau!” [Vai água].

Essa prática contribuiu para a proliferação em massa de doenças como cólera, lepra e tifo em um período de grandes epidemias. A peste negra, transmitida por meio de pulga de ratos, infectou metade da população mundial e dizimou cerca de 1/3 da comunidade europeia. Na China e na Índia, mais de 23 milhões de pessoas foram levadas a óbito em menos de 12 anos.

A pior época para o saneamento foi a idade média. Com a ascensão do cristianismo, a tradição dos banhos romanos foi abandonada, porquanto a fé cristã, com sua preocupação com os pecados, via com desconfiança os cuidados com o corpo, fonte de sensações eróticas e pecaminosas. Parece estranho, mas a higiene passou a ser vista como a vilã da saúde. Na Europa do século 15 e início do 16, o banho era proibido porque a peste era invisível e os médicos não sabiam como é que ela penetrava no corpo. Recomendava-se o desenvolvimento de uma camada grossa de sujeira sobre a pele para servir de proteção natural ao corpo. Acreditava-se que os banhos abriam os poros da pele facilitando o contágio e a contaminação por doenças.

As cidades cresciam sem planejamento e a higiene pessoal era prática tão inusitada que até mesmo os reis se banhavam em ocasiões especiais, muito poucas vezes ao ano. As pessoas na idade média tinham expectativa de vida curta. Trinta anos, em média. As epidemias eram comuns. A peste negra matou ¼ da população do mundo no século XV. E assim, como a AIDS, foi considerada por muitos um castigo divino contra os hábitos pecaminosos da sociedade.

Após tantas fatalidades, no final do século XIV, foram criadas algumas medidas de saúde pública, como a instituição de sanções para quem despejasse resíduos nas ruas, resultando em relativa melhora das condições de higiene das cidades europeias.

Ninguém deve ter canos ou goteiras que desemboquem numa rua pública pelos quais a água poderia escorrer para a rua, com exceção da água de chuva ou fonte... Do mesmo modo, ninguém deve jogar na rua líquido fervente, nem argueiros de palha, nem detritos de uva, nem excrementos humanos, nem água de lavagem, nem lixo algum. Não se deve tampouco jogar nada na rua na frente da casa.

Hoje sabemos que vírus e bactérias crescem em quase todos os lugares da terra e não vão desaparecer. Chegamos à conclusão que água e saneamento não só evitam doenças, como aumentam a qualidade de vida das pessoas, estendendo a sua

¹³ EIGENHEER, E. M. **História do lixo**. Rio de Janeiro: ELS2 Comunicação, 2009.

duração. Além, por óbvio, de proteger o meio ambiente, evitar incêndios, reduzir as desigualdades econômicas, gerar novos empregos, favorecer a economia do país, potencializar o turismo e tantos outros benefícios. É uma grande conquista da humanidade que precisa ser estendida a todos, de forma equânime e permanente.

3 PRINCIPAL FINALIDADE DA REFORMA DO MARCO REGULATÓRIO

É consenso mundial que o acesso ao saneamento básico é um direito de todos, assim como água limpa, lavagem de mãos e tratamento de esgoto para ajudar a proteger e a manter a saúde e acabar com a propagação de doenças infecciosas como a COVID-19, cólera, febre tifoide, só para citar as mais correntes.

Cenário que exige atuação firme e concomitante do legislador, do Poder Público e da sociedade organizada para viabilizar o acesso universal a condições sanitárias de boa qualidade, sob pena de perpetuar-se a violação contumaz à dignidade e à saúde das pessoas.

O Brasil deu, recentemente, um importante passo nesse sentido, ao aprovar o Marco Legal do Saneamento Básico, despertando a esperança de milhões de brasileiros, que não têm acesso à água encanada ou à coleta de esgoto, de que esses direitos serão, de agora para frente, a todos estendido.

Nesse ponto, é pertinente ressaltar a evidente necessidade de atuação do Estado na elaboração de políticas públicas que combatam a desigualdade social e assegurem o “*mínimo existencial*” em face de recursos naturalmente escassos e indispensáveis à saúde, como a água e o saneamento.

A ideia de “*mínimo existencial*” advém da afirmação incontestável do art. 25 da Declaração Universal de Direitos Humanos, a ser observada pelas nações que se autoproclamam “civilizadas” e que serviu de parâmetro para a inserção de muitas das garantias inscritas na Carta Magna de 1988.

Todo o ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e à sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência fora de seu controle. (Assembleia Geral da ONU, 1948).

O marco legal de saneamento básico antes vigente para o setor era determinado pela Lei Federal 11.445/2007 – conhecida como Lei de Diretrizes Nacionais de Saneamento Básico (LNSB) e regulamentada pelo Decreto nº 7.217/2010.

Com a aprovação da Lei 14.026/2020, atualiza-se todo microssistema legislativo pertinente aos serviços de saneamento, com novas regras para a área, como: (i) estabelecimento de metas de desempenho e de universalização de serviços, conhecida como *regulação por performance*¹⁴; (ii) regionalização dos serviços como princípio básico e titularidade de acordo com o entendimento do STF no julgamento da ADI nº 1.842/RJ; (iii) ampliação de competência da agência Nacional de Águas e Saneamento Básico (ANA), que também passa a regular o saneamento básico e estabelecer “*normas de referência*” para o setor, como padrões de qualidade e eficiência na prestação, manutenção e operação dos sistemas de saneamento básico, regulação tarifária, metas de universalização e outras; e (iv) contratualização de serviços mediante processo licitatório, vedada a delegação da prestação de serviços por meio de **Contratos de Programa**¹⁵; entre outras modificações igualmente relevantes.

Com esses pontos, quer-se alcançar a universalização dos serviços de oferta de água potável e coleta de esgoto por meio de investimentos oriundos, principalmente, do mercado privado e aumentar a qualidade desses serviços de forma equitativa e perene.

Mas, como sempre acontece com mudanças legislativas, a impressão causada pelas novas regras não é unânime e vem sendo objeto de críticas contundentes de alguns setores organizados, que não veem com bons olhos a privatização da prestação de serviços essenciais e o estímulo à sua desestatização.

Para os defensores da reforma, o mercado de distribuição e tratamento de água e esgoto abre-se para a iniciativa privada na intenção primordial de criar um ambiente regulatório seguro que consiga atrair pesados investimentos econômicos por parte das empresas privadas, sem excluir, contudo, o protagonismo do Poder Público.

A estimativa do governo para o setor é conseguir atrair mais de R\$ 700 bilhões em recursos financeiros e gerar mais de 700 mil empregos nos próximos 14

¹⁴ Instituição de mecanismos e parâmetros que contribuam para aumentar a qualidade regulatória, mediante a previsão de metas e indicadores de resultados a serem alcançados e compatíveis com os valores e as necessidades do País (SILVA, 2013).

¹⁵ O contrato de programa (art. 13, da Lei 11.107/2000) é um instrumento que permite que municípios transfiram a outro ente federativo a execução de determinados serviços. No caso do saneamento básico, que, na maior parte do País, é prestado por companhias estaduais, é celebrado entre o município e a empresa. Nesse instrumento contratual legal, são definidas as regras para a prestação dos serviços, estabelecidas as metas, as obrigações de cada parte, entre outros aspectos. Por meio dele, as empresas estaduais são capazes de manter a mesma tarifa para todos os municípios atendidos. Isso acontece porque elas utilizam o chamado subsídio cruzado. Com este, as companhias utilizam as receitas dos municípios maiores (com maior arrecadação) e investem as sobras desses recursos nos municípios menores (que não dão lucro).

anos¹⁶. Números que acreditam dar conta da universalização dos serviços e do aumento da qualidade de vida como fator de crescimento pujante da economia, com base em estudo feito pela KPMG (empresa de consultoria com sede na Holanda) e ABCON (Associação Brasileira das Concessionárias Privadas de Serviços Públicos de Água e Esgoto)¹⁷.

Antes da mudança do regime, os serviços de saneamento em sua esmagadora maioria ficavam a cargo, principalmente, dos Estados através de suas Companhias Estaduais, que ainda atendem um universo de mais de 120 milhões de pessoas nas cidades brasileiras. As empresas estaduais estão presentes em mais de 4.000 municípios, dos quais 3.600 são de pequeno porte e com IDH baixo.

E é nesse ponto que as novas mudanças legislativas dividem opiniões.

Enquanto os defensores da norma dizem que ela vai possibilitar a “universalização do saneamento”, críticos asseveram que haverá aumento de tarifas e privatização de um direito fundamental: o acesso à água. Alertam que o novo marco prejudicará diretamente a população de baixa renda sem resultar no prometido acesso universal aos serviços. Muito por causa das dimensões continentais do País, sem infraestrutura essencial numa grande parcela de municípios, que precisam de recursos elevados, por vezes irrecuperáveis (*sunk costs*)¹⁸, para disponibilizar os ativos.

A crítica baseia-se em experiências internacionais diversas. Segundo estudo¹⁹ publicado pelo The Transnational Institute - TNI, centro de pesquisa com sede na Holanda, de 2000 a 2015, 312 cidades em 36 países reestatizaram seus serviços de tratamento de água e esgoto. Entre elas, Paris (França), Berlim (Alemanha), Buenos Aires (Argentina) La Paz (Colômbia), Bamako (Mali) e Maputo (Moçambique).

A reestatização dos serviços, de acordo com o citado estudo, vem sendo impulsionada por uma série de problemas recorrentes, como serviços inflacionados

¹⁶ Disponível em: <https://www.gov.br/economia/pt-br/assuntos/noticias/2020/junho/senado-federal-aprova-novo-marco-legal-do-saneamento-basico>. Acesso em: 25 out. 2021.

¹⁷ “São necessários **RS 753 bilhões** de investimento até 2033. A região com o maior custo para alcançar a universalização é a Sudeste. Apesar de já possuir os melhores índices de atendimento, as metas estabelecidas no PLANSAB para a região são superiores às de outros locais. Além disso, o Sudeste precisará empenhar muitos recursos para recomposição da depreciação dos ativos, seja para a infraestrutura existente ou para a expansão”. Disponível em: <https://tratamentodeagua.com.br/wp-content/uploads/2020/06/kpmg.pdf>. Acesso em: 25 out. 2021.

¹⁸ Em economia, custos irrecuperáveis, também chamados de custos afundados ou incorridos, são recursos empregados na construção de ativos que, uma vez realizados, não podem ser recuperados em nenhum grau significativo, depois de efetuados. Ou seja, o custo de oportunidade desses recursos, uma vez empregados, é próximo de zero. Wikipédia.

¹⁹ KISHIMOTO, S.; LOBINA, E.; e PETIJEAN, O.: **Our Public Water Future: The Global Experience with Remunicipalisation**. Published by Transnational Institute – TNI Disponível em <https://www.tni.org/files/download/ourpublicwaterfuture-1.pdf>. Acesso em: 25 out. 2021.

e ineficientes, insuficiência de investimentos, quebra de promessas inicialmente feitas, falta de transparência e dificuldade de monitoramento dos serviços.

A tendência, vista com força sobretudo na Europa, segue contrária ao movimento recém aprovado no Brasil para promover a concessão de sistemas de esgoto.

De acordo com o estudo, cerca de 90% dos sistemas de água mundiais são operados por gestão pública. As privatizações no setor começaram a ser realizadas na década de 90 e seguem ocorrendo, em muitos casos, impulsionadas por cenários de austeridade e de crises fiscais.

Mas, nem sempre o serviço público é sinal de fornecimento mais barato do bem. Nos EUA, sede do liberalismo econômico, a distribuição de água e esgoto tem participação da iniciativa privada, mas a maior parte da gestão, no caso, 87%, fica a cargo do Estado. Segundo levantamento do jornal britânico *The Guardian*, as tarifas de 12 cidades americanas aumentaram 80%, em média, entre os anos de 2010 e 2018. Havendo casos em que o preço do serviço compromete mais de 4% da renda mensal do cidadão, inviabilizando seu acesso.

De outro lado, na cidade de Atlanta, capital do estado americano da Georgia, a empresa privada *United Water* reduziu pela metade sua força de trabalho e a qualidade da água caiu substancialmente, deixando de ser cristalina para se tornar um líquido frequentemente opaco, com alertas para que fosse fervido antes do consumo. O contrato, que tinha sido assinado para vigorar por 20 anos, foi encerrado 4 anos depois de seu início, pelo condado da cidade, a pedido da população.

No Brasil, o serviço atual não chega a todos os cidadãos. Segundo o SNIS (Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento), cerca de 33 milhões de brasileiros não têm acesso a água tratada e mais de 95 milhões não são contemplados com rede de coleta de esgoto.

Os defensores do novo marco legal dizem que a entrada da iniciativa privada poderá ajudar a encurtar esse caminho com investimentos e tecnologias novas, principalmente na região norte do País, onde apenas 10% da população tem acesso ao tratamento de água; e que as empresas não deixarão os municípios pequenos e mais pobres de lado, pois a nova lei permite a formação de blocos de referência. Ou seja, vários municípios podem se unir e formar planos estruturais que podem ser atendidos por uma única empresa. Sendo assim, todas as localidades envolvidas em uma mesma licitação teriam os serviços prestados pela empresa que tem garantido o direito de concessão. Insistem que o controle de empresas pelo Estado dificulta a governança e a eficiência do atendimento à população, vez que as empresas estão sujeitas a interferências políticas.

Ademais, os avanços necessários na área de saneamento dependem de um aumento significativo no volume de aportes financeiros, bem como de eficácia e

efetividade em sua aplicação. Para isso, é necessário criar um ambiente favorável, com adequada regulação, e caracterizado por segurança jurídica para atração de recursos e investimentos.

De acordo com o economista João Batista Peixoto, por muito tempo, *as subvenções ou subsídios públicos* traduziam a principal fonte de financiamento dos serviços públicos de água e esgoto no País, prevalecendo ainda hoje nos serviços públicos de manejo de resíduos sólidos e de drenagem urbana. O autor destaca três espécies de subsídios: subvenção ou subsídio público; subsídio tarifário interno; e subsídio tarifário cruzado externo. A subvenção ou subsídio público realiza-se com recursos fiscais do orçamento ou de fundos públicos; o subsídio tarifário interno ocorre dentro do sistema e estrutura de cobrança de serviços prestados a uma localidade ou região, sem transferência de subsídios entre localidades; e no caso do subsídio tarifário cruzado externo, essa transferência dá-se entre localidades e/ou serviços (PEIXOTO, 2009).

A partir da última década, o financiamento para a prestação de serviços sanitários vem se tornando cada vez mais complexo envolvendo fontes públicas orçamentárias, fundos geridos por instituições financeiras federais, recursos provenientes da prestação dos serviços, fontes externas de financiamento e recursos privados.

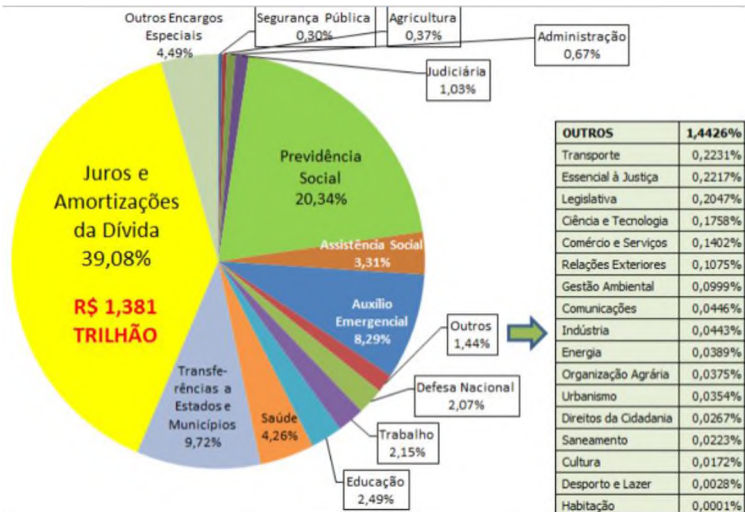
Entretanto, em que pese a necessidade de se criar um arcabouço financeiro que dê suporte aos investimentos de política sanitária no País, a questão nodal que se impõe, e pouco debatida, no caso, diz respeito às decisões político-sociais há muito em curso no Brasil, que privilegiam o setor produtivo em detrimento das políticas sociais.

Fato que pode ser constatado com o cotejo do orçamento da União de 2020, onde os juros e amortização da dívida pública representaram **39,08%** de todo o orçamento, enquanto a saúde respondeu por **4,26%**, a educação por **2,49%**, a ciência e tecnologia por **0,17%**, a cultura por **0,01%** e o saneamento básico por **0,02%**. (AUDITORIA CIDADÃ DA DÍVIDA, 2020)²⁰.

²⁰ Disponível em: <https://auditoriacidadada.org.br/>. Acesso em: 25 out. 2021.

Orçamento Federal Executado (pago) em 2020 = R\$ 3,535 TRILHÕES

Inclui gastos do “Orçamento de Guerra” autorizado pela Emenda Constitucional 106/2020



Fonte: https://www1.siof.planejamento.gov.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=IAS%2FExecucao_Orcamentaria.qvw&host=QVS%40pqlk04&anonymous=true&sheet=SH06.

Nota: Consulta em 15/1/2021. Orçamento Fiscal e da Seguridade Social. Inclui o chamado “Orçamento de Guerra”, aprovado por meio da Emenda Constitucional 106/2020 no contexto da pandemia. Gráfico por Função, com exceção das Funções “Encargos Especiais” e “Assistência Social”, cujas parcelas foram desmembradas de acordo com a natureza da despesa. A Função “Encargos Especiais” foi desmembrada em “Juros e Amortizações da Dívida” (GND 2 e 6); “Transferências a Estados e Municípios” (Programa 0903), e “Outros Encargos Especiais” (compostos principalmente de gastos de R\$ 50 bilhões com o cumprimento de Sentenças Judiciais, e gastos de R\$ 58 bilhões com garantias dadas aos bancos no âmbito do PRONAMPE, no valor de R\$ 38 bilhões, e no âmbito do Fundo Garantidor de Investimentos no valor de R\$ 20 bilhões, relacionados a empréstimos concedidos a micro, pequenas e médias empresas). A Função “Assistência Social” foi desmembrada para destacar a parcela referente ao “Auxílio Emergencial”, mostrada separadamente no gráfico.

Por outro lado, independentemente da crítica ou da defesa que se faça à privatização, nenhuma das duas correntes discorda do fato de que a área de saneamento - por ser um exemplo típico de monopólio natural²¹ - não pode prescindir

²¹ O **monopólio natural** é uma situação de mercado em que os investimentos necessários são muitos elevados e os custos marginais são muito baixos ou próximos de zero. Ocorre quando é mais barato atender o consumidor por um único prestador do serviço e não pela competição entre

da intervenção contínua do Estado, orientada para o controle e a fiscalização do setor, com o objetivo de assegurar e cuidar do funcionamento apropriado da empresa monopolista e da tensão contínua dos interesses em conflito: de economicidade (para o consumidor) e de maximização de lucros (para a empresa).

Assim, a existência de um modelo adequado de regulação e de fiscalização deve preceder o processo de desestatização.

Nessa proposta, a reforma trazida pela lei 14.026/2020 amplia a competência normativa da ANA, nomeada agora de Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico, com poderes singulares para instituir “*normas de referência*” sobre serviços públicos de saneamento básico, como: padrões de qualidade e eficiência na operação; uso racional de recursos naturais; política tarifária que garanta o equilíbrio econômico-financeiro do contrato e a universalização dos serviços; bem como credenciar as entidades de regulação e de fiscalização indicadas pelos titulares dos serviços e oferecer capacitação técnica e institucional para a regulação e fiscalização das concessões (art. 4º-A da Lei 9.984/2000).

O objetivo é padronizar procedimentos, reduzir a assimetria técnica e aumentar a segurança jurídica para investimentos no setor. As “*normas de referência*” e boas práticas fixadas pelo órgão federal passam a ser adotadas e implementadas pelos demais entes federativos.

Há aqui relevante inovação na estrutura regulatória do setor, que indica um claro movimento de centralização de gestão, muito semelhante ao ocorrido anos 70 com o PLANASA, quando o Banco Nacional de Habitação - BNH, ditava as regras do setor.

A solução adotada pela reforma é de uma regulamentação por aderência (voluntária) em relação aos órgãos reguladores regionais e municipais, para construção de uma regulamentação nacional, contornando, dessa forma, eventuais arguições de inconstitucionalidade às regras da ANA, em razão da competência insuperável do art. 30, incisos I e V, da CF, que atribui ao município a competência para legislar sobre assuntos de interesse local, hipótese na qual o saneamento básico se insere à perfeição.

Para assegurar a constitucionalidade da medida estabeleceu-se mecanismo de adesão voluntária às “*normas de referência*” da ANA, consubstanciado em contrapartida econômica de acesso a recursos federais ou financiamento com recursos da União (art. 4º-B, da Lei 9.984/2000)²².

fornecedores. Uma única empresa gera economia de escala, com custo unitário menor, do que duas ou mais concorrentes entre si. É o caso de prestação de serviços por meio de redes que demandam vultosos investimentos, a exemplo do fornecimento de água, saneamento, gás canalizado etc.

²² Lei 9.984/2000 - 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

A inovação é salutar e contribui para aumentar a uniformidade e transparência do processo regulatório do setor. O desafio, entretanto, é saber se a ANA terá condições técnico-operacionais para abarcar a nova competência - de supervisora regulatória dos serviços de saneamento - com a eficiência e a habilidade necessárias, uma vez que o exercício do novo papel requer o desenvolvimento célere de qualidades inéditas e especializadas, que demandam custos de implantação e tempo para o amadurecimento.

Estabelecida a importância do saneamento básico, o novo marco regulatório é uma oportunidade para retirar o País do atraso sanitário em que se encontra e colocá-lo em posição de irradiar uma imagem que corresponda à grandeza de sua economia, que desfrutava, em 2011, o 6º lugar no ranking das maiores economias do mundo e, apesar da recente queda para o 13º lugar em 2021, ainda goza de destaque global.

4 CONCLUSÃO

A presente análise possibilita a verificação de como o saneamento básico evoluiu ao longo das civilizações e os danos que a sua ausência e/ou o fornecimento precário podem causar à saúde e que, infelizmente, perduram até os dias de hoje, mais intensamente em países com economias dependentes e subdesenvolvidas.

De todas as alterações, viu-se que a temática da privatização divide opiniões e tende a se intensificar em face do acirramento da sucessão de crises políticas, econômicas e fiscais que o Brasil não consegue superar, desde o advento da pandemia. Logo, para que haja avanço no debate, é preciso evitar a ideologização do tema, e discuti-lo sob o ponto de vista da eficiência e oferta de resultados, sem falácias ou paixões, a fim de chegar a uma opinião isenta que atenda os resultados pretendidos.

Conclui-se que, em que pese as críticas a respeito do novo Marco Regulatório, suas disposições apostam na prestação regionalizada dos serviços como estratégia fundamental para atrair investimentos privados e integração dos entes federativos.

A realidade que se quer construir, e se espera alcançar, a partir da vigência da Lei 14.026/20, está na concretização do projeto de acesso universal aos serviços de água e tratamento de esgoto para todos os brasileiros, independentemente de região e nível de desenvolvimento.

É factível inferir que o novo marco de saneamento, recentemente aprovado, nasce com a expectativa de tirar os investimentos em infraestrutura da apatia e inaugura uma nova era para a iniciativa privada neste setor tão essencial à sociedade brasileira.

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.

Uma nação que se diga civilizada e atenta ao desenvolvimento sustentável não pode aceitar que um quarto de sua população não tenha acesso a água tratada; mais da metade não desfrute de coleta de esgoto; e grande parte do que é coletado não seja tratado. A gravidade e o custo desse abandono são imensuráveis e comprometem o futuro do País, além de impactar suas riquezas humanas e naturais. Para se ter uma ideia do desatino de se manter tal realidade, estudos feitos pela OMS estimam que, para cada dólar investido em saneamento básico, o PIB global cresça em 1,5% e sejam economizados 4,3 dólares em saúde no mundo.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA BRASIL. **Falta saneamento básico para 2 bilhões de pessoas no mundo, diz ONU**. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2019-03/falta-saneamento-basico-para-2-bilhoes-de-pessoas-no-mundo-diz-onu>. Acesso em: 21 out. 2021.

ASHENBURG, K. **Passando a Limpo: O Banho: de Roma antiga até hoje**. São Paulo. Larousse. 2007.

BBC NEWS. **Enquanto Rio privatiza, por que Paris, Berlim e outras 265 cidades reestatizaram saneamento?** Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-40379053>. Acesso em 21 out. 2021.

BRASIL. **Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007**. Estabelece as diretrizes nacionais para o saneamento básico; cria o Comitê Interministerial de Saneamento Básico; altera as Leis nos 6.766, de 19 de dezembro de 1979, 8.666, de 21 de junho de 1993, e 8.987, de 13 de fevereiro de 1995; e revoga a Lei nº 6.528, de 11 de maio de 1978. (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020). [S. l.], 5 jan. 2007. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/111445.htm. Acesso em: 21 out. 2021.

CASTRO, J. E. **Água e Democracia na América Latina**. Campina Grande: EDUEPB. 2016.

CERQUEIRA, L. P. **Empresas Estatais e Privatização**. 1. ed. São Paulo: Ed. Dialética, 2019.

DESPUPO, M. V. **Saneamento Básico Como Direito Fundamental – Por Que o Seu Acesso é tão difícil no Brasil?** 1. ed. Curitiba: Ed. Juruá, 2015.

EIGENHEER, E. M. **História do lixo**. Rio de Janeiro: ELS2 Comunicação, 2009.

ELSPETH, P. **Privatização dos Bens Naturais**. 2. ed. [S. l.]: Editora Pricila Elspeth/Akaña, 2018.

EOS. **A atual situação do Saneamento Básico no Mundo**. Disponível em: <https://www.eosconsultores.com.br/saneamento-basico-no-mundo/>. Acesso em: 26 out. 2021.

FRANQUILINO, E. Desde os Primórdios: Maquiagem facial através dos tempos. **Revista Temática**, Tecnopress, n. 10, ano 4, jun. 2009.

GRANZIERA, M. L. M. **Agência Nacional de Água e Saneamento**. 1. ed. São Paulo: Ed. Foco, 2021.

JUNIOR, A. P. **Saneamento, Saúde e Ambiente**. Fundamentos para um desenvolvimento sustentável. 2. ed. Barueri (SP): Ed. Manole, 2017.

KISHIMOTO, S.; LOBINA, E.; e PETIJEAN, O.: **Our Public Water Future: The Global Experience with Remunicipalisation**. Published by Transnational Institute – TNI Disponível em <https://www.tni.org/files/download/ourpublicwaterfuture-1.pdf>. Acesso em: 25 out. 2021.

MACHADO, P. A. L. **Direito do Saneamento Básico**. 1. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019.

PEIXOTO, J. B. Sustentabilidade econômica e remuneração da prestação dos serviços de abastecimento de água e de esgotamento sanitário: regulação econômica e fontes de financiamento. *In*: BRASIL. Ministério das Cidades. **Coletânea sobre saneamento básico e a Lei 11.445/2007**. Brasília, DF, 2009. Livro III, p. 497-508.

PEREZ, M. A. **Desafios da Nova Regulamentação do Saneamento no Brasil**. 1. ed. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2019.

CNI Portal da Industria. **Países eficientes em saneamento básico têm ampla participação de companhias privadas, mostra estudo.** Disponível em: <https://noticias.portaldaindustria.com.br/noticias/infraestrutura/paises-eficientes-em-saneamento-basico-tem-ampla-participacao-de-companhias-privadas-mostra-estudo-da-cni/> Acesso em: 21 out. 2021.

PORTAL TRATAMENTO DE ÁGUA – Onu diz que Europeus e Norte Americanos sofrem com a escassez de água. Disponível em: <https://tratamentodeagua.com.br/onu-europeus-norte-americanos-escassez-agua/>. Acesso em: 25 out. 2020.

RIBEIRO JR., WA. Hipócrates de Cós. In: CAIRUS, HF.; RIBEIRO JR., WA. **Textos hipocráticos: o doente, o médico e a doença** [online]. Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ, 2005. p. 11-24. (História e Saúde collection).

RODRIGUES, A. **Gestão Hídrica: governança dos bens em comuns.** São Paulo: Ed. Origem, 2019.

SILVA, Gustavo Henrique Trindade. **Performance Regulatória: uma análise do Programa de Melhoria do Processo de Regulamentação da Anvisa no contexto da atual Agenda de Reforma Regulatória no Brasil.** Fundação Oswaldo Cruz. Disponível em: [file:///C:/Users/rosal/Downloads/silvaghtm%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/rosal/Downloads/silvaghtm%20(1).pdf). Acesso em: 21 out. 2021.

SUL 21. Tendência mundial. **Pelo menos 208 empresas de saneamento foram remunicipalizadas desde 2000.** Disponível em: https://sul21.com.br/saneamento-basicoz_areazero/2019/10/tendencia-mundial-pelo-menos-208-empresas-de-saneamento-foram-remunicipalizadas-desde-2000/. Acesso em: 21 out. 2021.

SENADO EM DISCUSSÃO. **Os muitos males provocados pela Falta de Saneamento.** Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/emdiscussao/edicoes/saneamento-basico/saneamento/os-muitos-males-provocados-pela-falta-de-saneamento>. Acesso em: 26 out. 2021.

UNICEF. **Novo relatório sobre as desigualdades no acesso à água, saneamento e higiene também revela que mais da metade do mundo não tem acesso a serviços de saneamento seguro.** Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/comunicados-de-imprensa/1-em-cada-3-pessoas-no-mundo-nao-tem-acesso-agua-potavel-dizem-unicef-oms>. Acesso em: 21 out. 2021.

O SANEAMENTO BÁSICO COMO DIREITO FUNDAMENTAL: um estudo analítico

Néviton Guedes*

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 O direito fundamental ao saneamento básico e o bloco de constitucionalidade. 3 O direito fundamental ao saneamento básico e mínimo existencial. 4 O direito fundamental ao saneamento básico como resultado lógico-normativo do sistema constitucional de direitos fundamentais.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo, sem pretensão de ineditismo, tem a finalidade de proceder a uma reconstrução analítica do **direito fundamental ao saneamento básico** a partir dos três aspectos principais que, de regra, podem ser considerados como suportes teóricos e normativos de sua **jusfundamentalidade**: (1) o direito fundamental ao saneamento básico em confronto com a ideia de **bloco de constitucionalidade**; (2) o direito fundamental ao saneamento básico como parte integrante da definição constitucionalmente adequada do âmbito de proteção do chamado **mínimo existencial**; e, por fim, como aspecto reforçado das duas premissas anteriores, (3) o direito fundamental ao saneamento básico como norma decorrente, diretamente, de outros princípios e direitos fundamentais expressamente previstos na Constituição (direito ao meio ambiente, princípio da dignidade da pessoa humana, direito à vida e direito à saúde).

Em resumo, como a seguir se demonstrará de forma mais pormenorizada, afigura-se correto afirmar que o **direito fundamental ao saneamento básico** decorre, analiticamente, da conjunção de pelo menos três premissas básicas: (a) a Constituição brasileira de 1988 expressamente admite que não estabeleceu um **rol taxativo** de direitos fundamentais e, portanto, conforme o disposto no § 2º do art. 5º, além dos direitos expressamente estabelecidos no texto constitucional, existem outros direitos fundamentais que decorrem, indiscutivelmente, do regime e dos princípios por ela adotados, conformando materialmente o que a doutrina e a jurisprudência têm designado de **bloco de constitucionalidade**; (2) o direito fundamental ao saneamento básico, no Brasil, também compõe o âmbito de proteção do **mínimo existencial**, que decorre do princípio da dignidade da pessoa humana; e (3) o direito fundamental ao saneamento básico, com base nas premissas anteriores, é norma que também resulta

* Doutor em Direito pela Universidade de Coimbra, Desembargador do TRF da 1ª Região e Professor de Direito Constitucional do UniCeub.

diretamente de plexo de direitos fundamentais conformatado pelo direito fundamental à vida (art. 5º), o direito à saúde (art. 6º) e o direito ao meio ambiente (art. 225).

2 O DIREITO FUNDAMENTAL AO SANEAMENTO BÁSICO E O BLOCO DE CONSTITUCIONALIDADE

Muito embora não conste do rol de direitos fundamentais expressamente previstos na Constituição Federal de 1988, contemporaneamente, a doutrina e a jurisprudência reconhecem a **natureza jusfundamental** das prestações e serviços de **saneamento básico**.

De fato, como se passa a demonstrar, é plenamente plausível inferir do sistema constitucional brasileiro, com apoio na doutrina, no direito comparado e na jurisprudência do STF e do STJ, a conclusão de que o saneamento básico, efetivamente, integra o rol de direitos fundamentais assegurados pela Constituição.

Inicialmente, suporta essa conclusão a certeza de que, dogmática ou teoricamente, não prepara qualquer dificuldade o fato de o saneamento básico não integrar o rol de direitos fundamentais **expressamente** previstos na Constituição.

Com efeito, como se sabe, a Constituição não estabeleceu um rol taxativo de direitos fundamentais. Como a própria Constituição admite, no art. 5º, § 2º e § 3º, além dos direitos fundamentais **expressamente** veiculados em seu texto, é possível, legitimamente, extrair outros direitos fundamentais decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, além dos tratados internacionais a que o Brasil tenha aderido, especialmente no caso dos tratados internacionais incorporados ao direito brasileiro na forma do § 3º do art. 5º da Constituição (cito):

Art. 5º (...)

§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Dando concretização a esses dispositivos, de fato, alguns dos principais direitos e princípios constitucionais hoje reconhecidos pela doutrina e jurisprudência, inclusive como parâmetro de controle de constitucionalidade, como se sabe, não foram expressamente previstos no texto constitucional, a exemplo do **princípio da**

proporcionalidade, ou da **proteção do conteúdo essencial dos direitos fundamentais**, ou do **mínimo existencial**.

Da mesma forma, Ingo Sarlet anota, em artigo de divulgação na Revista **Conjur**, que “a doutrina e jurisprudência, com destaque para a prática decisória do Supremo Tribunal Federal, já apresentam diversos casos de direitos fundamentais implícitos entre nós, como o sigilo fiscal e bancário, o direito ao nome, ao conhecimento das origens genéticas, o direito ao esquecimento, o direito do preso à ressocialização, a união entre pessoas do mesmo sexo, bem como, entre outros e no campo dos direitos sociais, o assim chamado direito a um mínimo existencial ou mínimo para uma existência digna.”¹

Portanto, para além do **aspecto formal**, isto é, além dos direitos fundamentais positivados de forma expressa no texto constitucional, a própria Constituição reconhece a existência de direitos fundamentais que, sob o **aspecto material**, muito embora não tenham sido expressamente por ela referidos, compõem também, legitimamente, o conjunto de direitos fundamentais da ordem jurídica nacional.

Mais do que isso, oferecendo conformação teórica e sistemática a esse complexo de normas das quais resultam, **pelo menos sob o aspecto material**, direitos e princípios não formalmente estabelecidos (de maneira expressa) no texto constitucional, a doutrina e a jurisprudência passaram a referir-se com frequência à existência de um assim designado **bloco de constitucionalidade**.

Numa primeira aproximação, com ajuda da doutrina francesa, afirma-se que o **bloco de constitucionalidade** “pode ser definido como o conjunto de normas materialmente constitucionais que, junto com a constituição codificada de um Estado, formam um bloco normativo de hierarquia constitucional.”²

No Brasil, já mais recentemente, com base inclusive na jurisprudência do STF e, sobretudo, após o advento da EC n. 45/2004, não se pode negar a existência e

¹ cfe. SARLET, Ingo W. O direito ao mínimo existencial não é uma mera garantia de sobrevivência. **Conjur**, 8 maio 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-mai-08/direitos-fundamentais-assim-chamado-direito-minimo-existencial>. Acesso em: 17 nov. 2021.

² “O bloco de constitucionalidade pode ser definido como o conjunto de normas materialmente constitucionais que, junto com a constituição codificada de um Estado, formam um bloco normativo de hierarquia constitucional. A expressão originou-se no Direito francês, a partir da decisão proferida pelo *Conseil Constitutionnel*, em 16 de julho de 1971, por meio da qual afirmou a existência de um bloco de princípios e regras dotadas de nível constitucional, composto pela Constituição de 1958, o Preâmbulo da Constituição de 1946, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 e os princípios fundamentais previstos nas leis da República (FAVOREU, 1991).”, consoante definição extraída de LOPES, Ana Maria D’Ávila; CHEHAB, Isabelle Maria Campos Vasconcelos. **Bloco de Constitucionalidade e controle de convencionalidade**: reforçando a proteção dos direitos humanos no Brasil. Disponível em: <https://seer.imes.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/1367/1053>. Acesso em: 12 nov. 2021.

o caráter mais aberto e ampliativo do conceito de **bloco de constitucionalidade**, inclusive, como **parâmetro de controle de constitucionalidade** frente ao direito ordinário (cito)³:

(...) não foi por outra razão que o Supremo Tribunal Federal, certa vez, e para além de uma perspectiva meramente reducionista, veio a proclamar - distanciando-se, então, das exigências inerentes ao positivismo jurídico - que a Constituição da República, muito mais do que o conjunto de normas e princípios nela formalmente positivados, há de ser também entendida em função do próprio espírito que a anima, afastando-se, desse modo, de uma concepção impregnada de evidente minimalismo conceitual (RTJ 71/ 289, 292 e 77/ 657)³. Diante de todo o exposto, busca-se fixar, com clareza para o direito brasileiro, o conceito de bloco de constitucionalidade, qual seja, o que deverá servir de parâmetro para que se possa realizar a confrontação e aferir a constitucionalidade. A tendência ampliativa parece-nos tímida na jurisprudência brasileira, que adotou, do ponto de vista jurídico, a ideia de supremacia formal, apoiada no conceito de rigidez constitucional e na consequente obediência aos princípios e preceitos decorrentes da Constituição. Nesse sentido, Bernardes observa que ‘... no direito brasileiro prevalece a restrição do parâmetro direto de controle—que aqui poderia ser chamado de bloco de constitucionalidade em sentido estrito - às normas contidas, ainda que não expressamente, em texto constitucional (normas formalmente constitucionais)’. Com o advento da EC n. 45/ 2004 pode-se asseverar ter havido ampliação do ‘bloco de constitucionalidade’ na medida em que se passa a ter um novo parâmetro (norma formal e materialmente constitucional) - os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em 2 turnos, por 3/ 5 dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais, nos termos do art. 5.º, § 3.º, da CF/ 88.

Em consonância com o disposto no art. 5º, § 2º e § 3º, também o STF, por sua jurisprudência, consagrou a ideia de que existem direitos fundamentais não expressos no texto constitucional, que podem ser deduzidos tanto do regime que resulta dos demais direitos fundamentais e princípios adotados pela Constituição, como também resultantes dos tratados internacionais a que o Brasil tenha aderido, na forma do art. 5º, § 3º (cito):

(...) 3. O reconhecimento da qualidade de preceito fundamental derivada dos dispositivos constitucionais que estabelecem a

³ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, Kindle, posição 554-555.

proteção à maternidade e à infância como direitos sociais fundamentais (art. 6º) e a absoluta prioridade dos direitos das crianças, sobressaindo, no caso, o direito à vida e à convivência familiar (art. 227), qualifica o regime de proteção desses direitos. 4. Além disso, o bloco de constitucionalidade amplia o sistema de proteção desses direitos: artigo 24 da Convenção sobre os Direitos da Criança (Decreto n.º 99.710/1990), Objetivos 3.1 e 3.2 da Agenda ODS 2030 e Estatuto da Primeira Infância (Lei n.º 13.257/2016), que alterou a redação do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n.º 8.069/1990), a fim de incluir no artigo 8º, que assegurava o atendimento pré e perinatal, também o atendimento pós-natal. Marco legal que minudencia as preocupações concernentes à alta hospitalar responsável, ao estado puerperal, à amamentação, ao desenvolvimento infantil, à criação de vínculos afetivos, evidenciando a proteção qualificada da primeira infância e, em especial, do período gestacional e pós-natal, reconhecida por esta Suprema Corte no julgamento do HC coletivo das mães e gestantes presas” (HC 143641, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 20/02/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-215 DIVULG 08-10-2018 PUBLIC 09-10-2018). (...) (ADI 6327 MC-Ref, Relator(a): EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 03/04/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-154 DIVULG 18-06-2020 PUBLIC 19-06-2020)

Conjugado com a ideia de **bloco de constitucionalidade**, e em tudo aplicável à espécie, fala-se também de **direitos fundamentais implícitos**, para referir pretensões “absolutamente legítimas” que se referem a direitos que, na forma do art. 5º § 2º, a Constituição incorporou como direitos públicos subjetivos, ou melhor, como direitos fundamentais (HC 173542 Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Julgamento: 01/08/2019, Publicação: 07/08/2019).

Na mesma direção, a voz autorizada do Min. Gilmar Mendes consente com a existência de **direitos fundamentais implícitos**, ao afirmar, por exemplo, que “[o] **direito ao esquecimento**, a despeito de inúmeras vozes contrárias, também encontra respaldo na seara penal, enquadrando-se como um **direito fundamental implícito**, corolário da vedação à adoção de pena de caráter perpétuo e dos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da proporcionalidade e da razoabilidade” (HC 150996 Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Julgamento: 13/12/2017, Publicação: 15/12/2017).

Em conclusão, seja na forma de **direitos fundamentais implícitos**, seja como resultante do conceito de **bloco de constitucionalidade**, além dos direitos formal e expressamente estabelecidos no texto constitucional, existem outros direitos fundamentais, os quais resultam, indubitavelmente, do regime conformado por outros princípios e direitos fundamentais expressamente adotados na Constituição.

Como consequência das premissas até agora reveladas, como agora se passará a demonstrar, não há dúvida quanto à existência, no âmbito do direito constitucional brasileiro, do **direito fundamental ao saneamento básico**, o qual integra tanto âmbito de proteção do direito fundamental ao **mínimo existencial social**, como também resulta, na forma do art. 5º, § 2º da Constituição, diretamente, da interpretação conjugada dos enunciados constitucionais que garantem o **direito ao meio ambiente** (art. 225), o **direito à vida** (art. 5º) o **direito à saúde** (art. 6º). Como reforço normativo, não se pode esquecer que o saneamento básico também aparece, expressamente, na Constituição, em contrapartida à sua feição de direito fundamental, na forma de **serviço público essencial** (art. 21, XX; 23. IX; 200, IV).

3 O DIREITO FUNDAMENTAL AO SANEAMENTO BÁSICO E MÍNIMO EXISTENCIAL

Considerado o regime adotado pela Constituição de 1988, como se passa a demonstrar, não há dúvida de que o saneamento básico integra o âmbito de proteção do **mínimo existencial** que conforma o nosso sistema constitucional de direitos e garantias fundamentais.

Numa primeira aproximação conceitual, afirma-se que o **mínimo existencial** decorre do **princípio da dignidade da pessoa humana** e, conquanto mantenha estreita relação com outros direitos fundamentais, muito especialmente com o direito à vida (vida digna) e com os direitos sociais, não se confunde com eles.

Para a compreensão do mínimo existencial, é necessário, em primeiro lugar, analisar o princípio da dignidade da pessoa humana.

O princípio da dignidade da pessoa humana tem natureza dúplice, pois, expressa, segundo a doutrina, não apenas uma **função de defesa**, mas também uma **função de prestação**.

Melhor explicando, no âmbito do **princípio da dignidade da pessoa humana** situa-se não apenas a **função negativa de defesa**, consistente na genérica proibição dirigida ao Estado e à sociedade de, em qualquer situação, desconsiderando a autonomia do indivíduo e a sua imanente exigência de dignidade e respeito, converter o ser humano em mero instrumento, ou simples objeto de suas finalidades e desígnios (**fórmula-objeto**), mas também a **função positiva** de propiciar aos indivíduos prestações essenciais quanto às suas pretensões e necessidades básicas de saúde, alimentação, educação, trabalho, lazer etc., do que deriva o direito fundamental ao **mínimo existencial** (para uma vida digna).⁴

⁴ PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, Kindle, posição 3653-3668: “c) O mínimo necessário para a vida humana exige, pelo

Historicamente, consoante o abalizado magistério do Ingo Sarlet, o chamado **mínimo existencial** está estreitamente relacionado, portanto, ao âmbito de proteção da **dignidade da pessoa humana**, visando assegurar aos indivíduos, mediante prestações materiais básicas (de saúde, educação, alimentação etc.) a possibilidade de uma vida e existência dignas (cito):

A vinculação dos direitos (fundamentais) sociais com o que se designou de uma garantia do mínimo existencial é considerada, na atual quadra da evolução, algo evidente, embora a natureza e o grau de tal relação sejam objeto de controvérsia doutrinária e jurisprudencial. (...)A noção de um direito fundamental (e, portanto, de uma garantia fundamental) às condições materiais para uma vida com dignidade teve sua primeira importante elaboração dogmática na Alemanha do Segundo Pós-Guerra, com Otto Bachof, para quem o princípio da dignidade da pessoa humana não reclamaria somente a garantia da liberdade, mas também um mínimo de segurança social, já que, sem os recursos materiais para uma existência digna, a própria dignidade ficaria sacrificada. A tese foi inicialmente acolhida pelo Tribunal Federal Administrativo e, mais tarde, pelo Tribunal Constitucional Federal, consagrando-se, então, um direito fundamental à garantia das condições mínimas para uma existência digna. Atualmente a doutrina alemã compreende que a garantia integra o conteúdo essencial do princípio do Estado Social de Direito, constituindo uma de suas principais tarefas e obrigações.⁵

De regra geral, a doutrina tem entendido que, muito embora não possa desconsiderar as limitações socioeconômicas e as condições de espaço e tempo nas quais se concretizará o **mínimo existencial**, o seu conteúdo não se restringe a simples exigências materiais de **garantia de sobrevivência física**, fazendo parte do seu âmbito de proteção também aquelas prestações que permitem ao indivíduo, para além de “um mínimo meramente vital ou de sobrevivência”, usufruir uma **vida digna em sentido amplo**, integrada também por **bens culturais, sociais e políticos**, compondo,

contrário, proteção ativa do Estado e diferenciada em função da situação de necessidade individual. Aquele a quem “faltarem os meios materiais necessários por não os poder obter nem pelo exercício da sua profissão, nem por bens próprios, nem por meio de donativos de terceiros” 203, fica dependente dos sistemas de prestação do Estado social. Embora o direito a prestação decorra diretamente do art. 1º, n. 1, o seu âmbito não pode ser deduzido diretamente da Constituição. O Tribunal Constitucional Federal toma isso em consideração, colocando o direito fundamental à garantia de um mínimo existencial humanamente digno a par do art. 1º, n. 1, que tem por efeitos absolutos, e apoiando-o não só no art. 1º, n. 1, mas também no art. 20º, n. 1, que estabelece a função conformadora do Estado com respeito ao âmbito da prestação 204.”

⁵ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme *et al.* **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, Kindle, posição 877.

segundo ainda o respeitável magistério de Ingo Sarlet, o chamado “**mínimo existencial sociocultural**” (cito):

De outra parte, o conteúdo do mínimo existencial é limitado por condições de espaço e tempo, bem como implica diálogo com o padrão socioeconômico vigente. De qualquer modo, a garantia efetiva de uma existência digna abrange, de acordo com a compreensão prevalente, mais do que a garantia da mera sobrevivência física, situando-se, portanto, além do limite da pobreza absoluta e não se reduzindo à mera existência física, ou seja, aquilo que alguns designam como mínimo existencial fisiológico, mas alcançando também a garantia de um mínimo de integração social, bem como acesso aos bens culturais e participação na vida política, aspectos que dizem respeito a um mínimo existencial sociocultural.⁶

Por fim, conformando a definição de mínimo existencial, há de se concordar que, muito embora guarde relação íntima com o núcleo ou conteúdo essencial de diversos direitos sociais, o seu âmbito de proteção não se confunde com os próprios direitos fundamentais (cito):

Em síntese, embora o mínimo existencial esteja em contato com os diversos direitos sociais individualmente considerados e existam zonas de convergência quanto aos respectivos conteúdos (âmbitos de proteção), não se pode afirmar que o mínimo existencial equivale (isto é, se confunde com) ao conteúdo essencial dos direitos sociais. Aliás, aplica-se aqui (embora as peculiaridades dos direitos sociais) linha de argumentação similar à que se utiliza para a relação da dignidade da pessoa humana com o conteúdo essencial dos direitos fundamentais: ambos guardam maior ou menor relação (por vezes nenhuma!), mas não se confundem.⁷

Também no âmbito jurisprudencial, o STF tem pacificado a sua jurisprudência para reconhecer a garantia constitucional da proteção do mínimo existencial, muito especialmente quando referido àquelas prestações básicas, essenciais a uma vida digna, inclusive, conferindo-lhe a nota da intangibilidade (cito):

(...) A CONTROVÉRSIA PERTINENTE À “RESERVA DO POSSÍVEL” E A INTANGIBILIDADE DO MÍNIMO

⁶ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme *et al.* **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, Kindle, posição 878.

⁷ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme *et al.* **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, Kindle, posição 879.

EXISTENCIAL: A QUESTÃO DAS “ESCOLHAS TRÁGICAS”. - A destinação de recursos públicos, sempre tão dramaticamente escassos, faz instaurar situações de conflito, quer com a execução de políticas públicas definidas no texto constitucional, quer, também, com a própria implementação de direitos sociais assegurados pela Constituição da República, daí resultando contextos de antagonismo que impõem, ao Estado, o encargo de superá-los mediante opções por determinados valores, em detrimento de outros igualmente relevantes, compelindo, o Poder Público, em face dessa relação dilemática, causada pela insuficiência de disponibilidade financeira e orçamentária, a proceder a verdadeiras “escolhas trágicas”, em decisão governamental cujo parâmetro, fundado na dignidade da pessoa humana, deverá ter em perspectiva **a intangibilidade do mínimo existencial**, em ordem a conferir real efetividade às normas programáticas positivadas na própria Lei Fundamental. Magistério da doutrina. - A cláusula da reserva do possível - que não pode ser invocada, pelo Poder Público, com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição - encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanção direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana. Doutrina. Precedentes. - A noção de “mínimo existencial”, que resulta, por implicitude, de determinados preceitos constitucionais (CF, art. 1º, III, e art. 3º, III), compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança. Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana, de 1948 (Artigo XXV). A PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL COMO OBSTÁCULO CONSTITUCIONAL À FRUSTRAÇÃO E AO INADIMPLENTO, PELO PODER PÚBLICO, DE DIREITOS PRESTACIONAIS. - O princípio da proibição do retrocesso impede, em tema de direitos fundamentais de caráter social, que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive. - A cláusula que veda o retrocesso em matéria de direitos a prestações positivas do Estado (como o direito à educação, o direito à saúde ou o direito à segurança pública, v.g.) traduz, no processo de efetivação desses direitos fundamentais individuais ou coletivos, obstáculo a que os níveis de concretização de tais prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser ulteriormente reduzidos ou suprimidos pelo Estado. Doutrina. Em consequência desse princípio, o Estado, após haver

reconhecido os direitos prestacionais, assume o dever não só de torná-los efetivos, mas, também, se obriga, sob pena de transgressão ao texto constitucional, a preservá-los, abstendo-se de frustrar - mediante supressão total ou parcial - os direitos sociais já concretizados. (...) (ARE 639337 AgR, Relator(a): CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 23/08/2011, DJe-177 DIVULG 14-09-2011 PUBLIC 15-09-2011 EMENT VOL-02587-01 PP-00125).

(...) A decisão governamental, presente essa relação dilemática, há de conferir precedência à intangibilidade do “mínimo existencial”, em ordem a atribuir real efetividade aos direitos positivados na própria Lei Fundamental da República e aos valores consagrados nas diversas convenções internacionais de direitos humanos. A cláusula da reserva do possível, por isso mesmo, é inoponível à concretização do “mínimo existencial”, em face da preponderância dos valores e direitos que nele encontram seu fundamento legitimador. (HC 172136, Relator(a): CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 10/10/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-283 DIVULG 30-11-2020 PUBLIC 01-12-2020).

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. CRIME AMBIENTAL TRANSNACIONAL. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. INTERESSE DA UNIÃO RECONHECIDO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO A QUE SE DÁ PROVIMENTO. “1. As florestas, a fauna e a flora restam protegidas, no ordenamento jurídico inaugurado pela Constituição de 1988, como poder-dever comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (art. 23, VII, da Constituição da República). 2. Deveras, a Carta Magna dispõe que “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” (CF/88, art. 225, caput), incumbindo ao Poder Público “proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade” (CF/88, art. 225, § 1º, VII). (...) 5. As violações ambientais mais graves recentemente testemunhadas no plano internacional e no Brasil, repercutem de modo devastador na esfera dos direitos humanos e fundamentais de comunidades inteiras. E as graves infrações ambientais podem constituir, a um só tempo, graves violações de direitos humanos, máxime se considerarmos que o núcleo material elementar da dignidade humana “é composto do mínimo existencial, locução que identifica o conjunto de bens e utilidades básicas para a subsistência física e indispensável ao desfrute da própria

liberdade. Aquém daquele patamar, ainda quando haja sobrevivência, não há dignidade. (...) (RE 835558, Relator(a): LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 09/02/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-174 DIVULG 07-08-2017 PUBLIC 08-08-2017).

Em conclusão, tanto a doutrina como a jurisprudência têm reconhecido a necessidade de o Estado assegurar um conjunto mínimo de prestações materiais que, por derivação direta do princípio da dignidade da pessoa humana, consiste (esse conjunto) no conteúdo essencial da exigência de uma vida digna e saudável, integrando autonomamente, como tal, o âmbito de proteção do chamado **mínimo existencial**.

Por outro lado e obviamente, não há dúvida de que o **saneamento básico integra o rol de prestações mínimas essenciais à conformação constitucional do âmbito de proteção do assim chamado mínimo existencial**, não sendo possível imaginar, nos tempos atuais, a possibilidade de uma vida digna que se realize desprovida das prestações que integram definição jurídica de saneamento básico, muito especialmente, os serviços de água potável e esgoto. É esse também o sentido que se pode retirar da jurisprudência (cito):

ADMINISTRATIVO. PROCESSO CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. REDE DE ESGOTO. VIOLAÇÃO AO ART. 45 DA LEI N. 11.445/2007. OCORRÊNCIA. DISCRICIONARIEDADE DA ADMINISTRAÇÃO. RESERVA DO POSSÍVEL. MÍNIMO EXISTENCIAL. 1. Cuida-se de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul objetivando o cumprimento de obrigação de fazer consistente na instalação de rede de tratamento de esgoto, mediante prévio projeto técnico, e de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente e à saúde pública. 2. Caso em que o Poder Executivo local manifestou anteriormente o escopo de regularizar o sistema de encanamento da cidade. A câmara municipal, entretanto, rejeitou a proposta. 3. O juízo de primeiro grau, cujo entendimento foi confirmado pelo Tribunal de origem, deu parcial procedência à ação civil pública - limitando a condenação à canalização em poucos pontos da cidade e limpeza dos esgotos a céu aberto. A medida é insuficiente e paliativa, poluindo o meio ambiente. 4. O recorrente defende que é necessária elaboração de projeto técnico de encanamento de esgotos que abarque outras áreas carentes da cidade. 5. O acórdão recorrido deu interpretação equivocada ao art. 45 da Lei n. 11.445/2007. No caso descrito, não pode haver discricionariedade do Poder Público na implementação das obras de saneamento básico. A não observância de tal política pública fere aos princípios da dignidade da pessoa humana, da saúde e do meio ambiente equilibrado. 6. Mera alegação de ausência de previsão orçamentária não afasta a obrigação de garantir o mínimo existencial. O município não provou a inexistência dos pedidos da ação civil

pública. 7. Utilizando-se da técnica hermenêutica da ponderação de valores, nota-se que, no caso em comento, a tutela do mínimo existencial prevalece sobre a reserva do possível. Só não prevaleceria, ressalta-se, no caso de o ente público provar a absoluta inexequibilidade do direito social pleiteado por insuficiência de caixa - o que não se verifica nos autos. _Recurso especial provido. (REsp 1366331/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/12/2014, DJe 19/12/2014).

4 O DIREITO FUNDAMENTAL AO SANEAMENTO BÁSICO COMO RESULTADO LÓGICO-NORMATIVO DO SISTEMA CONSTITUCIONAL DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Na parte final deste artigo, avança-se para demonstrar como o **direito fundamental ao saneamento básico** compõe, indiscutivelmente, o regime de direitos fundamentais conformado na Constituição de 1988, tanto na forma de **mínimo existencial** resultante do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, como também na forma de implicação direta do regime e da conjugação de alguns direitos fundamentais, muito especialmente, no caso, deve-se referir o **direito ao meio ambiente**, o **direito à vida** e o **direito à saúde**.

Como ponto de delimitação dogmática e teórica para essa discussão, em primeiro lugar, deve-se anotar que a Constituição assegura, no art. 5º, o direito à vida. Entretanto, como vimos acima, o direito à vida, ao ligar-se por meio do direito ao **mínimo existencial** ao princípio da dignidade da pessoa humana, não se resume à proteção da vida no seu caráter meramente físico e biológico, inserindo-se no âmbito de uma legítima exigência constitucional mais alargada de vida digna, ou seja, no plano espiritual, material e socioambiental.

Num segundo passo, também essencial a essa discussão é o fato de que ao assegurar a todos, no seu art. 225, o direito fundamental ao meio ambiente⁸, ninguém duvida de que, no âmbito de proteção desse direito fundamental de terceira geração, situa-se a exigência legítima de garantir a todos as prestações essenciais de serviços de saneamento básico (art. 21, XX; 23. IX; 200, IV)⁹. Como se sabe, analiticamente, o saneamento básico diz respeito ao “abastecimento de água potável”, ao

⁸ “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.”

⁹ SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito Constitucional Ambiental: estudos sobre a Constituição, os Direitos Fundamentais e a proteção do ambiente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 108 e seguintes.

“esgotamento sanitário”, à “limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos” e à “drenagem e manejo das águas pluviais urbanas”.¹⁰

Em terceiro lugar, ao assegurar, em seu art. 6º, o direito fundamental à saúde, também não há dúvida de que a Constituição impõe, com especial atenção, a necessidade de prestações de saneamento básico voltadas à proteção dos indivíduos no que tange a uma vida digna e saudável. Conjugando o direito à saúde às exigências e prestações de saneamento básico, não é por outra razão que o inciso IV do art. 200 da Constituição estabelece que ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei, participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico.

Tudo isso considerado, não é difícil, portanto, assimilar que, considerada a exigência constitucional de **mínimo existencial** para uma **vida digna e saudável**, hermeneuticamente, a natureza e as finalidades das prestações e dos serviços de saneamento básico impõem, de forma indiscutível, a compreensão do **direito fundamental ao saneamento básico**, de um lado, como prestação de natureza social vinculada ao direito à saúde e, de outro, como prestação diretamente extraída da exigência constitucional de proteção ao meio ambiente.

Aliás, de maneira ampla, no âmbito do Estado Socioambiental de Direito, ambas as dimensões (social e ambiental) precisam ser consideradas, de modo a propiciar, minimamente, aos indivíduos uma vida saudável e digna (cito):

A compreensão integrada e interdependente dos direitos sociais e da proteção do ambiente, mediante a formatação dos direitos fundamentais socioambientais, constitui um dos esteios da noção de desenvolvimento sustentável no âmbito do Estado Socioambiental de Direito, de tal sorte que o desenvolvimento sustentável (e o correspondente princípio da sustentabilidade) tem assumido a condição de princípio constitucional de caráter geral, razão pela qual será desenvolvido em separado logo na sequência. A partir de tal premissa, deve-se ter em conta a existência tanto de uma dimensão social quanto de uma dimensão ecológica da dignidade (da pessoa) humana, sendo que somente um projeto que contemple ambas as dimensões normativas (para além da clássica e sempre presente dimensão da liberdade/ autonomia) se revela como constitucionalmente adequado.¹¹

¹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito Constitucional Ambiental: estudos sobre a Constituição, os Direitos Fundamentais e a proteção do ambiente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 117-118.

¹¹ SARLET, Ingo Wolfgang; Marinoni, Luiz Guilherme *et al.* **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, Kindle, posição 393-394.

Como resultado de todas essas premissas, afigura-se absolutamente necessário e adequado a uma vida minimamente digna que o Estado, sobretudo em consideração aos postulados do mínimo existencial, da proteção do meio ambiente, do direito à vida e do direito à saúde, forneça aos seres humanos situados no seu território a prestação de saneamento básico, pelo menos na forma de serviço de esgoto e água potável, serviço indiscutivelmente essencial para uma vida digna e saudável.

Assim, em síntese conclusiva, o **direito fundamental ao saneamento básico** surge, indiscutivelmente, como derivação lógico-normativa da conjugação hermenêutica do direito fundamental ao meio ambiente, do direito à vida e do direito à saúde, compondo, outrossim, a garantia do **mínimo existencial social**, que, por sua vez, na forma de prestação social legitimamente oponível ao Estado, implica direta concretização do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.¹² Como ficou acima anotado, a relevância do direito fundamental ao saneamento básico, ao identificar-se também como uma das prestações essenciais que integram a garantia constitucional do **mínimo existencial**, confere-lhe, outrossim, a eficácia normativa máxima dos direitos fundamentais, no sentido de não retroceder mesmo diante da alegada **cláusula da reserva do possível** (REsp 1366331/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/12/2014, DJe 19/12/2014).

REFERÊNCIAS

LOPES, Ana Maria D'Ávila; CHEHAB, Isabelle Maria Campos Vasconcelos. “**Bloco de Constitucionalidade e controle de convencionalidade**: reforçando a proteção dos direitos humanos no Brasil. Disponível em: <https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/1367/1053>, Acesso em 12 nov. 2021.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, Kindle.

PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, Kindle.

¹² SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito Constitucional Ambiental**: estudos sobre a Constituição, os Direitos Fundamentais e a proteção do ambiente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 118 (cito): “Nessa perspectiva, Barcellos afirma que a prestação do serviço de saneamento (consubstanciada nos artigos 23, IX, 198, II e 200, IV, VIII, da CF88), como desmembramento do direito à saúde, integra a garantia do mínimo existencial, ou seja, do núcleo mínimo de prestações sociais a serem exigidas do Estado para assegurar o desfrute de uma vida dignidade.”.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme *et al.* **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, Kindle.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito Constitucional Ambiental**: estudos sobre a Constituição, os Direitos Fundamentais e a proteção do ambiente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SARLET, Ingo W. O direito ao mínimo existencial não é uma mera garantia de sobrevivência, **Revista Conjur**, 8 maio 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-mai-08/direitos-fundamentais-assim-chamado-direito-minimo-existencial>. Acesso em: 17 nov. 2021.

A COBRANÇA NOS SERVIÇOS DE ABASTECIMENTO DE ÁGUA E ESGOTAMENTO SANITÁRIO: críticas acerca da insegurança jurídica advinda do tema 414/STJ e os riscos à universalização imposta pela Lei 14.026/2020

Raphael Eyer Soares de Paiva*

Giovani Morelli*

RESUMO: O presente artigo está inserido na área do Direito Administrativo, especificamente, em matéria de Saneamento Básico. Ao longo do artigo, trabalhou-se a compreensão de conceitos preciosos para a cobrança dos consumidores em matéria de política tarifária de abastecimento de água e esgotamento sanitário, ao passo que buscou demonstrar os motivos pelos quais o precedente vinculante do Poder Judiciário está equivocado e merece ser superado.

Palavras-Chave: Saneamento Básico. Abastecimento e Esgotamento Sanitário. Tarifas. Precedente. Superação.

ABSTRACT: This paper is inserted in the area of Administrative Law, specifically, in the matter of Basic Sanitation. Throughout the article, the understanding of precious concepts for charging consumers in the subject of tariff policy for water supply and sanitary sewage was worked on, while it sought to demonstrate the reasons why the binding precedent of the Judiciary Branch is wrong and deserves to be overruled.

Keywords: Basic Sanitation. Water and Sanitary Sewage. Tariffs. Precedents. Overruling.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 A evolução histórica da legislação federal em matéria de cobrança tarifária nos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário. 3 O Tema 414 do Superior Tribunal de Justiça e a insegurança jurídica capaz de obstaculizar os investimentos necessários à universalização imposta pela Lei 14.026/2020. 4 A oportunidade de rediscussão do Tema 414/STJ: é chegado o momento de superar esse entendimento vinculante? 5 Conclusão.

* Advogado. Doutorando e Mestre em Direito da Cidade pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Especialista em Direito Civil e Direito Processual Civil pela Universidade LaSalle.

* Advogado. Especialista em Processo Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo se debruça sobre a temática do Direito Administrativo, especificamente, no que diz respeito ao postulado da universalização em matéria de Saneamento Básico trazido pela recente lei federal 14.026/2020 e os entraves processuais à sua concretização. A problemática central consiste no possível risco de obstaculizar a universalização em decorrência da insegurança jurídica oriunda do Tema 414/STJ que versa sobre a cobrança da tarifa para os serviços de abastecimento e esgotamento sanitário.

Esse recorte temático possui relevância social, ao passo que o saneamento básico representa um assunto caríssimo para a sociedade como um todo, uma vez que a discussão está adstrita à meta de universalização de um serviço público essencial para a manutenção da dignidade da pessoa humana. Especialmente, no contexto brasileiro, em que drástica parcela da sociedade não possui acesso a abastecimento de água potável e esgotamento sanitário.

Pelo viés jurídico, a problemática evidencia uma grave falha no sistema de precedentes que, em matéria de saneamento básico, foi incapaz de atingir o seu objetivo final de pacificar a questão discutida e conferir segurança jurídica acerca dos julgamentos da matéria, permitindo, com isso, substanciais impactos no orçamento das concessionárias e, conseqüentemente, comprometendo o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos e acarretando na redução da qualidade do serviço prestado.

Pela ótica acadêmica, esta problemática ainda não foi profundamente estudada pela comunidade jurídica, motivo pelo qual constata-se uma relevância especial, pois este trabalho pode contribuir com uma melhor compreensão do mote e da fundamentação das decisões judiciais sobre a política tarifária de abastecimento de água, ao difundir as repercussões do Tema 414/STJ com maior profundidade pela comunidade acadêmica e jurídica, como um todo.

Nessa esteira, este trabalho foi realizado a partir de uma pesquisa aplicada que analisou detalhadamente o Tema 414 do Superior Tribunal de Justiça. Por meio de uma abordagem qualitativa buscou-se atingir o objetivo geral de demonstrar que o referido tema falhou na pacificação da matéria discutida e que, atualmente, é responsável pela insegurança jurídica e pelo risco de obstaculizar a concretização das metas de universalização impostas pela Lei n. 14.026/2020.

Desta forma, o presente trabalho testará as seguintes hipóteses, a saber: a) o tema 414/STJ não pacificou a questão e isso gera insegurança jurídica; e b) o tema 414/STJ obstaculiza a previsibilidade e estabilidade de receita que são essenciais para o investimento necessário para o alcance das metas de universalização.

Para tanto, este trabalho foi estruturado em três capítulos de desenvolvimento, abordando, respectivamente, a trajetória legislativa sobre saneamento básico, a nível federal, tendo em vista não haver muitos trabalhos jurídicos abordando a presente temática, o conteúdo do julgado representativo de controvérsia e suas consequências para o setor, bem como a possibilidade de possível superação desse entendimento em busca da segurança jurídica na cobrança no serviço público de abastecimento e esgotamento sanitário.

Cumprir informar, ainda, que o escopo analítico será conduzido para demonstrar como é a cobrança de abastecimento e esgotamento, bem como a ocorrência de uma falha judicial na fixação de entendimento vinculante acerca da questão em dissonância da legislação específica em vigor. Ao revés, destaca-se que não estará abarcado pelo escopo analítico deste trabalho as discussões pertinentes à tarifa social, à tarifa de esgoto, à cobrança por estimativa, à limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos, assim como à drenagem e manejo das águas pluviais urbanas.

2 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA LEGISLAÇÃO FEDERAL EM MATÉRIA DE COBRANÇA TARIFÁRIA NOS SERVIÇOS DE ABASTECIMENTO DE ÁGUA E ESGOTAMENTO SANITÁRIO

Em matéria de saneamento básico em nível federal, cumprir esclarecer que o tema ganhou relevância inicialmente a partir do Plano Nacional de Saneamento (PLANASA) elaborado pelo Poder Executivo em 1970.

À época, o assunto ganhava os seus primeiros contornos diretivos com o advento da Lei n. 6.528/1978 e o Decreto regulamentador de n. 82.587/1978 que, incipientemente, abordava a questão de saneamento ainda de forma tímida, uma vez que as legislações federais dispunham, respectivamente, de apenas seis e trinta e três artigos.

Apesar de disposição normativa enxuta a nível federal, as legislações acima trouxeram conceitos preciosos para o setor que continuam em vigor como, por exemplo, a compreensão sobre a tarifa mínima e sobre a progressividade tarifária, explicadas em maiores detalhes no tópico subsequente deste trabalho.

Compete neste momento do trabalho, realizar os apontamentos gerais sobre a implementação e as adaptações desses conceitos a partir dos contornos legislativos federais no contexto brasileiro.

Destarte, convém observar que pela leitura em conjunto dos artigos 2, §2 e 4, da Lei n. 6.528/1978, pode-se observar a adoção inicial, a nível nacional, da noção de que tarifa mínima é aquela responsável pela previsibilidade mínima de uma receita capaz de manter o equilíbrio econômico-financeiro da operação e, assim, assegurar os aspectos sociais pertinentes ao serviço público de abastecimento e esgotamento sanitário.

Adiante, cabe destacar importante recorte legislativo do Decreto n. 82.587/1978 que, em seus capítulos III e IV, compreendidos entre os artigos 10 e 20, dos aspectos econômicos e sociais e aspectos técnicos, respectivamente, implementam os contornos iniciais sobre a noção de progressividade tarifária.

Pela leitura do Decreto regulamentador de 1978, nota-se que a estrutura tarifária deve estar desenhada de modo a permitir uma média equilibrada entre os consumidores de maior e menor poder aquisitivo, com o intuito de evitar assimetrias de acessibilidade social ao serviço público, em virtude de simples desigualdade na distribuição de renda.

Nesse contexto, a normativa federal previu a possibilidade de cobrança escalonável e, portanto, diferenciada em face de consumidores de diferentes categorias que apresentam poder aquisitivo e perfil de consumo diferenciados.

A expressão “tarifa média” utilizada na redação do artigo 12, do Decreto n. 82.587/1978, deve ser interpretada como a arrecadação média das tarifas (mínima e progressiva) dos consumidores da concessionária prestadora do serviço público verificada ao fim da apuração contábil nos balanços da empresa, em vez de um produto obtido pela divisão na fórmula legal de cobrança. Convém realizar essa distinção, ainda que em antecipação de discussão pormenorizada em outra seção deste trabalho, pois é um assunto delicado e comumente interpretado de forma equivocada atualmente pela população e pelo Poder Judiciário.

Feitas as considerações iniciais acima, retoma-se a ideia de progressividade adotada pelo Decreto regulamentador de 1978. Como se verifica a partir dos artigos 14 e 15 do referido Decreto, a diferenciação do preço da tarifa se dá de acordo com a categoria de usuário, de modo que quem consome mais, pagará a mais, conforme seu poder aquisitivo, mantendo-se assim um equilíbrio na política tarifária entre os usuários que consomem mais e podem pagar mais por esse serviço extra e aqueles que pouco consomem e não dispõem da mesma saúde financeira.

Em 05 de setembro de 1991, entra em vigor o Decreto n. 05/1991 de Fernando Collor que revoga a vigência do Decreto n. 82.587/1978, em seu anexo III, dentre outras diversas legislações, o que gera uma instabilidade normativa significativa no cenário federal acerca do saneamento básico. Isto porque, diante da perda de vigência de seu Decreto regulamentador, a Lei n. 6.528/1978 passou a vigorar sem maiores detalhes jurídicos sobre conceitos essenciais para a exploração da atividade econômica pelas empresas de saneamento básico em território nacional.

Mais adiante, a Lei n. 6.528/1978 foi revogada pelo advento da Lei n. 11.445/2007, o que permite constatar que a lei de 1978 foi responsável por reger a matéria de saneamento básico, em nível nacional, desde 1991 até 2007, sem Decreto regulamentador. Ou seja, foram mais de quinze anos regendo uma matéria

extremamente complexa por meio de seis artigos genéricos de uma legislação incipiente e generalista de diretrizes federais. O que se verifica é que, por mais de uma década e meia, o Brasil experimentou um hiato legislativo em matéria de saneamento que carecia de maiores regulações para respaldar as atividades setoriais após a revogação do Decreto n. 82.587/1978.

A revogação do referido decreto abriu margem para questionamentos jurídicos de práticas que antigamente eram pacíficas de aplicação, já que havia previsão expressa em lei específica sobre a matéria ainda vigente no ordenamento jurídico. Com o intuito de reverter esse retrocesso jurídico e avançar nas discussões pertinentes ao mote de saneamento básico, a supramencionada lei de 2007 surgiu, justamente, com o intuito de suprir a lacuna legislativa setorial e atualizar as concepções de saneamento para compatibilizar a norma reguladora com o cenário do serviço público contemporâneo que destoava drasticamente daquele observado pelo legislador inicialmente em 1970.

Afinal, o processo de urbanização descontrolado vivenciado no Brasil mudou drasticamente o desenho habitacional dos campos e cidades brasileiras, de modo que a infraestrutura urbana sofreu substanciais modificações ao absorver elevado movimento migratório de novas famílias que se instalaram nas cidades em busca de melhor qualidade de vida.

Alinhado à falta de planejamento urbano pelas cidades, esse fenômeno urbanístico foi responsável pela precariedade das infraestruturas capazes de permitir uma prestação de serviço público de saneamento de qualidade à população. Com o intuito de tornar a prestação de serviço público de saneamento básico mais eficiente, a Lei n. 11.445/2007 foi regulamentada pelo Decreto n. 7.217/2010.

Com a intensificação do fenômeno de urbanização brasileiro, restou evidente que as infraestruturas existentes eram incapazes de possibilitar uma prestação de serviço público de saneamento adequado às demandas sociais crescentes e maiores intervenções políticas precisavam ser feitas. Tal fato não passou despercebido pelo legislador pátrio e novas normativas surgiram para atualizar o marco legislativo de 2007 em busca das necessárias melhorias no setor.

Nesse contexto, foram editadas as Medidas Provisórias de n. 844/2018 e de n. 868/2018, após a perda de vigência da primeira. Essas medidas objetivaram trazer maior segurança jurídica aos investimentos setoriais e aperfeiçoar a legislação de 2007. Para tanto, identificou que um grande problema setorial era a falta de padronização regulatória oriunda da titularidade municipal atribuída pela Constituição Federal aos serviços de saneamento básico.

Como a Medida Provisória de n. 868/2018 perdeu sua vigência em junho de 2019 e, à época, os índices setoriais apontavam grave ineficiência setorial perante à população brasileira,¹ o legislador pátrio novamente teve que intervir, o que culminou na mais recente legislação federal sobre a matéria, a Lei n. 14.026/2020.

A respeito da inovação legislativa supramencionada, convém ressaltar que a Lei n. 14.026/2020 modifica a Lei n. 11.445/2007, dentre outras leis, mas não a revoga do ordenamento jurídico. O que há é uma relevante atualização de pontos centrais destacando-se, para fins do presente trabalho, o maior incentivo à participação do capital particular na atuação setorial e o estabelecimento de metas de universalização e melhoria na eficiência do serviço, prevista no artigo 11-B da legislação de 2020.

Acerca das metas de universalização, a legislação prevê que, até 2033, o serviço de abastecimento deve estar disponível para 99% da população e o serviço de esgotamento sanitário para 90% da população, podendo, este prazo, a depender das circunstâncias, ser estendido até 2040. Desta forma, observa-se a necessidade de vultosos investimentos para o atingimento de referidas metas.

Em questão de arcabouço jurídico federal, convém esclarecer que atualmente estão em vigência as Leis n. 11.445/2007 e 14.026/2020, bem como o Decreto n. 7.217/2010 que regula a legislação de 2007. Nesse contexto, cumpre destacar que as diretrizes iniciais acerca da cobrança dos usuários desse serviço público permanecem, ou seja, continua em vigor a noção de uma política tarifária baseada numa estrutura tarifária em duas partes, a saber: a parte fixa e a parte variável.

A primeira corresponde à tarifa mínima, ao passo que a segunda corresponde à progressividade tarifária e ambas serão abordadas em maiores detalhes no tópico subsequente deste trabalho.

3 O TEMA 414 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E A INSEGURANÇA JURÍDICA CAPAZ DE OBSTACULIZAR OS INVESTIMENTOS NECESSÁRIOS À UNIVERSALIZAÇÃO IMPOSTA PELA LEI 14.026/2020

Com o objetivo de contribuir para a melhor compreensão do debate pela comunidade acadêmica e jurídica, como um todo, antes de entrar efetivamente no

¹ BRASIL, Ministério do Desenvolvimento Regional. Secretaria Nacional de Saneamento - SNS. **Sistema Nacional de Informações de Saneamento Básico: 24º Diagnóstico dos Serviços de Água e Esgotos - 2018**. Disponível em: http://www.snis.gov.br/downloads/diagnosticos/ae/2018/Diagnostico_AE2018.pdf. Acesso em: 06 nov. 2021.

conteúdo do Tema 414 do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e discorrer sobre a consequente insegurança jurídica por ele causada, cabe tecer maiores comentários sobre a tarifa mínima e a progressividade tarifária.

Como dito anteriormente, desde 1978, a parte fixa e a variável da estrutura tarifária de cobrança já possuíam previsão legislativa no ordenamento jurídico brasileiro. A tarifa mínima corresponde à parte fixa da estrutura tarifária de duas partes prevista pela legislação pátria, ao passo que a progressividade tarifária equivale à parte variável desta mesma estrutura de cobrança.

Importa dizer que a primeira parte da tarifa possui o objetivo de garantir uma previsibilidade mínima de receita, enquanto possibilita uma estabilidade orçamentária capaz de viabilizar aportes contínuos e crescentes na implementação e expansão da infraestrutura setorial capaz de possibilitar a reiterada adequação do serviço público de saneamento básico que deve ser prestado com qualidade e eficiência à população, independentemente do poder aquisitivo dos consumidores.

Por outro lado, a progressividade tarifária tem uma finalidade pedagógica, de modo que desestimula o uso irracional de um bem escasso e essencial à vida. Para tanto, essa forma de cobrança é responsável por onerar o preço por cada metro cúbico de água que ultrapasse o consumo mínimo individual estipulado pela legislação como o essencial para a manutenção de uma vida digna pelo ser humano.

Desta forma, escalona-se o custo por cada metro cúbico consumido em excesso pelos usuários que possuem um perfil de consumo que ultrapasse o mínimo individual e uma maior capacidade econômica que os permita custear essa utilização extra do serviço público.

De início, cumpre frisar que a política tarifária elaborada sobre essas diretrizes gerais deve estar bem dimensionada, sob pena de inviabilizar o acesso a um bem essencial à vida pela população.

O mesmo problema pode ser visualizado na hipótese de uma tarifa mínima ou progressividade sobredimensionada, na medida em que importará em aumento excessivo no custo mínimo e no valor pedagógico relativo aos usuários pelo uso da água em uma sociedade com uma distribuição de renda desigual e com altos custos de vida.

Feita as considerações iniciais deste tópico, cabe elucidar o caso do Estado do Rio de Janeiro para verificar como essa política tarifária foi estruturada para, posteriormente, analisar como a judicialização baseada no conteúdo do tema 414 do STJ obsta a concretização da meta de universalização imposta pela Lei n. 14.026/2020.

No âmbito estadual fluminense, tem-se os Decretos de n. 553/1976 e 22.872/1996 sobre a estrutura tarifária do serviço de abastecimento de água e esgotamento sanitário. As legislações são praticamente idênticas, sendo a distinção mais pertinente o destinatário de seus comandos. Para a primeira normativa, os

comandos são direcionados com exclusividade para a Companhia Estadual de Águas e Esgotos (CEDAE), ao passo que a segunda normativa direciona seus comandos para as demais concessionárias e permissionárias.

No artigo 98 de ambos decretos, verifica-se a existência de idêntica fórmula legislativa acerca da cobrança dos usuários do serviço público de abastecimento de água e esgotamento sanitário no Estado do Rio de Janeiro. Extrai-se do referido comando legal que a tarifa mínima é o produto obtido pela multiplicação do consumo mínimo mensal, pelo número de economias, pelo preço unitário.

Em apertada síntese, o preço unitário corresponde ao custo em reais para cada metro cúbico de água consumida pelo usuário. Este é o elemento que sofrerá majorações escalonáveis pela tarifa progressiva, conforme o usuário apresente um consumo irracional e supérfluo de água.

O número de economias é a nomenclatura adotada pela legislação para quantificar, de forma objetiva, o número de consumidores ou usuários que são atendidos pela empresa prestadora do serviço público de abastecimento e esgotamento sanitário em determinado imóvel.²

O consumo mínimo mensal equivale à apuração do consumo mínimo diário de água por cada usuário ao final de um mês. Esse valor corresponde a pelo menos a estimativa traçada pela Organização Mundial da Saúde (OMS) como quantidade mínima de água para a manutenção da vida de cada indivíduo. De acordo com a OMS, a utilização mensal mínima de água por cada indivíduo é de dez metros cúbicos.³ No caso do Estado do Rio de Janeiro, esse consumo mínimo é balizado em quinze metros cúbicos.⁴

De acordo com a política tarifária, se o consumo estiver abaixo do consumo mínimo mensal, o usuário será cobrado apenas pela tarifa mínima; caso contrário, se houver um consumo acima desse limite, o usuário será cobrado pela tarifa progressiva, nos moldes do artigo 98 dos decretos estaduais.

No que diz respeito ao cenário jurídico, a jurisprudência fluminense é pacífica quanto à modalidade de cobrança da fórmula legal contida no artigo 98 dos decretos estaduais nas hipóteses de abastecimento individualizado ou descentralizado.

² Para evitar o emprego de conceitos jurídicos indeterminados, a legislação prevê o seu conceito e a forma de quantificar o número de economias, respectivamente no inciso XXI, do artigo 2 e no artigo 96 dos Decretos Estaduais.

³ SÃO PAULO. Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo (SABESP). Disponível em: <http://site.sabesp.com.br/site/interna/Default.aspx?secaoId=140>. Acesso em: 06 nov. 2021.

⁴ Os valores estipulados se referem ao consumo de usuários na categoria residencial ou domiciliar. Caso a categoria do usuário do exemplo fosse diversa, esse consumo mínimo sofreria alterações como no caso dos usuários comerciais, em que o consumo mínimo mensal corresponde, em regra, a vinte metros cúbicos.

Todavia, quando se trata de hipótese de abastecimento centralizado, o tema é espinhoso e significativamente controvertido em âmbito estadual.

A hipótese do abastecimento centralizado pode ser vislumbrada no caso em que há múltiplas economias sendo abastecidas pela prestadora do serviço público, mas há somente um hidrômetro para registrar o consumo coletivo. Esse cenário é facilmente visualizado no caso de um prédio residencial.

A controvérsia cinge-se justamente na impossibilidade de determinação precisa de quantos metros cúbicos de água cada economia consumiu no mês, sendo inviável determinar qual economia consumiu acima ou abaixo do seu consumo mínimo. Desta feita, o Tribunal do Estado do Rio de Janeiro deparou-se com uma excessiva judicialização sobre essa questão, sob o argumento de que a cobrança em dissonância ao volume apurado pelo hidrômetro representaria uma cobrança por estimativa, em detrimento do real consumo efetivamente registrado pelo hidrômetro.

Na ótica dos consumidores, essa forma de cobrança importaria na violação ao princípio da isonomia, da modicidade tarifária e no consequente enriquecimento ilícito da empresa prestadora de serviço público de abastecimento de água e esgotamento sanitário. Com o alto volume de demandas nesse sentido, essa discussão foi submetida à sistemática dos recursos especiais repetitivos em maio de 2010, tendo ocorrido o julgamento em agosto do mesmo ano e o trânsito em julgado apenas em dezembro de 2011.

Na análise do REsp 1.166.561/RJ, paradigma para a fixação do Tema 414, a Corte Superior entendeu que assistia razão aos consumidores, em geral, fixando o tema vinculante no sentido da ilegalidade da multiplicação do número de economias para apuração da tarifa mínima na hipótese em que há apenas um hidrômetro registrando o consumo de uma coletividade de economias.⁵

Como as concessionárias prestadoras desse serviço público estão adstritas ao regime de direito público, elas se submetem às regras inerentes do regime e portanto devem obediência ao princípio da legalidade estrita, razão pela qual não podem atuar de forma diversa da prevista na lei. Dessa forma, verificando-se que a cobrança seguia nos moldes contrários ao estipulado pelo STJ, por força de lei específica em vigência, o consumidor ajuizava ação para afastar o número de economias de acordo com o entendimento do STJ e no final do mês se surpreendia com o drástico aumento na fatura de água do imóvel.

O cenário acima descrito somente foi possível por conta do entendimento do STJ na fixação do Tema 414, pois ao determinar a desconsideração do número de

⁵ O STJ entendeu por ilegal a aplicação da fórmula do artigo 98 dos decretos estaduais apenas nas hipóteses de abastecimento centralizado. Ou seja, é necessário que haja um hidrômetro e que exista múltiplas economias com apuração de consumo por este único hidrômetro.

economias na fórmula na hipótese de abastecimento centralizado, o órgão julgador e os consumidores não se atentaram para o fato de que, com o afastamento do número de economias, o único critério que compatibiliza o entendimento jurisprudencial e a legislação é o que considera o número de ligações na fixação da parte fixa. Desta forma, o prédio que era enxergado como múltiplas economias passa a ser considerado como apenas uma economia, tendo em vista haver apenas uma ligação, como no caso do abastecimento individualizado.

Em que pese a irresignação dos consumidores ao perceber que seu pedido quando acolhido resultava no aumento da conta, não há que se falar em má-fé dos prestadores de serviço. Isto porque, essa é a forma de cobrança estipulada em lei vigente e pacífica na jurisprudência. Na oportunidade do julgamento, o STJ deixou claro que deve-se considerar o condomínio ou o prédio como o consumidor destinatário final do serviço prestado, sendo, desta forma, apenas uma economia. A cobrança nesses moldes representaria o consumo real como na hipótese do abastecimento individualizado.

Todavia, o padrão de consumo de uma casa não pode ser equiparado ao padrão de consumo de um prédio que tenha, por exemplo, duzentas economias integradas em seu empreendimento imobiliário. Ainda que todas essas economias fiquem abaixo do consumo mínimo mensal individual, o consumo apurado pelo hidrômetro será alto se comparado com o mínimo destinado a apenas uma economia. Por este motivo, o prédio que tem suas economias afastadas vê grande parte dos metros cúbicos apurados registrados como excesso ao consumo mínimo, vindo a sofrer significativas majorações no preço unitário.

Em um primeiro momento, esse resultado aparenta ser vantajoso para as concessionárias que, mesmo perdendo no julgamento, poderiam cobrar a mais de seus consumidores. Contudo, essa é uma interpretação superficial, pois trata-se de uma vantagem apenas aparente. Isto porque, como o aumento da conta nesses casos é drástico, o consumidor não tem como arcar com a fatura e, com isso, o julgado do STJ acaba por fomentar o inadimplimento, o que, consequentemente, não é vantajoso para as concessionárias, na medida em que o consumidor inadimplente afeta a previsibilidade de receita e inevitavelmente abala o equilíbrio econômico-financeiro das operações.

Como se pode observar, há um claro descasamento no equilíbrio da atividade setorial a partir da interferência indevida do Poder Judiciário na fórmula legislativa, responsável por dimensionar a precificação e cobrança pelos serviços de abastecimento e esgotamento sanitário prestados à população. Pela atuação do Judiciário verifica-se que há o sobre faturamento indesejado por ambas partes da relação jurídica, concessionárias e consumidores, o que, inevitavelmente, gera problemas de acessibilidade como descrito previamente neste trabalho científico.

Com o consequente impacto na receita e o desequilíbrio contratual, gera-se um substancial risco de obstaculizar a consecução das metas de universalização previstas pelo artigo 11-B da Lei n. 14.026/2020, uma vez que estabilidade orçamentária e previsibilidade de receita são requisitos imprescindíveis para a realização dos investimentos bilionários e essenciais na infraestrutura setorial a fim de possibilitar a modificação nos índices de cobertura de abastecimento e esgotamento sanitário, como pretendido pelo legislador.

Do mesmo modo, destaca-se que além do grave impacto econômico, o entendimento vinculante do STJ apresenta pontos de tensão argumentativos que denotam nítida insegurança jurídica, melhor detalhada no tópico subsequente, e capaz de gerar riscos aos investimentos privados no setor.

4 A OPORTUNIDADE DE REDISCUSSÃO DO TEMA 414/STJ: é chegado o momento de superar esse entendimento vinculante?

Conforme explicitado no tópico anterior, o STJ, em 2010, no julgamento do Recurso Especial 1.166.561/RJ, firmou entendimento vinculante, através da sistemática dos recursos especiais repetitivos⁶, de que seria ilícita a cobrança das tarifas de água e esgotamento sanitário pelo regime de multiplicação do consumo mínimo pelo número de economias. Trata-se de decisão de fundamental relevância para o financiamento do setor de saneamento básico no país e que se amolda ao hoje sistematizado sistema de precedentes brasileiro, nos termos do art. 927 do Código de Processo Civil.⁷

De acordo com doutrina especializada, um precedente judicial pode ser definido como uma decisão pretérita que servirá como guia para as decisões futuras.⁸ Por sua vez, a justificativa para a adoção de um sistema de vinculação a precedentes pode ser extraída do axioma “*treat like cases alike*”⁹, que representa tratamento igual a quem se encontra na mesma situação de caso decidido anteriormente. Desta forma,

⁶ Conforme rito previsto no art. 543-C do Código de Processo Civil de 1973.

⁷ Ainda que não seja o objetivo do presente trabalho, destaca-se o entendimento doutrinário de que não foi adotado, no país, um genuíno sistema de precedentes. A título exemplificativo, menciona-se: STRÄTZ, Murilo. **Teoria dos Pronunciamentos Judiciais Vinculantes**: Dos fundamentos jusfilosóficos ao utilitarismo consequencialista no regime instituído pelo Novo Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Gramma, 2017. e STRECK, Lenio Luiz. **Precedentes Judiciais e Hermenêutica**: O Sentido da Vinculação no CPC/2015. 2. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2019.

⁸ DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008. p. 1.

⁹ CRAMER, Ronaldo. **Precedentes Judiciais**: Teoria e Dinâmica. Rio de Janeiro: Forense. 2016. p. 51.

busca-se preservar a isonomia e a equidade, além de se conferir segurança jurídica ao sistema de justiça como um todo. O respeito aos precedentes é, então, forma de prestigiar a igualdade perante o Direito e a segurança jurídica.¹⁰

Apesar de a vinculação aos precedentes judiciais se mostrar fundamental para o sistema de direito, já que garantidor de segurança jurídica, é importante destacar que a lógica dos precedentes não implica a obediência cega ao que já foi decidido. Pelo contrário, o precedente deve, sempre, ser o ponto de partida da análise e não o ponto de chegada, premissa básica a ser avaliada e enfrentada, podendo o juiz, contudo, deixar de aplicá-lo desde que presentes os requisitos para tanto.¹¹

O respeito aos precedentes não pode representar obstáculo à evolução dos institutos jurídicos e engessar o direito.¹² Ocasionalmente, se faz necessário que os valores jurídicos que sustentam o sistema de precedentes cedam espaço a novos entendimentos oriundos dos debates na comunidade acadêmica e jurídica.¹³

Os mecanismos clássicos existentes para a atualização do sistema de precedentes judiciais são a distinção e a superação. Para os fins a que se propõe o presente trabalho, será analisado, sucintamente, este último.

O sistema de precedentes deve, sempre, estar aberto à possibilidade de superação quando presentes os requisitos para tanto, de modo a manter o dinamismo a ele inerente.¹⁴ A superação é técnica, decorrente da interpretação do precedente, que implica o afastamento de sua aplicação ao caso concreto em que, teoricamente, ele deveria incidir.

Negar a possibilidade de superação de precedentes, significa pregar a imutabilidade do que já foi decidido, o que impede que se alcance a própria segurança jurídica, tendo em vista que esta é encontrada tanto na estabilidade das decisões quanto na possibilidade de evolução do direito.¹⁵

Para que um precedente judicial seja superado, devem ser observados no caso concreto o preenchimento de, ao menos, um dos requisitos para tanto. De acordo

¹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 21.

¹¹ JOBIM, Marco Félix; OLIVEIRA JUNIOR, Zulmar Duarte de. **Súmula, Jurisprudência e Precedente: Da Distinção à Superação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2021. p. 95-99.

¹² CÂMARA, Alexandre Freitas. **Levando os Padrões Decisórios a Sério: Formação e Aplicação de Precedentes e Enunciados de Súmula**. São Paulo: Atlas, 2018. p. 22-23.

¹³ JOBIM, Marco Félix; OLIVEIRA JUNIOR, Zulmar Duarte de. **Súmula, Jurisprudência e Precedente: Da Distinção à Superação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2021. p. 96.

¹⁴ STRÄTZ, Murilo. **Teoria dos Pronunciamentos Judiciais Vinculantes: Dos fundamentos jusfilosóficos ao utilitarismo consequencialista no regime instituído pelo Novo Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Gramma, 2017. p. 52.

¹⁵ FUGA, Bruno Augusto Sampaio. **Superação de Precedentes: Da necessária via processual e o uso da Reclamação para superar e interpretar precedentes**. Thoth Editora: 2020, Londrina. Arquivo Kindle. Posição 162-164.

com a doutrina processual, são fundamentos para superar um precedente a perda de congruência social, a perda de congruência sistêmica e o erro em sua formação.¹⁶

A perda de congruência social consiste em “incompatibilidade entre o entendimento e a própria mudança fática da sociedade”.¹⁷ Por sua vez, a perda de congruência sistêmica decorre da incompatibilidade entre o precedente e o ordenamento jurídico. Por fim, o precedente errado é aquele que, em função dos erros em sua formação, mostra-se incapaz de regular a realidade.

Considerando-se o breve intróito acerca da teoria dos precedentes judiciais, é possível afirmar-se que a leitura atenta do Tema 414/STJ permite concluir pela existência de fundamentos para sua superação, conforme a seguir exposto.

O acórdão proferido no julgamento que gerou o tema vinculante inicia a análise a partir da legalidade da cobrança com base em tarifa mínima, argumentando que “o consumo de água em volume inferior ao estipulado como necessário para a manutenção do sistema de fornecimento de água, deverá ser sobre-tarifado, ainda que o volume consumido não corresponda à tarifa cobrada.”

No entanto, entendeu-se tratar o caso em análise de questão diversa, pois não estaria a se tratar da cobrança da tarifa mínima simplesmente e, sim, de tarifa mínima em função do número de economias. Tal forma de exação presumiria a igualdade de consumo entre os condôminos obrigando os que consumiram menos que o mínimo a pagar não apenas a diferença necessária ao alcance dos fins sociais do serviço e ao equilíbrio financeiro, mas também a pagar para o custeio do consumo daqueles que consumiram acima do limite mínimo. Além disso, não haveria previsão legal para esta forma de cobrança.

Outro argumento utilizado no julgamento do recurso repetitivo é o de que a cobrança considerando o número de economias, levaria a uma presunção de consumo mínimo para cada uma delas, violando assim o princípio da modicidade tarifária, uma vez que elevaria o custo mínimo nas faturas mensais dos consumidores

Por fim, entendeu-se, ainda, que se a relação jurídica é com o condomínio usuário do serviço público, o cálculo da tarifa desprezando o volume efetivamente registrado no medidor implicaria em cobrança em valor superior ao necessário para cobrir os custos dos serviços levando a um cenário de enriquecimento indevido por parte do prestador.

Entretanto, a argumentação trazida no precedente ora analisado mostra-se equivocada, como se demonstrará a seguir.

¹⁶ PEIXOTO, Ravi. **Superação, Precedente e Segurança Jurídica**. 3. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2018. p. 221 e seguintes.

¹⁷ PEIXOTO, Ravi. **Superação, Precedente e Segurança Jurídica**. 3. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2018. p. 225

A cobrança da tarifa com base no consumo mínimo mostra-se correta do ponto de vista técnico,¹⁸ devendo ser realizada com base no número de unidades de consumo, ou seja, no número de economias, com os custos da prestação do serviço repartido entre elas.¹⁹

A justificativa para tanto é que são as economias que influenciam nas decisões sobre o aumento ou a redução do consumo independentemente se agrupadas em torno de uma única ligação (condomínios) ou estruturadas com o abastecimento individualizado. Desta forma, confere-se tratamento igualitário ao usuário de mesma categoria (residencial, por exemplo).²⁰

A utilização deste modelo de cobrança é adequada para promoção de estabilidade de receita e para a recuperação dos custos fixos, possibilitando o investimento na expansão e na melhoria do serviço. Mesmo os usuários com consumo zerado têm o serviço sempre disponível, o que envolve custos que devem ser compartilhados entre toda coletividade. Isto em nada viola a legislação, pois a necessidade de compartilhamento dos custos visando a sustentabilidade do prestador configura justa causa suficiente para descaracterizar qualquer abusividade na cobrança.²¹

A obtenção do valor correspondente à parte fixa da estrutura tarifária decorre da repartição dos custos do serviço pelas unidades usuárias, ou seja, pelo número de economias cadastradas. Esta é a forma mais adequada e que melhor atende à isonomia constitucional, já que não há qualquer justificativa técnica e legislativa para a cobrança de valores distintos entre usuários com abastecimento centralizado (ligações com múltiplas economias, como por exemplo, os condomínios) e usuários com abastecimento descentralizado (ligações com uma economia).

Além disso, o entendimento de que adotar a cobrança pelo regime de economias gera lucro indevido para o prestador do serviço também em nada se

¹⁸ OLIVEIRA, Matheus Valle de Carvalho e. **Judicialização da regulação dos serviços de água e de esgoto**: aspectos jurídicos do modelo da tarifa com partes fixa e variável. p. 2. Disponível em: <https://tratamentodeagua.com.br/artigo/judicializacao-da-regulacao-servicos-agua-esgoto/>. Acesso em: 18 abr. 2020.

¹⁹ ADASA. **Análise de impacto regulatório (AIR) da alteração da estrutura tarifária dos serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário do Distrito Federal**. 2019. p. 55. Disponível em: <https://www.adasa.df.gov.br/areas-de-atuacao/estudos-economicos-e-fiscalizacao-financeira>. Acesso em: 20 out. 2019.

²⁰ OLIVEIRA, Matheus Valle de Carvalho e. **Judicialização da regulação dos serviços de água e de esgoto**: aspectos jurídicos do modelo da tarifa com partes fixa e variável. p. 7-8. Disponível em: <https://tratamentodeagua.com.br/artigo/judicializacao-da-regulacao-servicos-agua-esgoto/>. Acesso em 18 abr. 2020.

²¹ ADASA. **Análise de impacto regulatório (AIR) da alteração da estrutura tarifária dos serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário do Distrito Federal**. 2019. p. 46-47. Disponível em: <https://www.adasa.df.gov.br/areas-de-atuacao/estudos-economicos-e-fiscalizacao-financeira>. Acesso em: 20 out. 2019.

aproxima da realidade. O nível de receita necessário ao prestador é definido aprioristicamente pelo órgão regulador, com base nos custos para a prestação dos serviços que serão, posteriormente, rateados entre os usuários através da aplicação da estrutura tarifária para a definição dos adequados níveis tarifários.²²

Já a argumentação de que a cobrança pelo regime de economias não possui previsão legal também não se sustenta. Há legislação específica sobre o tema tanto em âmbito federal quanto em âmbito estadual.

Em âmbito federal, é possível apontar o disposto entre os arts. 29 e 31 da lei federal 11.445/2007 que determinam a cobrança pelo modelo de tarifação em duas partes. Além disso, o art. 8º do Decreto Federal 7.217/2010, em seu parágrafo 1º, autoriza que sejam consideradas na cobrança dos serviços cada uma das unidades, mesmo quando situadas na mesma edificação. Inclusive, o §2º do referido artigo prevê a possibilidade de cobrança afastada pelo repetitivo, nas hipóteses de impossibilidade técnica de individualização do abastecimento. Cabe destacar que esta legislação não foi observada no julgamento do recurso especial representativo de controvérsia.

Ademais, nos âmbitos estaduais, há legislações detalhando ainda mais a metodologia de cobrança e, expressamente, determinando a consideração do regime de economias²³, o que restou exemplificado de maneira detalhada no tópico anterior que tratou do caso do Rio de Janeiro.

Além dos equívocos no julgamento acima apontados, o Tema 414/STJ, ao vedar forma de exação prevista legalmente, criou uma lacuna acerca da cobrança a ser praticada, o que foi alertado por meio de dois embargos de declaração naquele

²² OLIVEIRA, Matheus Valle de Carvalho e. **Judicialização da regulação dos serviços de água e de esgoto**: aspectos jurídicos do modelo da tarifa com partes fixa e variável. p. 6. Disponível em: <https://tratamentodeagua.com.br/artigo/judicializacao-da-regulacao-servicos-agua-esgoto/>. Acesso em 18 abr. 2020.

²³ No Rio de Janeiro, o Decreto Estadual 553/1976 assim dispõe: Art. 98 – A tarifa mínima é o produto do consumo mínimo mensal, por economia, pela tarifa unitária. Parágrafo único – A CEDAE fixará o consumo mínimo mensal de que trata este artigo. No Distrito Federal, a Lei Distrital 442/1993 prevê o seguinte: Art. 2º - As tarifas serão diferenciadas segundo as categorias de usuários e faixas de consumo, assegurando-se o subsídio dos grandes consumidores para os pequenos consumidores, de forma a compatibilizar os aspectos econômicos com os objetivos sociais. §1º - A conta mínima de água resultará do produto da tarifa mínima pelo consumo mínimo, que será de 10 m³ mensais por economia, para todas as categorias de consumo. Em São Paulo, o Decreto 41.446/1996 traz a seguinte redação: Artigo 4.º - O consumo mínimo de água a ser cobrado por ligação ou economia residencial, nunca será inferior a 10m³ (dez metros cúbicos) por mês, podendo ser diferenciado por categoria de uso, capacidade de hidrômetro e características de demanda e consumo, conforme os critérios estabelecidos no artigo 3.º, na forma explicitada em norma interna da SABESP. Parágrafo único - Para prédios dotados de ligações de esgotos, o consumo considerado nunca será inferior a 10m³ por economia e categoria de uso. Entre outros.

julgamento, opostos para que o STJ definisse como seria a cobrança no futuro. No entanto, a Corte não se manifestou.

Desta forma, os prestadores passaram a efetuar a cobrança de acordo com sua interpretação técnica da legislação, ou seja, considerando o número de ligações. Muitos usuários discordaram desta interpretação, e continuaram discutindo judicialmente a exação tarifária no setor, fazendo com que persista, até hoje, a discussão judicial sobre a temática da cobrança da tarifa de água e esgotamento sanitário para consumidores com abastecimento centralizado. Assim, evidencia-se que a fixação do precedente judicial ora analisado não cumpriu seu propósito precípua de trazer segurança jurídica ao setor.²⁴

De fato, mais de dez anos após a fixação do tema vinculante 414, a discussão acerca da cobrança da tarifa de água para múltiplos usuários abastecidos de forma centralizada ainda permanece viva no Poder Judiciário²⁵. E isso demonstra que o precedente jamais apresentou congruência sistêmica, tendo em vista nunca ter havido compatibilidade entre ele e o ordenamento jurídico. Trata-se de precedente que nasceu essencialmente errado e, desta maneira, é incapaz de regular a realidade, devendo, por isso, ser superado.²⁶

A superação deste precedente se mostra como medida adequada e essencial para trazer ao setor, novamente, a segurança jurídica que conferirá maior estabilidade para os investimentos a serem realizados em prol do atingimento das metas de universalização previstas pela lei 14.026/2020. Há que se lembrar que a recente alteração setorial operada pela mencionada lei possui como seu maior objetivo, justamente, a segurança jurídica capaz de propiciar um ambiente adequado para receber investimentos.

Caso não haja a derradeira pacificação desta temática no âmbito do Poder Judiciário, respeitando-se os meios de cobrança previstos em lei desde, ao menos, a década de 1970, é seguro dizer que haverá risco à já extremamente difícil missão de se atingir as metas de universalização dentro do prazo previsto na legislação.

²⁴ Para fins de aprofundamento da evolução da discussão, ver MORELLI, Giovanni; HOSKEN, Rodrigo dos Santos. A Estrutura Tarifária nos Serviços de Água e Esgoto. In: AIETA, Vânia Siciliano; FROTA, Leandro Mello (coord.). **Marco Regulatório do Saneamento Básico: Lei nº 14.026/2020**. Brasília: OAB Editora: 2021. p. 365-387.

²⁵ Conforme decisão proferida, no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, nos Recursos Especiais 0000398-69.2018.8.19.0079 e 0053064-21.2017.8.19.0002, somente entre 2019 e 2021 foram ajuizadas, perante àquele tribunal, 716 demandas sobre este tema apenas em relação à CEDAE, sendo 240 delas no ano de 2021.

²⁶ “(...) sempre que seguir o precedente, considerada a alteração das circunstâncias ou seus erros subjacentes, importa em mais mal do que bem, ele deve ser superado.” JOBIM, Marco Félix; OLIVEIRA JUNIOR, Zulmar Duarte de. **Súmula, Jurisprudência e Precedente: Da Distinção à Superação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2021. p. 96.

Neste sentido, é importante destacar que o STJ poderá se debruçar, novamente, sobre este tema em um futuro próximo, tendo em vista a afetação de dois recursos especiais à sistemática dos recursos repetitivos, cogitando-se, na decisão de afetação, a superação do Tema 414.²⁷ Espera-se que, desta vez, sejam observados os critérios técnicos de cobrança previstos em legislação e, desta forma, prestigiando-se os argumentos corretos, seja superado o precedente analisado em prol de uma maior segurança jurídica na cobrança aplicada ao setor.

5 CONCLUSÃO

Por derradeiro, demonstrou-se que na sequência cronológica da legislação federal pertinente em matéria de saneamento básico, desde 1978, existia a previsão de política tarifária que previa um modelo de cobrança baseado em uma tarifa estruturada em duas partes, uma fixa e a outra variável, escalonável. Em que pese o hiato legislativo vivenciado pelo país após a revogação do Decreto n. 82.587/1978 até o advento da Lei n. 11.445/2007, o Brasil conseguiu contornar o retrocesso normativo e caminhar ao encontro da melhoria na regulação da atividade setorial.

Nessa esteira, apesar de historicamente existir previsão legislativa acerca da tarifa mínima e da progressividade tarifária, demonstrou-se que a aceitação dos consumidores era tema sensível e amplamente debatido nas vias judiciais. A alta judicialização acerca da metodologia de cobrança adotada pelas concessionárias de água e esgotamento sanitário fez com que o Poder Judiciário tentasse unificar um entendimento vinculante para evitar o risco de decisões distintas em processos análogos e prevenir a instauração da insegurança jurídica. Desta forma, fixou-se o entendimento vinculante em recurso especial que originou o Tema 414 do STJ que, como explicitado anteriormente, não resolveu a questão de forma correta, uma vez que partiu de premissas equivocadas e não se debruçou sobre toda a legislação pertinente à matéria no momento do julgamento.

Posteriormente, partindo-se de uma abordagem baseada na teoria dos precedentes judiciais, foram analisados, detidamente, os argumentos que levaram o STJ a fixar, pelo Regime dos Recursos Repetitivos, o Tema Vinculante nº 414. A partir desta análise, foram demonstradas as razões para, mesmo após mais de 10 anos

²⁷ Recentemente foram admitidos dois recursos especiais como representativos de controvérsia no âmbito do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro “para fins de afetação da matéria relativa ao critério para tarifação dos serviços de fornecimento de água e de esgoto sanitário, visando a eventual revisão da Tese nº 414 do E. STJ”, conforme Avisos TJ/RJ 90/2020, 44/2021 e 56/2021.

da fixação do precedente, a temática principal tratada naquele julgado ainda abarrotar os escaninhos do Poder Judiciário.

Desta forma, considerando que o tema vinculante não foi capaz de pacificar a questão, ficou claro que o propósito de trazer segurança jurídica através da vinculação ao entendimento fixado não foi alcançado. E a razão para tanto, conforme demonstrado, está nos inúmeros equívocos presentes na análise realizada no julgamento do recurso paradigma, sobretudo na indefinição de como se daria a cobrança dali em diante.

Assim, é de se concluir que o precedente firmado, por ser fundamentalmente errado, jamais logrou êxito em alcançar a necessária coerência sistêmica, razão pela qual é necessária sua superação e o consequente restabelecimento da cobrança nos moldes como definidos na legislação específica que, desde há muito, traz previsão para a exação pelo regime de economias.

A superação de referido precedente se mostra fundamental para que seja restabelecida a segurança jurídica para a cobrança da tarifa dos serviços de água e esgotamento sanitário. Desta forma, serão prestigiadas a estabilidade e a previsibilidade da receita necessárias à atração dos vultosos investimentos que a exigência de universalização dos serviços até 2033 demandam.

Resta esperar que o STJ perceba o equívoco na fixação do Tema 414 e suas consequências e, à luz das novas diretrizes setoriais trazidas pela lei federal 14.026/2020, corrija os rumos da presente temática para, ao fim, respeitando as especificidades da legislação específica, superar tal precedente, o que poderá ocorrer no futuro próximo.

REFERÊNCIAS

ADASA. **Análise de impacto regulatório (AIR) da alteração da estrutura tarifária dos serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário do Distrito Federal**. 2019. Disponível em: <https://www.adasa.df.gov.br/areas-de-atuacao/estudos-economicos-e-fiscalizacao-financeira>. Acesso em: 20 out. 2019.

BRASIL, Ministério do Desenvolvimento Regional. Secretaria Nacional de Saneamento - SNS. **Sistema Nacional de Informações de Saneamento Básico: 24º Diagnóstico dos Serviços de Água e Esgotos - 2018**. Disponível em: http://www.snis.gov.br/downloads/diagnosticos/ae/2018/Diagnostico_AE2018.pdf. Acesso em: 06 nov. 2021.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Levando os Padrões Decisórios a Sério**: Formação e Aplicação de Precedentes e Enunciados de Súmula. São Paulo: Atlas, 2018.

CRAMER, Ronaldo. **Precedentes Judiciais**: Teoria e Dinâmica. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

FUGA, Bruno Augusto Sampaio. **Superação de Precedentes**: Da necessária via processual e o uso da Reclamação para superar e interpretar precedentes. Thoth Editora: 2020, Londrina. Arquivo Kindle.

JOBIM, Marco Félix; OLIVEIRA JUNIOR, Zulmar Duarte de. **Súmula, Jurisprudência e Precedente**: Da Distinção à Superação. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2021.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

MORELLI, Giovani; HOSKEN, Rodrigo dos Santos. A Estrutura Tarifária nos Serviços de Água e Esgoto. In: AIETA, Vânia Siciliano; FROTA, Leandro Mello (coord.). **Marco Regulatório do Saneamento Básico**: Lei nº 14.026/2020. Brasília: OAB Editora: 2021. p. 365-387.

OLIVEIRA, Matheus Valle de Carvalho e. **Judicialização da regulação dos serviços de água e de esgoto**: aspectos jurídicos do modelo da tarifa com partes fixa e variável. Disponível em: <https://tratamentodeagua.com.br/artigo/judicializacao-da-regulacao-servicos-agua-esgoto/>. Acesso em 18 abr. 2020.

PEIXOTO, Ravi. **Superação, Precedente e Segurança Jurídica**. 3. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2018.

SÃO PAULO. Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo (SABESP). Disponível em: <http://site.sabesp.com.br/site/interna/Default.aspx?secaoId=140>. Acesso em: 06 nov. 2021.

STRÄTZ, Murilo. **Teoria dos Pronunciamentos Judiciais Vinculantes: Dos fundamentos jusfilosóficos ao utilitarismo consequencialista no regime instituído pelo Novo Código de Processo Civil.** Rio de Janeiro: Gramma, 2017.

STRECK, Lenio Luiz. **Precedentes Judiciais e Hermenêutica: O Sentido da Vinculação no CPC/2015.** 2. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2019.

CONSIDERAÇÕES SOBRE O MARCO REGULATÓRIO DE SANEAMENTO NO CONTEXTO DA GESTÃO DOS RESÍDUOS SÓLIDOS

Rita Maria Borges Franco*

RESUMO: Este artigo se propõe a examinar a temática do saneamento com base nas Leis Federais 11.445/2007 e 12.305/2010, considerando as alterações introduzidas pela Lei Federal 14.026/2020 no que diz respeito ao tema resíduos. Em seguida, visa contribuir para a discussão suscitada na Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.903, que discute a constitucionalidade, entre outros, do art. 3º, VIII, alínea b, da Lei Federal 12.651 / 2012, com base nas definições expressas no regulamento de saneamento, conforme decisão do Supremo Tribunal Federal.

Palavras-chave: Saneamento. Resíduos sólidos. Utilidade pública. Área de preservação permanente.

ABSTRACT: This article proposes to examine the theme of sanitation based on Federal Laws 11,445/2007 and 12,305/2010, considering the changes introduced by Federal Law 14,026/2020 regarding the topic of waste. Then, it aims to contribute to the discussion brought up in Direct Unconstitutionality Action 4903, which discusses the constitutionality, among others, of art. 3, VIII, paragraph b, of Federal Law 12.651 / 2012, based on the definitions expressed in the sanitation regulation, following Federal Supreme Court ruling.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Resíduos sólidos na Lei 3 Resíduos sólidos na ADI 4903. 4 Conclusão.

* Advogada, Professora de Direito Ambiental, Mestre (2011) e Doutora (2016) em Direito das Relações Sociais pela PUC/SP. Atualmente, é *Leading Lawyer* do escritório Milaré Advogados (2002), atualmente coordenando equipe com atuação em matéria consultiva e contenciosa ambiental, focada em litígios estratégicos e em métodos alternativos de resolução de conflitos.

1 INTRODUÇÃO

A Lei Federal 14.026/2020, no intuito de atualizar o marco legal do saneamento básico, trouxe alterações diversas nas leis que regulamentavam o assunto, dentre elas a Lei Federal 11.445/2007, que estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico e para a política federal de saneamento básico, e a Lei Federal 12.305/2010, que instituiu a Política Nacional de Resíduos Sólidos-PNRS, dispondo ainda, dentre outros aspectos, sobre as diretrizes relativas à gestão integrada e ao gerenciamento de resíduos sólidos.

À vista da abrangência da disciplina normativa, que envolve aspectos que transcendem à mera prestação de serviço público, Édís Milaré e Lucas Tamer Milaré observam, a respeito da noção de saneamento, que, “apesar de consolidada na doutrina e na legislação a expressão saneamento básico, é importante discutir a necessidade de análise quanto a sua utilização nos dias atuais. Em nosso sentir, afigura-se como mais contemporâneo o uso do termo saneamento ambiental. Assim, estar-se-ia por ressaltar o aspecto mais abrangente e integrado, na medida em que se consideram a salubridade ambiental e a conservação dos recursos naturais como parte do sistema. O saneamento é holístico e não segmentado, envolvendo uma ideia de maior abrangência, a exigir a aglutinação da expressão ambiental em substituição ao termo básico.”¹

No presente artigo, pretende-se recortar o tema saneamento para referir a questões relacionadas aos resíduos sólidos, de forma a destacar em que medida as inovações trazidas pela Lei Federal 14.026/2020 refletem nos textos básicos editados, respectivamente, em 2007 e 2010.

No ponto, cumpre destacar que não se identifica, à primeira vista, repercussão maior do tema em questão na discussão levada a efeito no âmbito das Ações Diretas de Inconstitucionalidade-ADI 6492, 6536, 6583 e 6882, ajuizadas para discussão da Lei Federal 14.026/2020, todas elas distribuídas ao homenageado, eminente Ministro Luiz Fux. Contudo, há aspecto estabelecido nessa lei que, no conjunto do regramento do tema, pode contribuir para elucidação de questões ventiladas nas ADIs 4901, 4902, 4903 e 4937 e Ação Direta de Constitucionalidade-ADC 42, também sob a relatoria do Ministro Luiz Fux, ajuizadas para questionar dispositivos da Lei Federal 12.651/2012 e cujo julgamento final aguarda decisão sobre os Embargos de Declaração opostos pela Advocacia Geral da União-AGU.

¹ MILARÉ, Édís. MILARÉ, Lucas Tamer. O marco regulatório do saneamento ambiental. **Migalhas**, 2020. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/9/F7D8BB20738D5D_PNSBMIGALHAS.pdf. Acesso em 15 nov. 2021.

Longe de pretender dirimir a questão, a proposta do presente artigo é justamente reunir os elementos que o regramento da matéria e o entendimento do Supremo Tribunal Federal nos trazem e, ato contínuo, contribuir para a discussão dos temas.

2 RESÍDUOS SÓLIDOS NA LEI

A geração de resíduos sólidos provenientes das atividades humanas, resultantes da ação transformadora sobre o meio ambiente, cresceu progressiva e substancialmente ao longo do tempo. Atualmente, com a intensificação dos processos produtivos e a afirmação da sociedade de consumo, a dinâmica de geração e destinação de resíduos ganhou contornos surpreendentes.

De fato, no contexto da gestão dos resíduos sólidos, é relevante trazer a seguinte realidade à tona: (i) em 2020, apesar da redução em 17% do número total, ainda estavam em operação no Brasil 2.707 lixões², isto é, “locais em que são descarregados, no solo, os resíduos sólidos sem medidas de proteção ao meio ambiente ou à saúde pública”³, (ii) a Lei Federal 14.026/2020 deu “novo fôlego” aos Municípios que ainda dispunham de resíduos sólidos em lixões, ao alterar o art. 54 da Lei Federal 12.305/2010, que estabelecia prazo original de 4 (quatro) anos para a extinção dos lixões⁴, de modo que, em princípio, todos os lixões no Brasil deverão ser

² Disponível em: <https://www.gov.br/pt-br/noticias/meio-ambiente-e-clima/2021/02/programa-lixao-zero-reduziu-em-17-a-quantidade-de-lixoes-em-2020>. Acesso em: 15 nov. 2021.

³ KRIEGER, Maria da Graça, MACIEL, Anna Maria B., ROCHA, João Carlos de C., FINATTO, Maria José B., BEVILACQUA, Cleci Regina. **Dicionário de direito ambiental: terminologia das leis do meio ambiente**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lexikon, 2008. p. 184.

⁴ “Art. 54. A disposição final ambientalmente adequada dos rejeitos deverá ser implantada até 31 de dezembro de 2020, exceto para os Municípios que até essa data tenham elaborado plano intermunicipal de resíduos sólidos ou plano municipal de gestão integrada de resíduos sólidos e que disponham de mecanismos de cobrança que garantam sua sustentabilidade econômico-financeira, nos termos do art. 29 da Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007, para os quais ficam definidos os seguintes prazos:

I - até 2 de agosto de 2021, para capitais de Estados e Municípios integrantes de Região Metropolitana (RM) ou de Região Integrada de Desenvolvimento (Ride) de capitais;

II - até 2 de agosto de 2022, para Municípios com população superior a 100.000 (cem mil) habitantes no Censo 2010, bem como para Municípios cuja mancha urbana da sede municipal esteja situada a menos de 20(vinte) quilômetros da fronteira com países limítrofes;

III - até 2 de agosto de 2023, para Municípios com população entre 50.000 (cinquenta mil) e 100.000 (cem mil) habitantes no Censo 2010; e

IV - até 2 de agosto de 2024, para Municípios com população inferior a 50.000 (cinquenta mil) habitantes no Censo 2010.

§ 1º (VETADO).

encerrados até 2024; (iii) em 2020, quase metade dos Municípios brasileiros (49,9%) ainda despejava seus resíduos em lixões e 17,8 milhões de brasileiros não dispunham de coleta domiciliar, sendo que, do que era coletado, apenas 3,85% era reciclado⁵/ e (iv) do total de Municípios, 3.536 possuíam catadores regularizados⁶. O tema não é novo e o trato dos desafios reais que o País enfrenta demanda empenho do poder público e da coletividade.

Não se ignora que o trato da questão dos resíduos demanda alto investimento em recursos humanos e financeiros. As inovações legislativas, em alguma medida, buscam direcionar esses recursos, de forma a viabilizar que, a partir da gestão adequada de resíduos, sejam alcançadas as metas de redução de resíduos e rejeitos encaminhados aos aterros sanitários; reutilização e reciclagem de materiais com vistas à redução do consumo de bens e recursos naturais; e eliminação de lixões e áreas contaminadas. Esse arcabouço, como já tivemos oportunidade de examinar, contribui para mudança de paradigma que empurra a nossa sociedade para um novo patamar, em que a noção de equilíbrio ecológico como direito, não só das presentes, mas também das futuras gerações, é colocada no centro das preocupações nacionais⁷.

Com efeito, a Lei Federal 11.445/2007, quando disciplinou as diretrizes para o saneamento básico, havia previsto que o conceito de saneamento compreendia o conjunto de serviços, infraestruturas e instalações operacionais de limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos, “constituídos pela infraestrutura e pelas instalações operacionais de coleta, transporte, transbordo, tratamento e destino final dos resíduos sólidos domiciliares e dos resíduos de limpeza urbanas” (art. 3º, I, c, na redação original).

Na Lei Federal 14.026/2020, o conceito acima foi aperfeiçoado, passando a Lei Federal 11.445/2007 a definir o saneamento básico compreende conjunto de serviços, infraestruturas e instalações operacionais de “limpeza urbana e manejo de

§ 2º Nos casos em que a disposição de rejeitos em aterros sanitários for economicamente inviável, poderão ser adotadas outras soluções, observadas normas técnicas e operacionais estabelecidas pelo órgão competente, de modo a evitar danos ou riscos à saúde pública e à

⁵ Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2020-08/quase-metade-dos-municipios-ainda-despeja-residuos-em-lixoes>. Acesso em: 15 nov. 2021.

⁶ Confira-se, ainda a esse respeito, o mapa interativo disponibilizado pela Confederação Brasileira de Municípios-CNM, disponível em: <http://www.lixoes.cnm.org.br/>. Acesso em: 15 nov. 2021.

⁷ “Quem pensa meio ambiente deve pensá-lo por inteiro. A questão ambiental sempre compele o olhar para o futuro, seja ele próximo ou remoto. Assim, induz a fazer prospectivas, a discernir caminhos para seguir à frente e com mais acerto. Sem dúvida, a PNRS contribuirá para esse avanço, pois seu descortino avança rápido e na direção certa. É bom saber que empurra para a modernidade”. FRANCO, Rita Maria Borges, MILARÉ, Édis, MILARÉ, Lucas Tamer. A responsabilidade por ações desconformes à PNRS. In: JARDIM, Arnaldo, YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato, MACHADO FILHO, José Valverde (org.). **Política Nacional, gestão e gerenciamento de resíduos sólidos**. Barueri: Manole, 2012. p. 224.

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” (art. 3º, I, c, na redação atual).

A lei em questão trouxe ainda o art. 3º-C e alterações no art. 7º da Lei Federal 11.445/2007. Confira-se:

Art. 3º-C. Consideram-se serviços públicos especializados de limpeza urbana e de manejo de resíduos sólidos as atividades operacionais de coleta, transbordo, transporte, triagem para fins de reutilização ou reciclagem, tratamento, inclusive por compostagem, e destinação final dos: (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020).

I - resíduos domésticos; (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020)

II - resíduos originários de atividades comerciais, industriais e de serviços, em quantidade e qualidade similares às dos resíduos domésticos, que, por decisão do titular, sejam considerados resíduos sólidos urbanos, desde que tais resíduos não sejam de responsabilidade de seu gerador nos termos da norma legal ou administrativa, de decisão judicial ou de termo de ajustamento de conduta; e (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020)

III - resíduos originários dos serviços públicos de limpeza urbana, tais como: (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020)

a) serviços de varrição, capina, roçada, poda e atividades correlatas em vias e logradouros públicos; (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020)

b) asseio de túneis, escadarias, monumentos, abrigos e sanitários públicos; (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020)

c) raspagem e remoção de terra, areia e quaisquer materiais depositados pelas águas pluviais em logradouros públicos; (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020)

d) desobstrução e limpeza de bueiros, bocas de lobo e correlatos; (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020)

e) limpeza de logradouros públicos onde se realizem feiras públicas e outros eventos de acesso aberto ao público; e (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020)

f) outros eventuais serviços de limpeza urbana.

Art. 7º Para os efeitos desta Lei, o serviço público de limpeza urbana e de manejo de resíduos sólidos urbanos é composto pelas seguintes atividades:

I - de coleta, de transbordo e de transporte dos resíduos relacionados na alínea “c” do inciso I do caput do art. 3º desta Lei; (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020)

II - de triagem, para fins de reutilização ou reciclagem, de tratamento, inclusive por compostagem, e de destinação final dos resíduos relacionados na alínea “c” do inciso I do caput do art. 3º desta Lei; e (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020)

III - de varrição de logradouros públicos, de limpeza de dispositivos de drenagem de águas pluviais, de limpeza de córregos e outros serviços, tais como poda, capina, raspagem e roçada, e de outros eventuais serviços de limpeza urbana, bem como de coleta, de acondicionamento e de destinação final ambientalmente adequada dos resíduos sólidos provenientes dessas atividades. (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020).

A Política Nacional de Resíduos Sólidos-PNRS, a seu turno, já trazia definições que permaneceram na atualização do marco do saneamento. Para o que é de interesse, temos as seguintes:

Art. 3º Para os efeitos desta Lei, entende-se por: [...]

V - coleta seletiva: coleta de resíduos sólidos previamente segregados conforme sua constituição ou composição; [...]

VII - destinação final ambientalmente adequada: destinação de resíduos que inclui a reutilização, a reciclagem, a compostagem, a recuperação e o aproveitamento energético ou outras destinações admitidas pelos órgãos competentes do Sisnama, do SNVS e do Suasa, entre elas a disposição final, observando normas operacionais específicas de modo a evitar danos ou riscos à saúde pública e à segurança e a minimizar os impactos ambientais adversos;

VIII - disposição final ambientalmente adequada: distribuição ordenada de rejeitos em aterros, observando normas operacionais específicas de modo a evitar danos ou riscos à saúde pública e à segurança e a minimizar os impactos ambientais adversos; [...]

X - gerenciamento de resíduos sólidos: conjunto de ações exercidas, direta ou indiretamente, nas etapas de coleta, transporte, transbordo, tratamento e destinação final ambientalmente adequada dos resíduos sólidos e disposição final ambientalmente adequada dos rejeitos, de acordo com plano municipal de gestão integrada de resíduos sólidos ou com plano de gerenciamento de resíduos sólidos, exigidos na forma desta Lei;

XI - gestão integrada de resíduos sólidos: conjunto de ações voltadas para a busca de soluções para os resíduos sólidos, de forma a considerar as dimensões política, econômica, ambiental, cultural e social, com controle social e sob a premissa do desenvolvimento sustentável; [...]

XIV - reciclagem: processo de transformação dos resíduos sólidos que envolve a alteração de suas propriedades físicas, físico-químicas ou biológicas, com vistas à transformação em insumos ou novos produtos, observadas as condições e os padrões

estabelecidos pelos órgãos competentes do Sisnama e, se couber, do SNVS e do Suasa;

XV - rejeitos: resíduos sólidos que, depois de esgotadas todas as possibilidades de tratamento e recuperação por processos tecnológicos disponíveis e economicamente viáveis, não apresentem outra possibilidade que não a disposição final ambientalmente adequada;

XVI - resíduos sólidos: material, substância, objeto ou bem descartado resultante de atividades humanas em sociedade, a cuja destinação final se procede, se propõe proceder ou se está obrigado a proceder, nos estados sólido ou semissólido, bem como gases contidos em recipientes e líquidos cujas particularidades tornem inviável o seu lançamento na rede pública de esgotos ou em corpos d'água, ou exijam para isso soluções técnica ou economicamente inviáveis em face da melhor tecnologia disponível;

XVII - responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida dos produtos: conjunto de atribuições individualizadas e encadeadas dos fabricantes, importadores, distribuidores e comerciantes, dos consumidores e dos titulares dos serviços públicos de limpeza urbana e de manejo dos resíduos sólidos, para minimizar o volume de resíduos sólidos e rejeitos gerados, bem como para reduzir os impactos causados à saúde humana e à qualidade ambiental decorrentes do ciclo de vida dos produtos, nos termos desta Lei;

XVIII - reutilização: processo de aproveitamento dos resíduos sólidos sem sua transformação biológica, física ou físico-química, observadas as condições e os padrões estabelecidos pelos órgãos competentes do Sisnama e, se couber, do SNVS e do Suasa;

XIX - serviço público de limpeza urbana e de manejo de resíduos sólidos: conjunto de atividades previstas no art. 7º da Lei nº 11.445, de 2007.

O conceito de saneamento ambiental, no contexto dos resíduos sólidos urbanos, deve ser compreendido a partir da noção de gerenciamento, que remete às obrigações estabelecidas em lei para os geradores de resíduos sólidos e todos os agentes que atuam no ciclo de vida dos produtos.

Envolve, portanto (i) a geração de resíduos pelas pessoas físicas ou jurídicas, de direito público ou privado, que geram resíduos sólidos por meio de suas atividades, nelas incluído o consumo (art. 3º, IX, PNRS); (ii) e as atividades operacionais de coleta, transbordo, transporte, triagem para fins de reutilização ou reciclagem, e tratamento, inclusive por compostagem, e a destinação final dos resíduos, tais como reutilização, a reciclagem, a compostagem, a recuperação, aproveitamento energético, disposição final em aterros, dentre outras (art. 3º-C, Lei Federal 11.445/2007, incluído pela Lei Federal 14.026/2020, c/c art. 3º, VII, PNRS).

No contexto dos resíduos sólidos urbanos, cabe ao gerador do resíduo segregá-los e acondicioná-los adequadamente, conforme sua constituição ou composição, de forma que o titular do serviço público limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos ou aquele que lhe fizer as vezes, no caso de concessão, possa realizar as atividades de coleta, de transbordo e de transporte desses resíduos, permitindo que se faça, ato contínuo, por terceiros particulares ou não, sua triagem, para fins de reutilização ou reciclagem, de tratamento, inclusive por compostagem, e de destinação final, que compreende, vale repetir, a reutilização, a reciclagem, a compostagem, a recuperação e o aproveitamento energético ou outras destinações admitidas pelos órgãos competentes, dentre elas a disposição final em aterros.

Num cenário ideal, em que 100% dos resíduos sólidos urbanos é coletado e destinado de forma ambientalmente adequada, a expectativa é que apenas o rejeito propriamente dito seja encaminhado para disposição final nos aterros sanitários. Até lá, a regulamentação estabelecida pelas Leis Federais 11.445/2007 e 12.305/2010, com as alterações promovidas pela Lei Federal 14.026/2020, prevê e disciplina um engendrado sistema que revela, no mais das vezes, um ideal de gerenciamento de resíduos propositivo e consentâneo com o propósito de equilíbrio ecológico a que se refere o texto constitucional. Atualmente, os desafios de viabilidade técnica, ambiental e econômica inerentes à gestão integrada dos resíduos sólidos acabam inviabilizar o reaproveitamento de muitos resíduos, relegando-os à condição de rejeito propriamente dita.

3 RESÍDUOS SÓLIDOS NA ADI 4903

O Supremo Tribunal Federal, ao examinar a constitucionalidade do art. 3º, inciso VIII, alínea b, da Lei Federal 12.651/2021, que dispõe sobre a vegetação nativa e se convencionou chamar de novo Código Florestal, entendeu por bem retirar a expressão “gestão de resíduos”, mantendo a expressão “saneamento”. Confira-se:

Art. 3º Para os efeitos desta Lei, entende-se por:

VIII – utilidade pública: [...]

b) as obras de infraestrutura destinadas às concessões e aos serviços públicos de transporte, sistema viário, inclusive aquele necessário aos parcelamentos de solo urbano aprovados pelos Municípios, **saneamento, gestão de resíduos**, energia, telecomunicações, radiodifusão, instalações necessárias à realização de competições esportivas estaduais, nacionais ou internacionais, bem como mineração, exceto, neste último caso, a extração de areia, argila, saibro e cascalho (grifou-se);

Com efeito, a partir do enquadramento de determinada atividade como sendo de utilidade pública, de interesse social ou baixo impacto, esta torna-se passível ensejar a

excepcional intervenção em área de preservação permanente, hipótese a ser avaliada em processo administrativo próprio, no âmbito do qual o órgão ambiental competente examinará o preenchimento dos pressupostos legais e as medidas compensatórias correspondentes para autorizar a intervenção. É o que se retira do art. 8º da sobredita lei:

Art. 8º A intervenção ou a supressão de vegetação nativa em Área de Preservação Permanente somente ocorrerá nas hipóteses de utilidade pública, de interesse social ou de baixo impacto ambiental previstas nesta Lei.

§ 1º A supressão de vegetação nativa protetora de nascentes, dunas e restingas somente poderá ser autorizada em caso de utilidade pública.

§ 2º A intervenção ou a supressão de vegetação nativa em Área de Preservação Permanente de que tratam os incisos VI e VII do caput do art. 4º poderá ser autorizada, excepcionalmente, em locais onde a função ecológica do manguezal esteja comprometida, para execução de obras habitacionais e de urbanização, inseridas em projetos de regularização fundiária de interesse social, em áreas urbanas consolidadas ocupadas por população de baixa renda. (Vide ADC Nº 42) (Vide ADIN Nº 4.903).

§ 3º É dispensada a autorização do órgão ambiental competente para a execução, em caráter de urgência, de atividades de segurança nacional e obras de interesse da defesa civil destinadas à prevenção e mitigação de acidentes em áreas urbanas.

§ 4º Não haverá, em qualquer hipótese, direito à regularização de futuras intervenções ou supressões de vegetação nativa, além das previstas nesta Lei.

À vista do que constou do mencionado acórdão, a Advocacia Geral da União opôs Embargos de Declaração questionando, em apertado resumo, a exclusão da expressão “gestão de resíduos” e pleiteando, no caso de manifestação de entendimento diverso, fossem modulados os efeitos haja vista o risco segundo o qual, com “a nulificação *ex tunc* da expressão ‘gestão de resíduos’, será posta em questão a validade de uma gama de empreendimentos legitimamente abarcados na Política Nacional de Resíduos Sólidos”, considerando que, na vigência do Código Florestal (Lei Federal 4.771/1965 e, posteriormente, Lei Federal 12.651/2012), haviam sido aprovados empreendimentos em área de preservação permanente, sob a premissa de tratarem-se atividade de utilidade pública. O entendimento, portanto, deveria alcançar apenas empreendimentos futuros, não aqueles consolidados na vigência do regramento anterior.

Para além disso, conforme constou dos Embargos de Declaração opostos pela Advocacia Geral da União, anotou-se que:

No curso do julgamento, o Ministro Relator, em diversas passagens, citou a permissão para realização de empreendimentos de gestão de resíduos sólidos em áreas de preservação permanente, mas o dispositivo declarou a inconstitucionalidade da gestão de resíduos, em geral. A mesma indefinição a propósito desses conceitos pode ser verificada nos votos da Ministra CÁRMEN LÚCIA (fl. 205 do inteiro teor), do Ministro ALEXANDRE DE MORAES (fl. 313 do inteiro teor), do Ministro EDSON FACHIN (fl. 363 do inteiro teor) e do Ministro DIAS TOFFOLI (fl. 585 do inteiro teor).

[...]

As fls. 537/538 do inteiro teor do acórdão registram o seguinte diálogo entre os Ministros:

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI: Ministro Gilmar, o **saneamento não está sendo declarado inconstitucional.**

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – Em vários casos, sim.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI: Não, não. **É a gestão de resíduos sólidos em APP's, o resíduo sólido - na prática - é um verdadeiro lixo.**

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - O saneamento não foi questionado; ou foi questionado, mas não foi declarado inválido em nenhum voto. (Grifou-se).

[...]

Por isso, é necessário esclarecer que a gestão de resíduos declarada inconstitucional por esse Supremo Tribunal Federal representa a forma mais tóxica de descarte de materiais, realizada nos lixões.

A declaração de nulidade encampada pelo acórdão não deve abranger as atividades de gestão de resíduos como um todo, até porque essas estão englobadas no próprio conceito de saneamento, nos termos da Lei nº 11.445/2007. E a expressão “saneamento”, também prevista no artigo 3º, inciso VIII, alínea “b”, do Código Florestal, foi mantida.

[...]

Dessa maneira, para evitar o entrave de obras de gestão de resíduos em operação e em construção, bem como graves impactos no cumprimento da Lei nº 12.305/2010, é necessário esclarecer que a gestão de resíduos declarada inconstitucional se refere aos lixões, e não aos instrumentos da Política Nacional de Resíduos Sólidos, as quais, como se ressaltou, estão englobadas na atividade de saneamento.

Para a Advocacia Geral da União, teria havido entendimento no sentido de que a expressão “gestão de resíduos” declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal estaria adstrita aos lixões.

Pois bem. Para melhor enfrentar o tema, cumpre resgatar o que dizem as leis que disciplinam o assunto.

Como visto, a Lei Federal 12.305/2010 traz os conceitos de gerenciamento e gestão integrada de resíduos, conceituando-os em seu art. 3º, como sendo:

X - gerenciamento de resíduos sólidos: conjunto de ações exercidas, direta ou indiretamente, nas etapas de coleta, transporte, transbordo, tratamento e destinação final ambientalmente adequada dos resíduos sólidos e disposição final ambientalmente adequada dos rejeitos, de acordo com plano municipal de gestão integrada de resíduos sólidos ou com plano de gerenciamento de resíduos sólidos, exigidos na forma desta Lei;

XI - gestão integrada de resíduos sólidos: conjunto de ações voltadas para a busca de soluções para os resíduos sólidos, de forma a considerar as dimensões política, econômica, ambiental, cultural e social, com controle social e sob a premissa do desenvolvimento sustentável; [...]

Já 11.445/2007, com as alterações promovidas pela Lei Federal 14.026/2020, estabelece em seu art. 3º, I, C, que:

Art. 3º Para fins do disposto nesta Lei, considera-se:

I - saneamento básico: conjunto de serviços públicos, infraestruturas e instalações operacionais de: [...]

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;

A confusão terminológica certamente contribui para o impasse verificado. Com efeito, tivesse a Lei Federal 12.651/2012 atentado para os conceitos da Lei Federal 12.305/2010, teria sido fácil constatar que não há na lei referência a expressão “gestão de resíduos”, declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. Há, com efeito, as noções de “gerenciamento de resíduos sólidos” e “gestão integrada de resíduos sólidos”, com acepções bastante diversas.

De outra banda, em sendo compreendida a dimensão jurídica da expressão saneamento contida na Lei Federal 12.651/2012 em conformidade com aquela correspondente a saneamento básico da Lei Federal 11.445/2007, inclusive com a redação que lhe foi conferida pela Lei Federal 14.026/2020, evidentemente a declaração de inconstitucionalidade da expressão “gestão de resíduos” contida no art. 3º, inciso VIII, alínea b, da Lei Federal 12.651/2012 não teria como alcançar as atividades inerentes ao gerenciamento ou manejo de resíduos sólidos abarcadas pela noção de saneamento, apesar do que vem sendo propalado.

Concordam com esse entendimento Édis Milaré e Lucas Tamer Milaré, para quem “não se vê utilidade menor à coletividade em uma obra de infraestrutura destinada à construção de um aterro sanitário, por exemplo, do que na construção de uma via pública ou na instalação de torres destinadas a telecomunicações.”⁸

Para além da compreensão adequada que lixo não é admitido em hipótese alguma, inclusive porque devem ser extintos até 2024 – de modo ser ilegítimo considerá-los como hipótese excepcional válida para intervenção em área de preservação permanente –, o que parece ter passado despercebido nessa discussão é a crítica feita à possibilidade de se permitir que empreendimentos dessa natureza se enquadrem nas hipóteses excepcionais de utilidade pública que autorizam intervenção em área de preservação permanente a que se referem os arts. 3º, VIII, alínea b, c/c art. 8º da Lei Federal 12.651/2012⁹.

Essa preocupação, inafastável, à toda evidência, em nosso sentir, foi dirimida pelo próprio Supremo Tribunal Federal no acórdão que julgou a ADI 4903, que, a despeito de entender que a expressão “gestão de resíduos” é inconstitucional, estabelece que a interpretação conforme à Constituição Federal ao dispositivo em referência é aquela que considera a exigência de comprovação da inexistência de alternativa técnica e/ou locacional¹⁰. Confira-se:

⁸ MILARÉ, Édis. MILARÉ, Lucas Tamer. **Área de preservação permanente**. Tomo Direitos Difusos e Coletivos. Edição 1, jun. 2020. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/317/edicao-1/area-de-preservacao-permanente>. Acesso em: 15 nov. 2021.

⁹ “No caso da gestão de resíduos, a instalação desses empreendimentos nas APPs potencializa drasticamente os riscos inerentes à atividade. Assim, a alocação dos mesmos nas proximidades dos cursos d’água ou em zonas de elevada suscetibilidade ambiental, tais como declividades acentuadas ou topos de morros, favorece fortemente as possibilidades de disseminação de contaminantes biológicos e químicos por vastas áreas.” OLIVEIRA JUNIOR, Antomar Viegas de, MAGRI, Ronald Victor Romero. **Apropriação das áreas de preservação permanente por atividades de utilidade pública**. Disponível em: <https://antomar.jusbrasil.com.br/artigos/161480564/apropriacao-das-area-de-preservacao-permanente-por-atividades-de-utilidade-publica>. Acesso em: 15 nov. 2021.

¹⁰ A esse respeito, confira-se: “Essa flexibilização do ordenamento florestal só se justifica pelo fato de que diversas atividades de infraestrutura (obras de saneamento, transporte, energia etc.) – assim como outras vitais para o desenvolvimento econômico e social do país –, muitas vezes sem qualquer alternativa locacional, só serem viáveis e exequíveis mediante intervenção em áreas classificadas como de preservação permanente (margens de cursos de água, nascentes e reservatórios, entre outras tantas situações).

Nessa conjuntura, e tendo como certa que a coincidência locacional decorre de uma condição natural e imutável, o art. 8º do novo Código Florestal previu essa excepcionalidade à regra de intocabilidade das áreas qualificadas como de preservação permanente, condicionando-se tal situação *sui generis* à caracterização do empreendimento como de utilidade pública, interesse social ou baixo impacto ambiental.

As hipóteses de intervenção em áreas de preservação permanente por utilidade pública e interesse social devem ser legítimas e razoáveis para compatibilizar a proteção ambiental com o atendimento a outros valores constitucionais, a saber: prestação de serviços públicos (art. 6º e 175 da CRFB); políticas agrícola (art. 187 da CRFB) e de desenvolvimento urbano (art. 182 da CRFB); proteção de pequenos produtores rurais, famílias de baixa renda e comunidades tradicionais; o incentivo ao esporte (art. 217 da CRFB), à cultura (art. 215 da CRFB) e à pesquisa científica (art. 218 da CRFB); e o saneamento básico (artigos 21, XX, e 23, IX, da CRFB). O regime de proteção das áreas de preservação permanente (APPs) apenas se justifica se as intervenções forem excepcionais, na hipótese de inexistência de alternativa técnica e/ou locacional. No entanto, o art. 3º, inciso IX, alínea g, limitou-se a mencionar a necessidade de comprovação de alternativa técnica e/ou locacional em caráter residual, sem exigir essa circunstância como regra geral para todas as hipóteses. Essa omissão acaba por autorizar interpretações equivocadas segundo as quais a intervenção em áreas de preservação permanente é regra, e não exceção. Ademais, não há justificativa razoável para se permitir intervenção em APPs para fins de gestão de resíduos e de realização de competições esportivas estaduais, nacionais ou internacionais, sob pena de subversão da prioridade constitucional concedida ao meio ambiente em relação aos demais bens jurídicos envolvidos nos dispositivos respectivos; CONCLUSÃO : (i) interpretação conforme à Constituição aos incisos VIII e IX do artigo 3º da Lei n. 12.651/2012, de modo a se condicionar a intervenção excepcional em APP, por interesse social ou utilidade pública, à inexistência de alternativa técnica e/ou locacional à atividade proposta, e (ii) declaração de inconstitucionalidade das expressões “gestão de resíduos” e “instalações necessárias à realização de competições esportivas estaduais, nacionais ou internacionais”, do artigo 3º, VIII, b, da Lei n. 12.651/2012;

Em virtude de tal quadro, o art. 3º, VIII, IX e X, da Lei 12.651/2012 veio a definir estas situações excepcionais, de modo a delimitar expressamente os conceitos de utilidade pública, interesse social e baixo impacto ambiental.

Faltou, na redação original do dispositivo, a salutar restrição do sistema anterior que só admitia a abertura ante a ausência de alternativa técnica ou locacional, o que acabaria por vulnerabilizar a proteção máxima reclamada para as APPs. No entanto, a interpretação conforme a Constituição Federal determinada pelo STF no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4903 acabou resolvendo essa aparente lacuna em relação à legislação anterior, na medida em que impôs a exigência de comprovação de inexistência de alternativa técnica e locacional para todos os casos de intervenção em APP por utilidade pública (art. 3º, VIII) e também por interesse social (art. 3º, IX).” MILARÉ, Édís. MILARÉ, Lucas Tamer. **Área de preservação permanente**. Tomo Direitos Difusos e Coletivos. Edição 1, jun. 2020. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/317/edicao-1/area-de-preservacao-permanente>. Acesso em: 15 nov. 2021.

Tudo isso leva a crer que, no contexto do regamento vigente para o saneamento, os aspectos concernentes a resíduos sólidos devem considerar a disciplina conjunta estabelecida pela Lei Federal 11.445/2007 e Lei Federal 12.305/2012, com as alterações que lhe foram promovidas pela Lei Federal 14.026/2020, sendo certo que a condição intrínseca de utilidade pública não se traduz, automaticamente, em autorização para intervenção em área de preservação permanente, devendo ser observado o quanto dispôs a seu respeito a Lei Federal 12.651/2012, conforme entendimento manifestado pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 4.903, ainda que se lhe retire do ordenamento jurídico a expressão “gestão de resíduos”.

4 CONCLUSÃO

Como se viu, por definição legal, saneamento hodiernamente compreende conjunto de serviços, infraestruturas e instalações operacionais de limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos de “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” (art. 3º, I, c, Lei Federal 11.445/2007, alterada pela Lei Federal 14.026/2020).

Com efeito, o regulamento trazido pelas Leis Federais 11.445/2007 e 12.305/2010, com as inovações implementadas pela Lei Federal 14.026/2020, prevê e disciplina um engendrado sistema que revela, no mais das vezes, um ideal de gerenciamento de resíduos propositivo e consentâneo com o propósito de equilíbrio ecológico a que se refere o texto constitucional, estabelecendo, dentre outros aspectos, a obrigatoriedade de eliminação dos lixões até 2024.

Para além disso, as definições contidas no regamento examinado contribuem também para a consolidação de entendimento relacionado a respeito das consequências jurídicas acarretadas pela exclusão da noção de “gestão de resíduos” do art. 3º, VIII, alínea b, da Lei Federal 12.651/2012, determinada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI 4903, bem como suas implicações objetivas para as atividades de saneamento, nesse contexto específico dos resíduos sólidos. De fato, em sendo consabido que a expressão “gestão de resíduos” não encontra definição legal e assumindo que o Supremo Tribunal Federal entendeu tratar-se de iniciativa que buscava a liberação de lixões em área de preservação permanente, evidentemente não haver alternativa senão a exclusão dessa locução.

Por fim, à vista da manutenção da locução saneamento na Lei Federal 12.651/2012, o arcabouço normativo em exame, quer nos parecer, permite concluir

que as atividades de gerenciamento de resíduos sólidos, que compreende atividades típicas de saneamento em sua acepção lapidada pela Lei Federal 14.026/2020, podem vir a ser consideradas como sendo de utilidade pública e autorizar, excepcionalmente, intervenção em área de preservação permanente. Logicamente, desde que observadas as exigências contidas na Lei Federal 12.651/2012 e, como já apontou o Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI 4903, haja comprovação, no âmbito do processo administrativo respectivo, da ausência de alternativa técnica e locacional, enfrentamento este que, por óbvio, deverá se dar no caso concreto, mediante decisão motivada do órgão ambiental competente.

Assim, em que pese não ter se proposto a dirimir a questão, ao buscar reunir os elementos contidos no regramento da matéria e o entendimento do Supremo Tribunal Federal, acredita-se que o presente artigo possa ter contribuído de alguma forma para a discussão.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 22ª ed. São Paulo: Atlas, 2021.

FRANCO, Rita Maria Borges, MILARÉ, Édís, MILARÉ, Lucas Tamer. A responsabilidade por ações desconformes à PNRs. In: JARDIM, Arnaldo, YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato, MACHADO FILHO, José Valverde (org.). **Política Nacional, gestão e gerenciamento de resíduos sólidos**. Barueri: Manole, 2012.

JARDIM, Arnaldo, YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato, MACHADO FILHO, José Valverde (org.). **Política Nacional, gestão e gerenciamento de resíduos sólidos**. Barueri: Manole, 2012.

KRIEGER, Maria da Graça, MACIEL, Anna Maria B., ROCHA, João Carlos de C., FINATTO, Maria José B., BEVILACQUA, Cleci Regina. **Dicionário de direito ambiental**: terminologia das leis do meio ambiente. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lexikon, 2008.

OLIVEIRA JUNIOR, Antomar Viegas de, MAGRI, Ronald Victor Romero. **Apropriação das áreas de preservação permanente por atividades de utilidade pública**. Disponível em: <https://antomar.jusbrasil.com.br/artigos/161480564/apropriacao-das-area-de-preservacao-permanente-por-atividades-de-utilidade-publica>. Acesso em: 15 nov. 2021.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito do Saneamento Básico**. Salvador: JusPodivm, 2021.

MILARÉ, Édís. **Direito do Ambiente**. 12ª ed. São Paulo: RT, 2020.

MILARÉ, Édís. MILARÉ, Lucas Tamer. O marco regulatório do saneamento ambiental. **Migalhas**, 2020. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/9/F7D8BB20738D5D_PNSBMIGALHAS.pdf. Acesso em 15 nov. 2021.

_____. **Área de preservação permanente**. Tomo Direitos Difusos e Coletivos. Edição 1, Junho de 2020. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbetes/317/edicao-1/area-de-preservacao-permanente>. Acesso em 15 nov. 2021.

PROGRAMA Lixão Zero reduziu em 17% a quantidade de lixões em 2020. **Governo do Brasil**. Disponível em: <https://www.gov.br/pt-br/noticias/meio-ambiente-e-clima/2021/02/programa-lixao-zero-reduziu-em-17-a-quantidade-de-lixoes-em-2020>. Acesso em 15 nov. 2021.

QUASE metade dos municípios ainda despeja resíduos em lixões. **Agência Brasil**. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2020-08/quase-metade-dos-municipios-ainda-despeja-residuos-em-lixoes>. Acesso em 15 nov. 2021.

OBSERVATÓRIO DOS LIXÕES. **Confederação Nacional dos Municípios**. Disponível em: <http://www.lixoes.cnm.org.br/>. Acesso em 15 nov. 2021.

A AÇÃO MEDIADORA E ARBITRAL DA AGÊNCIA NACIONAL DE ÁGUAS E SANEAMENTO (ANA)

NATIONAL WATER AND SANITATION AGENCY'S MEDIATOR AND ARBITRATION ACTION

Rodrigo Augusto Lazzari Lahoz*

RESUMO: O artigo trata da atribuição à Agência Nacional de Águas e Saneamento (ANA) de disponibilizar ação mediadora e arbitral para resolução de conflitos, após a alteração promovida pela Lei nº 14.026/2020. Enquanto a ação mediadora pode ser entendida como um método alternativo de resolução de conflitos, a ação arbitral não se confunde com a arbitragem, sendo um processo administrativo passível de controle pelo Poder Judiciário.

Palavras-chave: Resolução de conflitos. Agência Nacional de Águas e Saneamento. Mediação. Arbitragem. Processo administrativo.

ABSTRACT: The National Water and Sanitation Agency has the attribution to provide mediation and arbitration action for conflict resolution, after the amendment promoted by Law 14.026/2020. While mediation action can be understood as an alternative method of conflict resolution, arbitration action is can't be confused with arbitration, being an administrative procedure subject to judicial review.

Key words: Conflict resolution. National Water and Sanitation Agency. Mediation. Arbitration. Administrative procedure.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Os institutos da mediação e da arbitragem no direito brasileiro. 3 As agências reguladoras e a atribuição de resolução de conflitos. 4 A ação mediadora ou arbitral da Agência Nacional de Águas e Saneamento (ANA). 5 Conclusão.

* Advogado sócio no escritório Menezes Niebuhr Sociedade de Advogados. Doutorando em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Florianópolis, Santa Catarina, Brasil.

1 INTRODUÇÃO

Em meados de 2020 foi editada a Lei Federal nº 14.026/2020, que apresenta sensíveis alterações no setor de saneamento básico como, por exemplo, a vedação da prestação destes serviços por meio de contratos de programa (firmados entre entes públicos e empresas estatais), a determinação para que sejam realizadas licitações para a concessão à iniciativa privada e a previsão de universalização dos serviços de abastecimento de água e de esgotamento sanitário até o ano de 2033.

Dentre as modificações realizadas, atribui-se à outrora denominada Agência Nacional de Águas – agora denominada Agência Nacional de Águas e Saneamento (ANA) – funções de regulação dos serviços de saneamento, estipulando normas gerais e de referência para a prestação dos serviços e para a sua regulação.

Uma nova atribuição da ANA, incluída na sua lei de criação (Lei nº 9.984/2000), trata da disponibilização de “ação mediadora ou arbitral nos conflitos que envolvam titulares, agências reguladoras ou prestadores”, de caráter voluntário e dependendo da concordância das partes envolvidas¹.

O presente artigo tem como objetivo analisar as principais características dessa ação mediadora e arbitral da ANA para dirimir conflitos entre os atores envolvidos na prestação dos serviços de saneamento básico e compreender a eventual relação entre a ação arbitral e o instituto da arbitragem, previsto na Lei nº 9.307/1996, e que afasta a jurisdição estatal para a resolução de conflitos.

O texto se divide em três partes. Na primeira, busca-se compreender os institutos da mediação e da arbitragem como métodos alternativos de resolução de conflitos. A segunda parte se debruça sobre a constituição das agências reguladoras no Brasil e como se dá a ação mediadora e arbitral em agências dos setores de telecomunicações, energia, transportes e petróleo. Por fim, na última parte, busca-se compreender se a ação arbitral das agências reguladoras se relaciona com a arbitragem prevista na Lei nº 9.307/1996 e quais os indicativos para a ação arbitral da ANA.

Este estudo tem como justificativa o fato de que paira uma incerteza e até mesmo uma insegurança jurídica sobre essa nova atribuição da ANA, uma vez que é uma competência inovadora para essa agência reguladora, sobretudo a denominada “ação arbitral”, que pode se confundir com o instituto da arbitragem como método alternativo de resolução de conflitos (previsto na Lei nº 9.307/1996). O método adotado é o dedutivo e a técnica de pesquisa é bibliográfica, a partir da leitura de livros e artigos específicos em relação ao tema.

¹ BRASIL. Lei Federal nº 9.984, de 17 de julho de 2000. **Planalto**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9984compilado.htm. Acesso em: 22 out. 2021.

2 OS INSTITUTOS DA MEDIAÇÃO E DA ARBITRAGEM NO DIREITO BRASILEIRO

Tradicionalmente, a resolução de conflitos em relações jurídicas existente entre duas partes (que podem pessoas físicas, jurídicas, de direito público ou de direito privado) fica a cargo do Poder Judiciário, uma estrutura estatal à disposição de todos os cidadãos que se sentem prejudicados em uma dada relação e que buscam um provimento jurisdicional que assegure o direito que entende que foi afligido.

O acesso à justiça passa a ser de suma importância para que as pessoas possam usufruir dessa estrutura estatal na busca pela efetivação dos seus direitos. O Estado deve atuar de modo concreto para permitir que as pessoas consigam apresentar suas demandas ao Poder Judiciário e, ao final, haverá uma decisão reconhecendo (ou não) a ofensa a um direito e a forma segundo a qual ele poderá ser concretizado a favor do demandante.

A concepção inicial de acesso à justiça partia de uma perspectiva individualista e de cunho liberal, para obter uma reparação de danos. As pessoas se socorriam ao Estado para, a partir da aplicação de regras e leis a um caso concreto, obter um provimento favorável que garantisse o seu direito e, em caso de descumprimento, o Estado interviria para forçar a execução daquele comando estatal².

Essa concepção, contudo, esbarrava nas dificuldades para que todas as pessoas tivessem acesso à justiça e buscassem a efetivação de seus direitos. A primeira ordem de óbices diz respeito às elevadas custas judiciais pagas pelos litigantes, tanto no que diz respeito às taxas para manutenção do Poder Judiciário quanto os honorários de advogados. Outro problema versa sobre a demora na obtenção do provimento jurisdicional. Os processos são morosos, o que pode implicar o perecimento do direito pleiteado. O terceiro ponto que impede ou dificulta o exercício do direito ao acesso à justiça trata da disparidade entre as partes litigantes, que possuem variadas condições econômicas e status que lhe conferem posições diferentes e maior acesso a meios de defesa e conhecimento sobre estratégias jurídicas. Por fim, há a dificuldade na proteção dos direitos coletivos ou difusos³.

Sucedendo que, a partir da ampliação da concepção de acesso à justiça, que passou a ser considerado “como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretende garantir, e não

² SANTOS, Ricardo Soares Stersi dos. Arbitragem e acesso à justiça. **Revista Sequência**, Florianópolis, n. 53, p. 253-268, dez. 2006, p. 261.

³ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. de Ellen Gracie Nothfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 15-29.

apenas proclamar os direitos de todos”⁴, primou-se por buscar novas formas de resolução de conflitos que satisfizessem a necessidade das pessoas de terem os seus direitos resguardados.

Assim, buscou-se desenvolver métodos alternativos de resolução de conflitos para justamente ampliar e democratizar a busca pela efetivação de direito. “proporcionando aos cidadãos possibilidades autocompositivas fora do espaço estatal”⁵.

Os principais exemplos de métodos alternativos ao Poder Judiciário para a resolução de conflitos são, além da arbitragem, “negociação, mediação, conciliação, ombudsman, facilitation, fact finding, mini-trial, court annexed arbitration, rent a judge, multi-door courthouses, summary-jury trial, entre outras”⁶.

Como já afirmado, o presente artigo trata da ação mediadora e arbitral das agências. Logo, para o escopo do presente artigo, importa a análise dos institutos da mediação e da arbitragem como métodos de composição de conflitos⁷.

A mediação pode ser definida como uma técnica, guiada por um terceiro imparcial, que tenta identificar o conflito existente entre as partes e as auxilia na sua resolução. Esse mediador pode trabalhar tanto os aspectos da relação entre as partes quanto se envolver somente nos detalhes do conflito em si. O ponto focal é a articulação entre as partes, para identificar os pontos de atrito e, mediante técnicas específicas (inclusive de negociação), aproximar os pontos de interesse mútuo e tentar viabilizar um acordo⁸. A mediação também não possui uma forma expressa e definida sobre suas etapas, ao revés, é um procedimento simples e sem rigidez, de modo que as partes podem convencionar, junto ao mediador, como ela será conduzida⁹.

⁴ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. de Ellen Gracie Nothfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 12.

⁵ RODRIGUES, Horário Wanderley; TRENTINI, Maria Alice. A implementação da mediação no Brasil: uma análise crítica da Resolução CNJ n.º 125/2010 e do PL n.º 8.046/2010. **Anais do I Seminário Internacional de Mediação de Conflitos e Justiça Restaurativa**. Santa Cruz do Sul: UNISC, 2013. p. 3. Disponível em: https://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/m ediacao_e_jr/article/view/10857. Acesso em 22 out. 2021.

⁶ SANTOS, Ricardo Soares Stersi dos. Arbitragem e acesso à justiça. **Revista Sequência**, Florianópolis, n. 53, p. 253-268, dez. 2006, p. 261.

⁷ Para uma análise de métodos alternativos de resolução de conflitos, indica-se: CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. de Ellen Gracie Nothfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 81-159.

⁸ FERREIRA, Magda Hruza de Souza Alqueres. A negociação na mediação de conflitos. **Revista da Associação Brasileira de Advogados Trabalhistas**, Belo Horizonte, ano 4, n. 4, p. 163-175, jan./dez. 2016, p. 170-171.

⁹ SIQUEIRA, Dirceu Pereira; PAIVA, Caroline Zanetti. A utilização da mediação como forma de efetivação ao acesso à justiça e o princípio da dignidade da pessoa humana. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, Santa Maria, v. 11, n. 1, p. 180-197, 2016, p. 182-183.

A despeito do mediador ser escolhido pelas partes, é importante destacar que ele não tem poder decisório. A resolução do conflito é definida pelas partes, nos termos que elas pretenderem – um método autocompositivo. A função do mediador, que deve ser imparcial e capacitado para tanto, é de fomentar o diálogo e a colaboração das partes, aprofundar as nuances do problema existente, apresentar os benefícios e vantagens de um consenso e alinhar os interesses comuns existentes. Ele deve contribuir para que os sujeitos construam uma solução que seja adequada para todos os envolvidos¹⁰.

Em essência, são três os modelos mais comuns de mediação: a) o Tradicional-Linear de Harvard, segundo o qual o mediador atua como um facilitador de diálogo para se chegar a um acordo, sem trabalhar a relação entre as partes, a partir de quatro etapas: o afastamento das pessoas do problema, individualização dos interesses das partes (e não suas posições), desenvolver opções para que haja ganhos mútuos e o emprego de critérios objetivos; b) o transformativo, que se concentra na transformação das relações entre as partes, para dar autonomia e segurança para os envolvidos, sendo comumente utilizada em relações pessoais (de família, de vizinhos, de colegas de trabalho); e c) o circular-narrativo, que considera a mediação como “um processo de narração de histórias”, privilegiando a conversa e a reflexão das histórias narradas para permitir o diálogo e a integração dos envolvidos¹¹.

Na mediação extrajudicial, as partes convencionam em contrato uma cláusula prevendo prazo para a realização da primeira reunião a partir do recebimento do convite para a mediação; local da primeira reunião; critérios para a escolha do mediador ou equipe de mediação e sanções. Poderá ser feita também a remissão a regulamento de instituição prestadoras de serviços de mediação. Por fim, a cláusula de mediação pode prever um prazo ou uma condição para que as partes não recorram a procedimento arbitral ou a processo judicial enquanto perdurar a arbitragem. Poderá ser mediador qualquer pessoa capaz, com confiança das partes e tenha capacidade para tanto. As partes não são obrigadas a serem assistidas por advogados, mas caso uma delas compareça acompanhada, a mediação será suspensa até que todas estejam assistidas¹².

¹⁰ SALES, Lilia Maia de Moraes; LIMA, Daniel Hamilton Fernandes de; MONTE, Eriverton Resende. Mediação de conflitos (autonomia privada) e a indenização punitiva (Estado): a necessidade de um novo olhar para o desfecho adequado do conflito extrapatrimonial. **Revista Brasileira de Direito Processual**, Belo Horizonte, ano 26, n. 101, p. 229-245, jan./mar. 2018, p. 238-239.

¹¹ NUNES, Antonio Carlos Ozório. **Manual de mediação**: guia prático para conciliadores. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

¹² BRASIL. Lei Federal nº 13.140/2015, de 26 de junho de 2015. **Planalto**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113140.htm. Acesso em: 22 out. 2021.

A mediação judicial, por sua vez, é realizada em centros judiciários de solução de conflitos criados pelos tribunais. Nesses centros serão realizadas audiências de mediação (pré-processuais ou durante os processos). O mediador é selecionado pelo próprio Poder Judiciário, graduado há mais dois anos em curso superior e com formação de mediação, e as partes serão acompanhadas por advogados ou defensores públicos, exceto nos Juizados Especiais Cíveis e Criminais. A mediação judicial adquire um caráter quase que obrigatório, pois, uma vez preenchidos os requisitos essenciais da petição inicial, a audiência será designada¹³.

Em relação à arbitragem, regida pela Lei nº 9.307/1996, ela pode ser caracterizada como um método alternativo à jurisdição estatal de resolução de conflitos segundo o qual as partes elegem um terceiro (ou um grupo de pessoas) com poderes para dirimir o litígio existente entre eles sobre direitos patrimoniais disponíveis. A decisão no âmbito da arbitragem equipara-se à decisão judicial (faz coisa julgada material) e torna-se título executivo¹⁴. O terceiro responsável pela arbitragem é denominado árbitro, que pode ser qualquer pessoa capaz e de confiança das partes; as partes, no entanto, podem escolher mais de um árbitro, instaurando um Tribunal Arbitral. Outra característica de destaque diz respeito ao fato de que a arbitragem, se regularmente instaurada, afasta a competência do Poder Judiciário para julgar o conflito¹⁵.

Como ressaltado, a arbitragem deve versar sobre direitos patrimoniais disponíveis. Em que pese a indeterminação da expressão, podem ser definidos como direitos patrimoniais disponíveis aqueles que as partes podem, de alguma forma, dispor, abrir mão, transferir para outro; de outro vértice, são direitos indisponíveis aqueles que as partes não podem dispor, são inalienáveis, como os direitos da personalidade ou questões atinentes ao interesse público (em caso de arbitragens que envolvam a Administração Pública). Felipe Sripes Wladeck e Paulo Osternack Amaral ressaltam o caráter patrimonial dos direitos disponíveis, atribuindo esses dois aspectos (patrimonialidade e disponibilidade) como requisitos objetivos da arbitragem (enquanto a capacidade de contratar é um requisito subjetivo)¹⁶.

¹³ BRASIL. Lei Federal nº 13.140/2015, de 26 de junho de 2015. **Planalto**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113140.htm. Acesso em: 22 out. 2021.

¹⁴ WLADECK, Felipe Sripes; AMARAL, Paulo Osternack. Arbitragem no Brasil. **Revista Brasileira de Direito Processual**, Belo Horizonte, ano 19, n. 74, abr./jun. 2011. p. 1. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=73292>. Acesso em: 22 out. 2021.

¹⁵ SANTOS, Ricardo Soares Stersi dos. **Noções gerais da arbitragem**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, p. 24.

¹⁶ WLADECK, Felipe Sripes; AMARAL, Paulo Osternack. Arbitragem no Brasil. **Revista Brasileira de Direito Processual**, Belo Horizonte, ano 19, n. 74, abr./jun. 2011. p. 2.

A distinção entre direitos disponíveis e indisponíveis fica mais clara a partir dos ilustrativos exemplos de Ivan Aparecido Ruiz, Taís Zanini de Sá Duarte Nunes e Alexandre Zaporoszenko Cavvazani:

Face ao exposto, é possível depreender que o direito de disponibilidade refere-se à possibilidade de alienar, transferir o bem, por meio de contrato. No caso de uma obra necessária, é possível contratar; no entanto, no caso de direitos do servidor público, não é possível. Uma obra pública tem valores, é possível entregá-la a terceiros. Em contrapartida, os direitos dos servidores públicos são de interesse geral e coletivo, garantidos pela Constituição Federal, não sendo possível a sua transação por meio de contrato, uma vez que servem de segurança ao bom funcionamento da administração pública, que é do interesse de toda a sociedade.¹⁷

A submissão do conflito à arbitragem depende da existência de uma “convenção de arbitragem” entre as partes. Trata-se de um acordo entre as partes em que elas assumem o compromisso de dirimir os conflitos existentes na sua relação jurídica por meio da arbitragem. As partes podem dispor sobre qual ordem de conflito será resolvido pela instância arbitral, a competência dos árbitros e seu critério de escolha. A convenção de arbitragem pode ser firmada por meio de cláusula compromissória, que antecede aos litígios, ou por meio de compromisso arbitral, que surge após a existência de um litígio e as partes acordam em resolvê-lo por meio da arbitragem¹⁸.

A cláusula arbitral que dispõe sobre todas as regras da arbitragem, podendo até mesmo indicar uma câmara arbitral para administrá-la ou mencionar a observância às suas regras, é considerada “cheia”, ao passo que a cláusula “vazia” é incompleta, insuficiente, não detalhando como será realizada a arbitragem¹⁹. Quando se tratar de cláusula vazia, as partes podem buscar um consenso quanto ao procedimento arbitral, escolhendo livremente suas regras, desde que respeitados os princípios do

Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=73292>. Acesso em: 22 out. 2021.

¹⁷ RUIZ, Ivan Aparecido; NUNES, Taís Zanini de Sá Duarte; CAVVAZANI, Alexandre Zaporoszenko. Arbitragem e administração pública brasileira: breves considerações e perspectivas analíticas. **Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva**, Belo Horizonte, n. 33, p. 28-46, set./dez. 2017, p. 36.

¹⁸ SANTOS, Ricardo Soares Stersi dos. **Noções gerais da arbitragem**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, p. 42-51.

¹⁹ LEMES, Selma Ferreira. Cláusulas arbitrais ambíguas ou contraditórias e a interpretação da vontade das partes. In: MARTINS, Pedro B; GARCEZ, José Maria R. (orgs.). **Reflexões sobre Arbitragem: in memoriam** do Desembargador Cláudio Vianna de Lima. São Paulo: LTr, 2002, p. 190.

contraditório, da igualdade, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento. Não havendo acordo, é possível propor ação judicial para a sua definição em juízo, como dispõe a Lei nº 9.307/1996.

A parte que requerer a instauração da arbitragem apresenta inicialmente as suas alegações, que são rebatidas pela parte requerida. Poderão ser apresentadas réplicas e trélicas, conforme acordo entre as partes ou segundo o regulamento da câmara arbitral responsável. Em seguida, há a fase de produção de provas, podendo ser realizada audiência de instrução.

Ao final do procedimento, é proferida a sentença arbitral, irrecorrível, que se torna título executivo passível de execução judicial. A sentença arbitral somente poderá ser desconstituída em caso de nulidade. O julgamento poderá ser por equidade ou de direito, mas quando envolver a Administração Pública o critério será sempre o de direito.

3 AS AGÊNCIAS REGULADORAS E A ATRIBUIÇÃO DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

A concepção das agências reguladoras no Brasil é fruto da experiência dos Estados Unidos na área da regulação e intervenção nas atividades econômicas²⁰. Neste sentido, a criação das agências reguladoras decorre de um contexto em que havia a necessidade de separar a prestação e a regulação de serviços públicos, uma vez que ambos eram realizados pelo Estado, e de exercer um controle sobre as atividades dos particulares no campo dos serviços públicos. Tratou-se de uma relação de mão-dupla: o Estado não poderia simplesmente deixar de prestar um serviço público sem que houvesse uma garantia de que os particulares tivessem interesse em prestá-lo e se comprometessem a atender às finalidades públicas inerentes (universalidade, eficiência, modicidade tarifária, etc.), já a iniciativa privada necessitava de normas claras, estabilidade política e segurança jurídica para efetuar seus investimentos²¹.

A regulação de serviços públicos no Brasil passa a ter maior relevo a partir da década de 1990, diante dos ideais da reforma do Estado como medida para combater a estagnação econômica e enfrentar a crise fiscal vivenciada. A primeira medida adotada foi a edição do Programa Nacional de Desestatização (Lei Federal nº 8.031/1990), seguido do Programa Federal de Desregulamentação (Decreto Federal

²⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Limites da função reguladora das agências diante do princípio da legalidade. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). **Direito regulatório: temas polêmicos**. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte, Fórum, 2009, p. 23-24.

²¹ SCHIRATO, Vitor hein. As agências reguladoras independentes e alguns elementos da Teoria Geral do Estado. In: ARAGÃO, Alexandre Santos; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 472-476.

nº 99.179/1990), propiciando a privatização das empresas estatais e o fortalecimento da iniciativa privada²². Especialmente no que diz respeito ao Programa Nacional de Desestatização (que posteriormente também foi objeto da Lei Federal nº 9.491/1997), ele representa o início da delegação de serviços públicos para a iniciativa privada²³.

A partir de então, assume-se que o Estado não deve prestar diretamente serviços públicos, autorizando que a iniciativa privada os preste por meio de concessão (e permissão) e relegando ao Poder Público o papel de gestor das relações econômicas – o que pressupõe uma proatividade, na medida em que o poder polícia, atividade de cunho passivo e de controle após a atuação do agente, é inadequado²⁴.

A predominância da atuação regulatória do Estado foi consolidada no governo do Presidente Fernando Henrique Cardoso, no qual foi criado o Ministério da Administração Pública Federal e Reforma do Estado que desenvolveu em 1995 o “Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado”, propondo um redesenho da administração pública²⁵.

Em paralelo a isso, em meio a discussões sobre descentralização administrativa, foram criadas por lei autarquias especiais com competências regulatórias e de controle, as denominadas agências reguladoras. Entendeu-se que para estas atividades é imperativo que o ente tenha personalidade jurídica de direito público, possibilidade de adotar práticas consensuais, autonomia administrativa e financeira e que seja distante do caráter burocrático e político da administração pública direta e de suas atividades²⁶.

A tarefa de regulação, segundo Eros Roberto Grau, versa sobre as atividades econômicas em sentido amplo (que englobam as atividades econômicas em sentido estrito e os serviços públicos²⁷) e impõe o dever de fiscalização pelo Poder Público

²² MENEZES, Monique. **Autonomia e controle das agências reguladoras**: o papel do Tribunal de Contas da União no arranjo regulatório brasileiro. Curitiba: Ithala, 2015, p. 18-19.

²³ MOREIRA, Egon Bockmann. **Direito das concessões de serviço público**: inteligência da lei 8.987/1995 (parte geral). São Paulo: Malheiros, 2010, p. 19.

²⁴ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da atividade econômica (princípios e fundamentos jurídicos)**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 20.

²⁵ BRASIL. **Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado**. Brasília: Ministério da Administração Pública Federal e Reforma do Estado, 1995. p. 18. Disponível em: <http://www.biblioteca.presidencia.gov.br/publicacoes-oficiais/catalogo/fhc/plano-diretor-da-reforma-do-aparelho-do-estado-1995.pdf>. Acesso em: 22 out. 2021.

²⁶ GUERRA, Sérgio. **Agências reguladoras**: da organização administrativa piramidal à governança em rede. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 111-115.

²⁷ Segundo Eros Roberto Grau, a prestação de serviços públicos, preferencialmente pelo Poder Público (sendo acessível aos particulares em regime de concessão e permissão), destina-se à satisfação de necessidades utilizando-se de bens e serviços escassos – o que caracteriza uma atividade econômica. Nestes termos, na ótica do autor, os serviços públicos estão para o setor público tal qual as atividades econômicas estão para o setor privado, daí a razão de se compreender

para “prover a eficácia das normas produzidas e medidas encetadas, pelo Estado, no sentido de regular a atividade econômica” para concretizar os princípios da ordem econômica, como a proteção ao meio ambiente, da defesa do usuário-consumidor, redução das desigualdades regionais e sociais, entre outros²⁸. Conforme afirma Egon Bockmann Moreira, regular tem o sentido de “fixar regras” que disciplinam uma determinada atividade. Busca-se, então, que o sujeito regulado atue conforme os padrões estabelecidos pelo ente regulador, condicionando o exercício da atividade econômica durante o espaço-tempo²⁹.

Dentre as atribuições das agências reguladoras no exercício de sua competência de regulação, destacam-se a expedição de regulamentos e diretrizes técnicas para o exercício da atividade regulada (decorrente de seu poder normativo), a realização de atividades de fiscalização para o cumprimento dessas normativas e a aplicação de sanções em caso de descumprimento. Há, também, a função de composição de conflitos entre os entes regulados³⁰.

Em complemento, Floriano de Azevedo Marques Neto, ao tratar da necessidade de uma “lei quadro” das agências reguladoras, considerou a existência de uma “competência arbitral”, que possibilita que as agências reguladoras atuem na resolução de “conflitos entre regulados sempre que estes assim o solicitarem ou nas hipóteses previstas na legislação específica”, e que essa “competência será exercida mediante mediação de conflitos ou pela arbitragem”³¹.

Nesse sentido, é de se destacar que algumas agências reguladoras apresentam especificamente em suas leis criadoras a competência de dirimir conflitos por mediação e arbitragem – e, eventualmente, essa atribuição é disciplinada por meio de atos normativos próprios. Não se trata aqui da determinação para que os contratos de prestação dos serviços regulados contenham cláusula prevendo que os conflitos serão resolvidos por meio de arbitragem ou outro método alternativo de resolução de

atividade econômica em sentido amplo (gênero), que se subdivide em duas espécies: serviços públicos e atividade econômica em sentido estrito. GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 99-100.

²⁸ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 299-300.

²⁹ MOREIRA, Egon Bockmann. Qual é o futuro do direito da regulação no Brasil? In: SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André (Org.). **Direito da regulação e políticas públicas**. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 111-112.

³⁰ GUERRA, Luis Roberto Cordeiro. As Agências Reguladoras e a Arbitragem: uma alternativa às divergências setoriais. **Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife**, Recife, v. 91, n.2, p. 108-130, set. 2020, p. 113.

³¹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. As agências reguladoras independentes e seu enquadramento legal: a importância de uma lei quadro. **Revista de Direito de Informática e Telecomunicações**, Belo Horizonte, v. 1, n. 1, p. 41-58, jul./dez. 2006, p. 48.

conflitos, mas da atribuição dada às agências reguladoras para que elas atuem efetivamente como uma instância de resolução de conflitos.

O primeiro exemplo é a Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL. A Lei nº 9.472/1997 dispõe que é sua competência dirimir administrativamente os conflitos existentes entre os prestadores³². O Regimento Interno da ANATEL, por sua vez, dispõe de capítulo específico de procedimentos administrativos de resolução de conflitos, como um “procedimento de mediação” e um “procedimento de arbitragem administrativa”, ambos possuindo aspectos procedimentais que se aproximam dos institutos da mediação e da arbitragem previstos, respectivamente, na Lei nº 13.140/2015 e na Lei nº 9.307/1996, mas com características próprias, sobretudo o procedimento de arbitragem administrativa, que ocorre no âmbito da própria ANATEL³³.

No setor elétrico, a Lei nº 10.438/2002 dispõe que a solução de controvérsias poderá ocorrer “por meio de arbitragem levada a efeito pela ANEEL”, a Agência Nacional de Energia Elétrica³⁴. A Lei nº 9.427/1996, que institui a referida agência reguladora, também dispõe ser sua atribuição “dirimir, no âmbito administrativo”, as divergências existentes entre os prestadores de serviços e entre eles e os consumidores³⁵.

As agências reguladoras responsáveis pelo setor de transportes também possuem atribuições semelhantes, conforme prescrito na Lei nº 10.233/2001. A Agência Nacional de Regulação do Transporte Aquaviário – ANTAQ e a Agência Nacional de Transporte Terrestres – ANTT devem arbitrar conflitos de interesses existentes entre prestadores e entre os prestadores e os usuários dos serviços³⁶.

No setor petrolífero, a Lei nº 9.478/1997 atribuiu à Agência Nacional do Petróleo – ANP a competência de dirimir conflitos entre os agentes econômicos e entre eles e os usuários e consumidores mediante procedimento de conciliação e arbitramento³⁷. De acordo com o Regimento Interno da ANP, a mediação visa inicialmente uma composição entre as partes e, em caso de insucesso, haverá decisão

³² BRASIL. Lei Federal nº 9.472, de 16 de julho de 1997. **Planalto**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19472.htm. Acesso em: 22 out. 2021.

³³ AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES. Resolução nº 612, de 29 de abril de 2013. **Regimento Interno da ANATEL**. Disponível em: <https://informacoes.anatel.gov.br/legislacao/resolucoes/2013/450-resolucao-612>. Acesso em: 22 out. 2021.

³⁴ BRASIL. Lei Federal nº 10.438, de 26 de abril de 2002. **Planalto**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110438.htm. Acesso em: 22 out. 2021.

³⁵ BRASIL. Lei Federal nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996. **Planalto**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19427cons.htm. Acesso em: 22 out. 2021.

³⁶ BRASIL. Lei Federal nº 10.233, de 5 de junho de 2001. **Planalto**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110233.htm. Acesso em: 22 out. 2021.

³⁷ BRASIL. Lei Federal nº 9.478, de 6 de agosto de 1997. **Planalto**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19478.htm. Acesso em: 22 out. 2021.

terminativa por parte da agência reguladora em sede de arbitramento, o que se assemelha às características de um processo administrativo³⁸.

Há também um exemplo de previsão de arbitragem desempenhada por mais de uma agência reguladora. É o caso citado por Dinorá Adelaide Musetti Grotti, no qual, com o início da implantação dos programas de privatização no Brasil, houve conflitos entre prestadores de serviços públicos acerca do compartilhamento de infraestrutura (como postes, dutos, servidões)³⁹. As agências responsáveis pelos setores de energia elétrica, telecomunicações e petróleo. A primeira disposição normativa sobre o assunto dispunha que se não houvesse êxito nas negociações, as partes envolvidas poderiam solicitar “a arbitragem das agências”. Posteriormente, foi editada resolução conjunta da ANEEL, ANATEL e ANP específica sobre o assunto, prevendo um “processo de resolução administrativa de conflitos”, deixando de mencionar a arbitragem⁴⁰.

Corroborando os exemplos citados, a Lei nº 13.848/2019, que apresenta normas gerais para as agências reguladoras, prevê em seu artigo 34 que elas possuem uma “atividade arbitral”, passível de delegação para outra agência reguladora ou órgão de regulação (estadual, distrital ou municipal) que possua um regime jurídico compatível com os ditames da lei. Há também a previsão de que, em situações em que há a articulação entre pelo menos duas agências reguladoras, elas devem editar ato normativo conjunto, prevendo a existência de mecanismos de solução de controvérsias decorrentes de sua aplicação, seja pela mediação (citando inclusive a Lei nº 13.140/2015) ou por arbitragem, realizada por comissão integrada por representantes de todas as agências e outros profissionais⁴¹.

Em uma análise geral, a incorporação de meios alternativos de resolução de conflitos ou a deflagração de um processo administrativo para tanto pelas agências reguladoras é válida. De fato, as agências reguladoras parecem ser um espaço propício

³⁸ BUCHEB, José Alberto. A arbitragem na indústria do petróleo. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, ano 4, n. 15, jul./set. 2006, p. 4. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=37261>. Acesso em: 22 out. 2021.

³⁹ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. As agências reguladoras. **Revista Brasileira de Direito Público**, Belo Horizonte, ano 2, n. 4, p. 187-219, jan./mar. 2004, p. 216.

⁴⁰ AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA; AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES; AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO. Resolução Conjunta nº 2, de 27 de março de 2001. **Regulamento da Resolução de Conflitos das Agências Reguladoras dos Setores de Energia Elétrica, Telecomunicações e Petróleo**. Disponível em: <https://informacoes.anatel.gov.br/legislacao/resolucoes/resolucoes-conjuntas/85-resolucao-conjunta-2>. Acesso em: 22 out. 2021.

⁴¹ BRASIL. Lei Federal nº 13.848/2019, de 25 de junho de 2019. **Planalto**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/113848.htm. Acesso em: 22 out. 2021.

e adequado para que os agentes envolvidos solucionem seus conflitos⁴², sobretudo quando se considera os custos envolvidos, o tempo que uma demanda judicial pode levar, a alta especialização da agência reguladora e o conhecimento minucioso da temática envolvida⁴³. Há que se primar pela imparcialidade e independência da agência reguladora, para evitar que uma das partes envolvidas no conflito, seja um ente privado, seja um ente público, tenha uma influência indevida a ponto de capturar a agência reguladora ou inviabilizar a sua atuação⁴⁴.

Nesse cenário, não parece haver impedimento para que as agências reguladoras adotem técnicas de conciliação, mediação ou equivalente e disponham de procedimentos regulamentares e uma estrutura específica para a sua realização, buscando otimizar a resolução dos conflitos. Especificamente em relação à mediação, a admissibilidade de sua realização em sede extrajudicial corrobora tal possibilidade. Ademais, a mediação pode ser importante mecanismo para fortalecer a atuação institucional da agência reguladora como um ente “facilitador e fomentador de soluções, evitando a judicialização”⁴⁵.

No que diz respeito à arbitragem (ou arbitramento), a questão é mais complexa, haja vista as peculiaridades do instituto da arbitragem, que afasta a apreciação do conflito pelo Poder Judiciário. O ponto fundamental é compreender se a arbitragem mencionada nas leis das agências reguladoras e seus atos normativos corresponde à arbitragem prevista na Lei nº 9.307/1996, o que será objeto de análise no tópico a seguir, com especial relevo para a ação arbitral da Agência Nacional de Águas e Saneamento – ANA.

4 A AÇÃO MEDIADORA OU ARBITRAL DA AGÊNCIA NACIONAL DE ÁGUAS E SANEAMENTO (ANA)

Em relação ao setor de saneamento básico, em 2020 foi editada a Lei Federal nº 14.026/2020, que apresenta importantes alterações no setor, inclusive no que diz respeito à prestação dos serviços, modificando não só a Lei nº 11.445/2007, principal marco legal do setor, mas também outras leis correlatas. Dentre essas alterações, foram incluídas novas atribuições para a antiga Agência Nacional de Águas, agora

⁴² GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. As agências reguladoras. **Revista Brasileira de Direito Público**, Belo Horizonte, ano 2, n. 4, p. 187-219, jan./mar. 2004, p. 214-218.

⁴³ JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002, p. 557-558.

⁴⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002, p. 369-375.

⁴⁵ JUNQUEIRA, Kátia Valverde. Mediação – instrumento eficaz para a eficiência regulatória. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 14, n. 56, p. 108-118, out./dez. 2011, p. 112.

denominada Agência Nacional de Águas e Saneamento – ANA. Se antes ela atuava na regulação da gestão de recursos hídricos, agora ela passou a ter uma função ampla em relação ao saneamento básico, estipulando normas gerais e de referência para a prestação dos serviços e para a sua regulação.

Uma nova atribuição da ANA, incluída na sua lei de criação (Lei nº 9.984/2000), trata da disponibilização de “ação mediadora ou arbitral nos conflitos que envolvam titulares, agências reguladoras ou prestadores”, de caráter voluntário e dependendo da concordância das partes envolvidas⁴⁶. Destaca-se que os conflitos podem envolver as agências reguladoras supranacionais (estaduais, municipais ou intermunicipais) envolvidas na regulação da prestação do serviço.

Não há, até o momento, um detalhamento sobre como se dará a ação mediadora ou arbitral da ANA. Está prevista, em sua agenda regulatória descrita na Resolução nº 64/2021, a elaboração de normas de referência de saneamento descrevendo os procedimentos de mediação e arbitragem entre 2021 e 2022⁴⁷. De todo modo, essa atuação é de fato inovadora para a ANA e representa um grande desafio para a agência reguladora⁴⁸.

Como dito, em princípio, não há óbice para que as agências reguladoras adotem ações de mediação ou equivalentes visando a composição de conflitos entre os entes envolvidos na execução da atividade regulada, desde que respeitados os requisitos legais previstos para esse método de composição. Em relação à mediação, por exemplo, há que se observar a necessidade de previsão contratual, mediador de confiança entre as partes e, se for o caso, a presença de advogado, como preconiza a Lei nº 13.140/2015. Além disso, a ANA deve se capacitar e desenvolver procedimentos transparentes para que a mediação seja realizada com eficiência e atinja o seu propósito⁴⁹.

No que tange à arbitragem, a questão é mais complexa. Deve-se entender se quando as leis das agências reguladoras tratam de “arbitragem” (ou ação arbitral ou

⁴⁶ BRASIL. Lei Federal nº 9.984, de 17 de julho de 2000. **Planalto**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9984compilado.htm. Acesso em: 22 out. 2021.

⁴⁷ AGÊNCIA NACIONAL DE ÁGUAS E SANEAMENTO. Resolução ANA 105, de 18 de outubro de 2021. **Aprova revisão extraordinária do Eixo Temático 1 - Regulação de usos e operação de reservatórios e do Eixo Temático 5 - Normas de Referência para o Saneamento da Agenda Regulatória da ANA 2020/2021**. Disponível em: <https://www.in.gov.br/web/dou/-/resolucao-ana-n-105-de-18-de-outubro-de-2021-353313855>. Acesso em: 22 out. 2021.

⁴⁸ NUNES, Carlos Motta; ANDERAO, Alexandre; ARAÚJO, Cintia Leal Marinho de. The 2020 Reform of the Water and Sanitation Services Sector in Brazil. **BRICS Law Journal**, Tiumen, v. 8, n. 2, p. 66-88, 2021, p. 81.

⁴⁹ JUNQUEIRA, Kátia Valverde. Mediação – instrumento eficaz para a eficiência regulatória. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 14, n. 56, p. 108-118, out./dez. 2011, p. 113.

arbitramento) menciona-se a arbitragem prevista na Lei nº 9.307/1996 ou se é um procedimento administrativo específico que deve acontecer no âmbito da agência reguladora e há uma coincidência de nomes.

A resolução dessa questão perpassa pela distinção entre “arbitragem regulatória” e “arbitragem comercial”, como apresentado por Sérgio Guerra. A arbitragem regulatória, levada a efeito pelas agências reguladoras, é um processo administrativo no qual a agência, com poder de decisão, julgará o conflito existente e lavrará uma decisão que, como um ato administrativo, poderá ser revista no Poder Judiciário. É uma característica da própria função de regulação, com o objetivo de buscar um “equilíbrio sistêmico do setor regulado”⁵⁰.

A arbitragem comercial, a seu turno, é o instituto da arbitragem previsto na Lei nº 9.307/1996, incompatível com a arbitragem calcada no regime jurídico das agências reguladoras⁵¹. Isso porque a arbitragem comercial é caracterizada pela autonomia da vontade das partes, que só submeterão seu conflito à arbitragem se for de seu comum interesse⁵² e que poderão escolher os árbitros e dispor sobre as regras da arbitragem. Além disso, na arbitragem tida como comercial afasta-se a competência do Poder Judiciário para dirimir o conflito e as sentenças arbitrais são irrecorríveis e possuem força de sentença judicial.

Para Marçal Justen Filho, as agências reguladoras, como integrantes da Administração Pública, não podem atuar de modo a afastar a apreciação de seus atos pelo Poder Judiciário. Por isso, a sua atuação na resolução de conflitos caracteriza-se como um processo administrativo e a decisão final é um ato administrativo. Inclusive, a depender dos contornos do processo administrativo de resolução de conflitos e do caso concreto, pode ser necessário o esgotamento da via administrativa regulatória revisão legal antes de se socorrer da via judicial, pois o “Estado-Jurisdição não pode antecipar-se ao Estado-regulador, transferindo competências administrativas para o âmbito judicial, mesmo quando exista invocação de lesão a direito ou interesse privado”⁵³.

⁵⁰ GUERRA, Sérgio. Arbitragem regulatória. In: ROCHA, Fábio Amorim da (Coord.). **Temas relevantes no direito da energia elétrica**. t. 5. Rio de Janeiro: Synergia, 2016, p. 862-867.

⁵¹ GUERRA, Sérgio. Arbitragem regulatória. In: ROCHA, Fábio Amorim da (Coord.). **Temas relevantes no direito da energia elétrica**. t. 5. Rio de Janeiro: Synergia, 2016, p. 864-866, 875.

⁵² PAIVA, Marcella da Costa Moreira de; MORAIS, Pedro Henrique de Paula. Agências reguladoras como árbitras. **Revista Eletrônica OABRJ**: Edição Ordinária da Comissão de Mediação e Métodos Consensuais – CMC OAB-RJ, Rio de Janeiro, ano 1, n. 1, jan./jun. 2020. p. 18. Disponível em: <https://revistaelectronica.oabRJ.org.br/wp-content/uploads/2020/07/Artigo-Agencias-Reguladoras-como-arbitras.pdf>. Acesso em: 22 out. 2021.

⁵³ JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002, p. 555-557.

É possível observar, dos procedimentos previstos pelas agências reguladoras como “arbitragem” ou “arbitramento”, que suas disposições não se coadunam com a arbitragem prevista na Lei nº 9.307/1996. Em alguns casos há aspectos procedimentais semelhantes, como no Regimento Interno da ANATEL, que até busca espelhar o procedimento arbitral da Lei nº 9.307, com a instituição de uma Comissão de Arbitragem composta por três árbitros, tal qual o Tribuna Arbitral⁵⁴. No entanto, não estão presentes aspectos essenciais da “arbitragem comercial”, como a escolha dos árbitros pelas partes ou o afastamento do Poder Judiciário⁵⁵, por exemplo; ao revés, a arbitragem das agências reguladoras se aproxima muito mais de um processo administrativo, como afirma Paulo Osternack Amaral⁵⁶.

Destaca-se também que as leis e atos normativos pertinentes das agências reguladoras não mencionam ou referenciam em momento algum a Lei nº 9.307/1996 quando tratam de suas atribuições de arbitramento. A Lei nº 13.848/2019 tampouco faz essa referência em um contexto geral para as agências reguladoras, e parece sintomático que a lei trate em um mesmo dispositivo legal da mediação e da arbitragem quando da articulação entre agências reguladoras e mencione expressamente a lei que rege a mediação (Lei nº 13.140/2015), mas seja silente quanto à legislação da arbitragem.

Nesse sentido, a conclusão é de que a arbitragem promovida pelas agências reguladoras é uma espécie de processo administrativo, cuja decisão, ao final, está sujeita ao controle jurisdicional, e não se confunde com a arbitragem prevista na Lei nº 9.307/1996, esta sim classificada como um método alternativo de resolução de conflitos.

Logo, quando se interpreta a disposição legal que atribui à ANA uma ação arbitral, o exemplo de outras agências reguladoras conduz ao entendimento de que se trata de um processo administrativo para a resolução de conflitos no âmbito da própria agência setorial, e não uma arbitragem propriamente dita, nos termos da Lei nº 9.307/1996. Para tanto, cabe à ANA desenvolver uma normativa específica sobre esse procedimento, como previsto em sua agenda regulatória, contemplando os prazos, etapas, critérios de julgamento e autoridade responsável, para que haja êxito no objetivo de dirimir conflitos.

⁵⁴ AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES. Resolução nº 612, de 29 de abril de 2013. **Regimento Interno da ANATEL**. Disponível em: <https://informacoes.anatel.gov.br/legislacao/resolucoes/2013/450-resolucao-612>. Acesso em: 22 out. 2021.

⁵⁵ RIBEIRO, Diogo Albaneze Gomes. Arbitragem e Poder Público. **Revista Brasileira de Infraestrutura**, Belo Horizonte, ano 2, n. 3, jan.-jun. 2013. p. 10-11. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=90969>. Acesso em: 22 out. 2021.

⁵⁶ AMARAL, Paulo Osternack. **Arbitragem e Administração Pública**: aspectos processuais, medidas de urgência e instrumentos de controle. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 193.

5 CONCLUSÃO

Os métodos alternativos de resolução de conflitos são importantes para que as divergências se resolvam mais rapidamente e por instrumentos mais objetivos, sem o formalismo exigido em um processo judicial. Além disso, a depender do método adotado, ele pode ser administrado por profissionais capacitados em aproximar as partes e permitir que elas visualizem os benefícios da resolução extrajudicial, bem como ser realizado em um ambiente propício, especializado, com conhecimento na matéria que envolve o conflito.

As agências reguladoras, quando não estão capturadas pelos entes privados ou influenciadas indevidamente pelo Poder Público, podem ser um importante espaço para a resolução de conflitos entre os agentes regulados. Elas podem se valer da mediação e de outros métodos equivalentes na busca por uma composição entre as partes litigantes.

No que diz respeito à arbitragem realizada pelas agências reguladoras estudadas (ANATEL, ANEEL, ANTT, ANTAQ e ANP), ela é uma espécie de processo administrativo, com decisão final proferida pela própria agência – a denominada “arbitragem regulatória”. Tal processo destoa da arbitragem prevista na Lei nº 9.307/1996, caracterizada como um método alternativo à jurisdição estatal de resolução de conflitos, consubstanciada na autonomia das partes para escolher o procedimento e os árbitros e com contornos específicos, como a equiparação de sua decisão à sentença judicial (fazendo coisa julgada material e afastando o conflito do escrutínio do Poder Judiciário).

Diante disso, a interpretação que deve ser dada à “ação arbitral” da ANA é que a agência pode prever em regulamento um processo administrativo para resolução de conflitos entre os titulares dos serviços de saneamento, prestadores e agências reguladoras supranacionais, semelhante aos das demais agências reguladoras (uma arbitragem regulatória), e cuja decisão está sujeita ao controle judicial, eis que se trata de um ato administrativo. Este processo, no entanto, não se confunde com a arbitragem prevista na Lei nº 9.307/1996, que é, por excelência, um método alternativo de resolução de conflitos que afasta a competência jurisdicional do Estado.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA NACIONAL DE ÁGUAS E SANEAMENTO. **Resolução ANA 105, de 18 de outubro de 2021**. Aprova revisão extraordinária do Eixo Temático 1 - Regulação de usos e operação de reservatórios e do Eixo Temático 5 - Normas de Referência para o Saneamento da Agenda Regulatória da ANA 2020/2021.

Disponível em: <https://www.in.gov.br/web/dou/-/resolucao-ana-n-105-de-18-de-outubro-de-2021-353313855>. Acesso em: 22 out. 2021.

AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA; AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES; AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO. **Resolução Conjunta nº 2, de 27 de março de 2001**. Regulamento da Resolução de Conflitos das Agências Reguladoras dos Setores de Energia Elétrica, Telecomunicações e Petróleo. Disponível em: <https://informacoes.anatel.gov.br/legislacao/resolucoes/resolucoes-conjuntas/85-resolucao-conjunta-2>. Acesso em: 22 out. 2021.

AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES. **Resolução nº 612, de 29 de abril de 2013**. Regimento Interno da ANATEL. Disponível em: <https://informacoes.anatel.gov.br/legislacao/resolucoes/2013/450-resolucao-612>. Acesso em: 22 out. 2021.

AMARAL, Paulo Osternack. **Arbitragem e Administração Pública**: aspectos processuais, medidas de urgência e instrumentos de controle. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BRASIL. Lei Federal nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. **Planalto**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm. Acesso em: 22 out. 2021.

BRASIL. Lei Federal nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996. **Planalto**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19427cons.htm. Acesso em: 22 out. 2021.

BRASIL. Lei Federal nº 9.472, de 16 de julho de 1997. **Planalto**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19472.htm. Acesso em: 22 out. 2021.

BRASIL. Lei Federal nº 9.478, de 6 de agosto de 1997. **Planalto**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19478.htm. Acesso em: 22 out. 2021.

BRASIL. Lei Federal nº 9.984, de 17 de julho de 2000. **Planalto**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9984compilado.htm. Acesso em: 22 out. 2021.

BRASIL. Lei Federal nº 10.233, de 5 de junho de 2001. **Planalto**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110233.htm. Acesso em: 22 out. 2021.

BRASIL. Lei Federal nº 10.438, de 26 de abril de 2002. **Planalto**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110438.htm. Acesso em: 22 out. 2021.

BRASIL. Lei Federal nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007. **Planalto**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Lei/L11445.htm. Acesso em: 22 out. 2021.

BRASIL. Lei Federal nº 13.140/2015, de 26 de junho de 2015. **Planalto**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm. Acesso em: 22 out. 2021.

BRASIL. Lei Federal nº 13.848/2019, de 25 de junho de 2019. **Planalto**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13848.htm. Acesso em: 22 out. 2021.

BRASIL. Lei Federal nº 14.026, de 15 de julho de 2020. **Planalto**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L14026.htm. Acesso em: 22 out. 2021.

BRASIL. **Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado**. Brasília: Ministério da Administração Pública Federal e Reforma do Estado, 1995. Disponível em: <http://www.biblioteca.presidencia.gov.br/publicacoes-oficiais/catalogo/fhc/plano-diretor-da-reforma-do-aparelho-do-estado-1995.pdf>. Acesso em: 22 out. 2021.

BUCHÉB, José Alberto. A arbitragem na indústria do petróleo. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, ano 4, n. 15, jul.-set. 2006. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=37261>. Acesso em: 22 out. 2021.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. de Ellen Gracie Nothfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Limites da função reguladora das agências diante do princípio da legalidade. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). **Direito regulatório: temas polêmicos**. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte, Fórum, 2009, p. 19-50.

FERREIRA, Magda Hruza de Souza Alqueres. A negociação na mediação de conflitos. **Revista da Associação Brasileira de Advogados Trabalhistas**, Belo Horizonte, ano 4, n. 4, p. 163-175, jan./dez. 2016.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2012.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. As agências reguladoras. **Revista Brasileira de Direito Público**, Belo Horizonte, ano 2, n. 4, p. 187-219, jan./mar. 2004.

GUERRA, Luis Roberto Cordeiro. As Agências Reguladoras e a Arbitragem: uma alternativa às divergências setoriais. **Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife**, Recife, v. 91, n.2, p. 108-130, set. 2020.

GUERRA, Sérgio. **Agências reguladoras**: da organização administrativa piramidal à governança em rede. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

GUERRA, Sérgio. Arbitragem regulatória. In: ROCHA, Fábio Amorim da (Coord.). **Temas relevantes no direito da energia elétrica**. t. 5. Rio de Janeiro: Synergia, 2016, p. 855-877.

JUNQUEIRA, Kátia Valverde. Mediação – instrumento eficaz para a eficiência regulatória. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 14, n. 56, p. 108-118, out./dez. 2011.

JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002.

LEMES, Selma Ferreira. Cláusulas arbitrais ambíguas ou contraditórias e a interpretação da vontade das partes. In: MARTINS, Pedro B; GARCEZ, José Maria R. (org.). **Reflexões sobre Arbitragem: in memoriam** do Desembargador Cláudio Vianna de Lima. São Paulo: LTr, 2002, p. 188-208.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. As agências reguladoras independentes e seu enquadramento legal: a importância de uma lei quadro. **Revista de Direito de Informática e Telecomunicações**, Belo Horizonte, v. 1, n. 1, p. 41-58, jul./dez. 2006.

MENEZES, Monique. **Autonomia e controle das agências reguladoras**: o papel do Tribunal de Contas da União no arranjo regulatório brasileiro. Curitiba: Ithala, 2015.

MOREIRA, Egon Bockmann. **Direito das concessões de serviço público**: inteligência da lei 8.987/1995 (parte geral). São Paulo: Malheiros, 2010.

MOREIRA, Egon Bockmann. Qual é o futuro do direito da regulação no Brasil?. In: SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André (Org.). **Direito da regulação e políticas públicas**. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 107-139.

NUNES, Antonio Carlos Ozório. **Manual de mediação**: guia prático para conciliadores. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

NUNES, Carlos Motta; ANDERAOS, Alexandre; ARAÚJO, Cintia Leal Marinho de. The 2020 Reform of the Water and Sanitation Services Sector in Brazil. **BRICS Law Jornal**, Tiumen, v. 8, n. 2, p. 66-88, 2021.

PAIVA, Marcella da Costa Moreira de; MORAIS, Pedro Henrique de Paula. Agências reguladoras como árbitras. **Revista Eletrônica OABRJ**: Edição Ordinária da Comissão de Mediação e Métodos Conseusias – CMC OAB-RJ, Rio de Janeiro, ano 1, n. 1, jan./jun. 2020. Disponível em: <https://revistaeletronica.oabrj.org.br/wp-content/uploads/2020/07/Artigo-Agencias-Reguladoras-como-arbitras.pdf>. Acesso em: 22 out. 2021.

RIBEIRO, Diogo Albaneze Gomes. Arbitragem e Poder Público. **Revista Brasileira de Infraestrutura**, Belo Horizonte, ano 2, n. 3, jan.-jun. 2013. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=90969>. Acesso em: 22 out. 2021.

RODRIGUES, Horário Wanderley; TRENTINI, Maria Alice. A implementação da mediação no Brasil: uma análise crítica da Resolução CNJ n.º 125/2010 e do PL n.º 8.046/2010. **Anais do I Seminário Internacional de Mediação de Conflitos e Justiça Restaurativa**. Santa Cruz do Sul: UNISC, 2013. Disponível em: https://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/mediacao_e_jr/article/view/10857. Acesso em 22 out. 2021.

RUIZ, Ivan Aparecido; NUNES, Taís Zanini de Sá Duarte; CAVVAZANI, Alexandre Zaporoszenko. Arbitragem e administração pública brasileira: breves considerações e perspectivas analíticas. **Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva**, Belo Horizonte, n.33, p. 28-46, set./dez. 2017.

SALES, Lilia Maia de Moraes; LIMA, Daniel Hamilton Fernandes de; MONTE, Eriverton Resende. Mediação de conflitos (autonomia privada) e a indenização punitiva (Estado): a necessidade de um novo olhar para o desfecho adequado do conflito extrapatrimonial. **Revista Brasileira de Direito Processual**, Belo Horizonte, ano 26, n. 101, p. 229-245, jan./mar. 2018.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da atividade econômica (princípios e fundamentos jurídicos)**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2008.

SANTOS, Ricardo Soares Stersi dos. Arbitragem e acesso à justiça. **Revista Sequência**, Florianópolis, n. 53, p. 253-268, dez. 2006.

SANTOS, Ricardo Soares Stersi dos. **Noções gerais da arbitragem**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

SCHIRATO, Vitor hein. As agências reguladoras independentes e alguns elementos da Teoria Geral do Estado. In: ARAGÃO, Alexandre Santos; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 469-537.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; PAIVA, Caroline Zanetti. A utilização da mediação como forma de efetivação ao acesso à justiça e o princípio da dignidade da pessoa humana. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, Santa Maria, v. 11, n. 1, p. 180-197, 2016.

WLADECK, Felipe Sripes; AMARAL, Paulo Osternack. Arbitragem no Brasil. **Revista Brasileira de Direito Processual**, Belo Horizonte, ano 19, n. 74, abr./jun. 2011. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=73292>. Acesso em: 22 out. 2021.

REFLEXÕES SOBRE A METODOLOGIA DE COBRANÇA DA TARIFA DE ESGOTAMENTO SANITÁRIO

Rodrigo Santos Hosken*

Daniel Derenusson Kowarski*

RESUMO: A apropriada estruturação tarifária do serviço de esgotamento sanitário é de suma importância para viabilizar não somente a manutenção adequada do serviço, mas também para proporcionar investimentos a fim de alcançar a universalização. Contudo, como não existe um medidor de vazão de esgoto apto para ser instalado em cada usuário, a cobrança do esgoto é realizada com base num percentual da tarifa de água. A polêmica que chegou ao Judiciário diz respeito ao percentual utilizado pelas concessionárias, uma vez que algumas delas adotam a proporção de 1/1 em relação à água e o esgoto. Alguns sustentam que poderia ser aplicada a normatização da ABNT sobre coeficiente de retorno de 80% de esgoto sobre a água. Contudo, é preciso ponderar que em razão da inexistência de um medidor de vazão, a fixação da tarifa de esgoto deve observar critérios técnicos e econômicos, tendo o regulador maior aptidão para defini-la.

Palavras-chave: Regulação. Saneamento básico. Esgotamento sanitário. Tarifa. Metodologia de cobrança.

ABSTRACT: Appropriate tariff structuring for the sewage service is of paramount importance to enable not only the proper maintenance of the service, but also to provide investments to achieve universalization. However, as there is no suitable sewage flow meter to be installed in each user, sewage collection is based on a percentage of the water tariff. The controversy that reached the Judiciary concerns the

* Membro Consultor da Comissão Especial de Saneamento, Recursos Hídricos e Sustentabilidade do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Membro da Comissão Especial de Saneamento, Recursos Hídricos e Gás Encanado do Conselho Seccional da OAB do Estado do Rio de Janeiro. Coordenador Jurídico da Câmara Temática de Governança Corporativa e Jurídica da Associação Brasileira de Engenharia Sanitária (ABES). Representante da ABES-RIO como Subcoordenador da Câmara Técnica de Instrumentos Legais e de Gestão (CTILG) do Comitê da Bacia do Rio Guandu (Biênio 2021-2023). Pós-Graduado em Direito Tributário pela Universidade Cândido Mendes (UCAM). Sócio Fundador do Hosken Geraldino Advogados.

* Mestrando em Direito da Regulação pela Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas - FGV Direito Rio. Pós-Graduado em Direito Empresarial pela Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas - FGV Direito Rio. Advogado de carreira da Companhia Estadual de Águas e Esgotos – CEDAE.

percentage used by concessionaires, since some of them adopt the proportion of 1/1 in relation to water and sewage. Some argue that the ABNT standard on the return coefficient of 80% of sewage on water could be applied. However, it is necessary to consider that, due to the inexistence of a flow meter, the establishment of the sewage tariff must observe technical and economic criteria, with the regulator having greater ability to define it.

Keywords: Regulation. Sanitation. Sewage. Tariff. Collection methodology.

1 INTRODUÇÃO

O esgotamento sanitário é um dos quatro serviços que compõe o gênero saneamento básico previsto na Lei nº 11.445/2007. Trata-se de um serviço público essencial para a saúde pública, uma vez que sua carência pode contribuir para a ocorrência de diversas doenças como cólera, febre tifoide, giardíase, amebíase, hepatite infecciosa e diarreia aguda.¹ De acordo com informações do Ministério da Saúde, para cada R\$ 1,00 (um real) investido em saneamento, poupa-se R\$ 4,00 (quatro reais) em gastos médicos.² Conforme estudo realizado pelo Instituto Trata Brasil, em 2019 ocorreram 273.403³ internações por doenças de veiculação hídrica - um aumento de 30 mil hospitalizações comparativamente ao ano de 2018.

A universalização do acesso ao esgotamento sanitário no Brasil ainda está distante. De acordo com o Instituto Trata Brasil, quase 100 milhões de brasileiros (46%) não tem acesso à coleta de esgoto.⁴

Nesse sentido, o adequado dimensionamento tarifário do serviço de esgotamento sanitário é fundamental não somente para a manutenção da infraestrutura, mas também para realização de investimentos, a fim de aumentar a capacidade do sistema. Apenas com uma adequada estrutura tarifária, que ao mesmo

¹ BRASIL. Fundação Nacional de Saúde. **Manual de Saneamento**. Brasília: Fundação Nacional de Saúde, 2007, p. 38. Disponível em: <https://wp.ufpel.edu.br/ccz/files/2016/03/FU-NASA-MANUAL-SANEAMENTO.pdf>. Acesso em: 16 maio 2021.

² BRASIL. Fundação Nacional de Saúde. **Manual de Saneamento**. Brasília: Fundação Nacional de Saúde, 2007, p. 11. Disponível em: <https://wp.ufpel.edu.br/ccz/files/2016/03/FU-NASA-MANUAL-SANEAMENTO.pdf>. Acesso em: 05 nov. 2021.

³ INSTITUTO TRATA BRASIL. **Saneamento e doenças de veiculação hídrica – ano base 2019**. Disponível em: <https://tratabrasil.org.br/pt/estudos/estudos-itb/itb/saneamento-e-doencas-de-veiculacao-hidrica-ano-base-2019>. Acesso em: 06 nov. 2021.

⁴ INSTITUTO TRATA BRASIL. **Principais estatísticas de esgoto no Brasil**. Disponível em: <https://www.tratabrasil.org.br/pt/saneamento/principais-estatisticas/no-brasil/esgoto>. Acesso em: 05 nov. 2021.

tempo seja módica e garanta também o equilíbrio econômico-financeiro do prestador do serviço, será possível alcançar a universalização do acesso ao serviço.

Ocorre que o serviço de esgotamento sanitário possui dificuldades inerentes para a realização de sua cobrança. Enquanto a água pode ser cobrada por meio de hidrômetros, aparelhos simples de medição que são certificados pelas autoridades certificadoras oficiais, o esgoto sanitário carece de uma ferramenta capaz de ser utilizada em larga escala para efetuar a medição do esgotamento sanitário. Dessa forma, estabeleceu-se que a cobrança do serviço de esgotamento sanitário é realizada com base em um percentual do consumo de água registrado pelo hidrômetro.

Entretanto, como algumas concessionárias de água e esgoto adotam a proporção de 1/1 em relação à água e o esgoto, diversos consumidores vêm questionando essa metodologia de cobrança, ao alegar, com base em alguns estudos, que o valor produzido de esgoto tende a ser em torno de 80% do valor de água consumido.

Esse debate torna-se ainda mais oportuno com o advento do Novo Marco Legal do Saneamento Básico – NMLSB (Lei 14.026/2020), que inseriu a Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico como a reguladora nacional, com o poder de editar normas de referência aos reguladores subnacionais, de forma a aprimorar a regulação do setor.

Nesse sentido, é de extrema importância avaliar esse debate em torno da metodologia da tarifa de esgoto, a fim de se ponderar os argumentos de ambos os lados, buscando encontrar alguma conclusão razoável.

2 A TARIFA DO SERVIÇO PÚBLICO DE ESGOTAMENTO SANITÁRIO

Os esgotos⁵ podem ser categorizados em: (i) esgotos domésticos ou sanitários; (ii) esgoto industrial e (iii) esgoto pluvial.⁶⁻⁷ O art. 3º-B da Lei nº 11.445/07 (inserido pela Lei nº 14.026/2020), que possui redação semelhante ao art. 9º do Decreto Federal nº 7.217/2010, define serviço público de esgotamento sanitário como

⁵ O esgoto em geral é composto por 99,9% de água e 0,1% de sólidos orgânicos e inorgânicos, suspensos e dissolvidos, bem como microrganismos. Em razão dessa fração de 0,1% que há a necessidade de tratar o esgoto. VON SPERLING, Marcos. **Introdução à qualidade das águas e ao tratamento de esgotos**. 2ª ed. Belo Horizonte: Departamento de Engenharia Sanitária e Ambiental; Universidade Federal de Minas Gerais; 1996, p. 59.

⁶ BURGER, Bruna Cavalcante Drubi. O Conceito de Saneamento. In: SADDY, André; CHAUVET, Rodrigo da Fonseca (Org.) **Aspectos Jurídicos do Saneamento Básico**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 11.

⁷ VON SPERLING, Marcos. **Introdução à qualidade das águas e ao tratamento de esgotos**. 2ª ed. Belo Horizonte: Departamento de Engenharia Sanitária e Ambiental; Universidade Federal de Minas Gerais; 1996.

sendo o de esgotamento doméstico, que se diferencia do esgoto pluvial.⁸ A atividade de coleta diz respeito à retirada do esgoto do usuário, por meio de uma ligação predial ou dispositivo similar, para a rede de esgoto sanitário. Por sua vez, a atividade de transportes corresponde ao sistema composto por coletores secundários, que recebem diretamente as ligações prediais, e coletores tronco, tratando-se dos coletores principais de uma bacia de drenagem sanitária, que recebem a contribuição dos coletores secundários, conduzindo seus efluentes a um destino final adequado, após o tratamento em uma estação de tratamento de esgotos.

Os serviços de saneamento básico, de acordo com o art. 29 da Lei Federal nº 11.445/07, que estabelece as diretrizes nacionais para o saneamento básico, devem ter sua sustentabilidade econômico-financeira assegurada, sempre que possível, mediante remuneração pela cobrança dos serviços.

A remuneração do serviço de abastecimento de água, segundo dispõe o art. 8º do Decreto Federal nº 7.217/2010 (que regulamenta a Lei nº 11.445/07), “*pode ser fixada com base no volume consumido de água*”, cuja medição é realizada por meio de hidrômetros. Os hidrômetros são instalados na frente de cada imóvel e tem a função de medir o volume de água consumido pelo usuário do serviço. De acordo com o SNIS, 92,5% dos usuários brasileiros estão hidrometrados⁹.

No que tange o esgotamento sanitário, apesar de existirem dispositivos que possam medir a vazão de esgoto, não existe um medidor de efluente apropriado que possa ser utilizado em larga escala para todos os usuários.¹⁰ Ademais, o Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia – INMETRO não possui regulamentação metrológica para medidores de efluentes. Importante ressaltar que em 2012 o INMETRO promoveu um Painel Setorial de Medição de Efluentes, em que se discutiu a dificuldade da regulamentação da medição dos efluentes com os diversos atores do setor do saneamento básico, incluindo fabricantes e partes interessadas. O

⁸ Art. 3º-B. Consideram-se serviços públicos de esgotamento sanitário aqueles constituídos por I (uma) ou mais das seguintes atividades: I - coleta, incluída ligação predial, dos esgotos sanitários; II - transporte dos esgotos sanitários; III - tratamento dos esgotos sanitários; e IV - disposição final dos esgotos sanitários e dos lodos originários da operação de unidades de tratamento coletivas ou individuais de forma ambientalmente adequada, incluídas fossas sépticas.

⁹ SISTEMA NACIONAL DE INFORMAÇÕES SOBRE SANEAMENTO. **Diagnóstico 2018**. Disponível em: http://www.snis.gov.br/downloads/diagnosticos/ae/2018/Diagnostico_AE2018.pdf. Acesso em: 04 nov. 2021.

¹⁰ De acordo com estudos apresentados no INMETRO, existem dez tipos de medidores de efluentes: i) Volumétrico; ii) Flutuador; iii) Verterdor Triangular; iv) Verterdor Retangular; v) Calha Parshall; vi) Molinete; vii) Traçadores; viii)-Ultra Sônico; ix) Eletromagnético; x) Calha Palmer-Bow. KOKOL, Marcos Antonio. **Medidores de Efluentes**: as tecnologias disponíveis no mercado. Disponível em: http://www.inmetro.gov.br/painelsetorial/palestras/medidores_de_efluentes_as_tecnologias_disponiveis_no_mercado_marcos_antonio_kokol.pdf. Acesso em: 06 nov. 2021.

painel considerou que em função do alto custo, da necessidade de maiores estudos, da urgência da universalização do acesso, bem como da necessidade de medição da qualidade dos efluentes, o INMETRO aguardará a maturidade do tema, conforme a ata transcrita abaixo:

Agenda de entendimentos

Ao final do painel setorial, ficou claro para o Inmetro que a medição de efluentes tem grande importância e relevância para o país. Contudo, também ficou evidente que o assunto é bastante complexo, tendo implicações econômicas, sociais e ambientais de grandes dimensões que, pela ausência de estudos específicos, ainda não estão corretamente mapeadas. Além disso, foram apresentadas diversas dificuldades para a regulamentação da medição de efluentes. Dentre elas, destacam-se:

- Alto custo para a implantação de alguns dos sistemas de medição para as companhias de saneamento e para os consumidores;
- Necessidade de maiores estudos sobre o sistema de medição volumétrico de efluentes, tendo em vista aspectos como sua aplicabilidade, desempenho e viabilidade;
- Necessidade de universalizar o acesso ao saneamento básico no país, que ainda apresenta graves diferenças regionais;
- Necessidade de se medir não só a quantidade, mas também a qualidade do efluente, uma vez que, pequenas quantidades de um tipo de efluente podem ser mais danosas ao meio ambiente que uma grande quantidade de outro.

- PRECARIIDADE DE NORMAS ABNT SOBRE O ASSUNTO.

O diretor Luiz Carlos Gomes solicitou que o segmento se articule no sentido de apresentar soluções para os desafios apresentados no painel. Ele enfatizou ainda a importância da normalização da medição de efluentes, convocando os presentes a colaborarem com a ABNT. Finalizando, explicou que o INMETRO aguardará uma maior maturidade acadêmica, normalizadora e tecnológica da medição de efluentes, antes de iniciar um projeto de regulamentação.¹¹

Em razão da inexistência de um aparelho de medição para ser utilizado por todos os usuários, o Decreto Federal nº 7.217/2010 dispõe no artigo 10 que a respectiva tarifa poderá ser fixada com base no volume de água cobrado pelo serviço de abastecimento de água. Assim sendo, o referido Decreto autoriza que a cobrança do serviço de esgotamento sanitário seja fixada de acordo com o volume de consumo de água, como se pode observar:

¹¹ INMETRO. **Painel setorial sobre medição de efluentes**. Disponível em: http://www.inmetro.gov.br/painelsetorial/palestras/relato_tecnico_efluentes.pdf. Acesso em: 05 nov. 2021.

Art. 10. A remuneração pela prestação de serviços públicos de esgotamento sanitário poderá ser fixada com base no volume de água cobrado pelo serviço de abastecimento de água.

É necessário ressaltar que não existe um consenso na literatura técnica sobre qual o percentual preciso de coeficiente de retorno, qual seja, o volume de esgoto gerado em média em razão do volume de água consumido por um usuário. Segue a relação dos coeficientes de retorno recomendados pela literatura técnica:

Tabela 1: Coeficientes de retorno recomendados

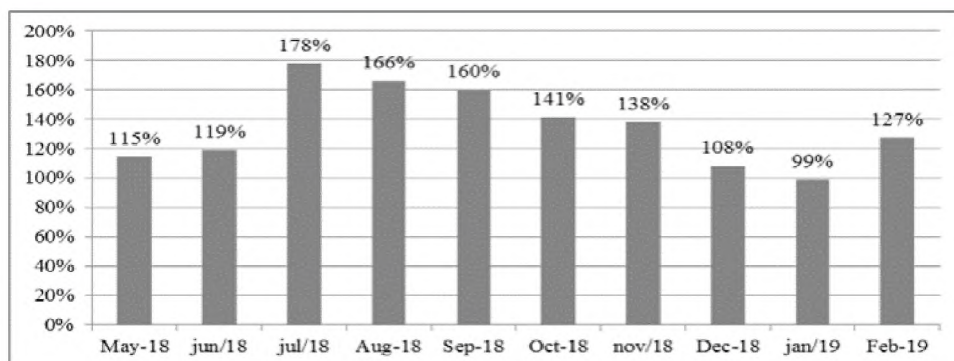
Autor	Local	Ano	Coeficiente de retorno	Condição
Steel	EUA	1960	0,7 a 1,3	Condições dos Estados Unidos *
Azevedo Neto	São Paulo	1966	0,8	Recomendações para o projeto
Fair, Geyer & Okun	EUA	1968	0,6 a 0,7	Condições dos Estados Unidos *
José A. Martins	São Paulo	1977	0,7 a 0,9	Recomendações para o projeto
Metcalf & Eddy Inc.	EUA	1981	0,7	Condições dos Estados Unidos *
NBR 9649 - ABNT	Brasil	1986	0,8	Recomendações para o projeto
SABESP	São Paulo	1990	0,85	Recomendações para projeto "Plano Diretor de Esgoto da Região Metropolitana de São Paulo"
Milton T. Tsutiya e Orlando Z. Casserati	Tatui (Estado de São Paulo)	1995	0,52 a 0,84	Medições em sistemas operando há vários anos
Fernandes	Brasil	1997	0,6 a 1,3	Recomendações
Sobrinho & Tsutiya	Brasil	2000	0,5 a 0,9	Recomendações

Fonte: QUEIROZ MACEDO (2019)¹².

¹² QUEIROZ MACEDO, Eugenio Eduardo. Metodologia para determinação do real coeficiente de retorno dos esgotos e os valores obtidos. **FENASAN**, 2019. Disponível em: https://www.tratamentodeagua.com.br/wp-content/uploads/2019/11/fenasan2019_276.pdf. Acesso em: 05 nov. 2021.

Num artigo publicado em 2019 na Feira Nacional de Saneamento e Meio Ambiente – FENASAN, o engenheiro Eugênio Eduardo Queiroz Macedo, empregado da CEDAE, apresentou o resultado de uma pesquisa realizado para mensurar o coeficiente real de retorno no bairro de Laranjeiras, no Município do Rio de Janeiro. Após realizar um trabalho minucioso para evitar possíveis interferências na análise do real coeficiente de retorno, o pesquisador encontrou os seguintes resultados de coeficiente de retorno para a localidade:

Figura 1: Evolução da determinação do coeficiente de retorno dos esgotos no período de medição



Como se pode perceber, o coeficiente de retorno encontrado foi superior a 100% em quase todas as medições mensais, contradizendo boa parte da literatura sobre o tema, Eduardo aponta que nas cidades com grande adensamento urbano, praticamente todo o consumo de água dos usuários vai diretamente para a rede de esgoto.¹³

De todo modo, as Companhias Estaduais de Saneamento Básico – CESBs, que originariamente atuavam também como reguladoras do serviço (em razão do PLANASA), criaram sua própria estrutura tarifária e cobram a tarifa de esgoto com base num percentual da tarifa de água.

Segue a relação do percentual de tarifa de esgoto cobrado sobre a tarifa de água pelas principais CESBs:

¹³ QUEIROZ MACEDO, Eugenio Eduardo. Metodologia para determinação do real coeficiente de retorno dos esgotos e os valores obtidos. **FENASAN**, 2019. Disponível em: https://www.tratamentodeagua.com.br/wp-content/uploads/2019/11/fenasan2019_276.pdf. Acesso em: 05 nov. 2021.

Empresa	CEDAE	SABESP	EMBASA	CASAN	CASAL	CESAN	SANEPAR
Percentual sobre a tarifa de água	100%	80% ou 100% a depender da localidade ¹⁴	80% ¹⁵	100% ¹⁶	30%, 80% ou 100% ¹⁷	80% (categorias Sociais e Residenciais); 100% (demais categorias) ¹⁸	85% (Curitiba); 80% (demais municípios) ¹⁹

3 JUDICIALIZAÇÃO DO PERCENTUAL DE TARIFA DE ESGOTO

Ocorre que uma polêmica começou a surgir em relação ao percentual cobrado de tarifa de esgoto sobre a tarifa de água, que chegou ao Poder Judiciário.

De fato, o inciso VIII do artigo 39 do Código de Defesa do Consumidor – CDC dispõe que é vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, “colocar, no mercado de consumo, qualquer produto ou serviço em desacordo com as normas expedidas pelos órgãos oficiais competentes ou, se normas específicas não existirem, pela Associação Brasileira de Normas Técnicas ou outra entidade credenciada pelo Conselho Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial”.

A Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT é uma entidade privada sem fins lucrativos e funciona como o Foro Nacional de Normalização. A

¹⁴ AGÊNCIA REGULADORA DE SERVIÇOS PÚBLICOS DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Deliberação ARSESP N° 1.150**, de 08 de abril de 2021. Disponível em: <http://www.arsesp.sp.gov.br/LegislaçãoArquivos/ldl11502021.pdf>.

¹⁵ EMBASA. **Tarifas**. <https://old.embasa.ba.gov.br/centraiservicos/index.php/tarifas?informacoes=sim>. Acesso em: 06 nov. 2021.

¹⁶ CASAN. **Publicação do Reajuste Tarifário de 2021**. Disponível em: https://www.casan.com.br/ckfinder/userfiles/files/Documentos_Download/tarifa_07_2021.pdf.

¹⁷ CASAL. Estrutura tarifária vigente. Disponível em: <https://www.casal.al.gov.br/estrutura-tarifaria/>. Acesso em: 07 nov. 2021.

¹⁸ AGÊNCIA REGULADORA DE SERVIÇOS PÚBLICOS DO ESPÍRITO SANTO – ARSP-ES. **Resultados da 1ª revisão tarifária da Companhia Espírito Santense de Saneamento – CESAN e Nova Estrutura de Tarifas**. Disponível em: https://arsp.es.gov.br/Media/arsp/Saneamento/Tarifas%20Saneamento/CARTILHA%20COMPLETA_ARSP_A4.pdf. Acesso em: 07 nov. 2021.

¹⁹ AGÊNCIA REGULADORA DE SERVIÇOS PÚBLICOS DELEGADOS DO PARANÁ. **Resolução N° 015/2021- AGEPAR**. Disponível em: <https://www.documentador.pr.gov.br/documentador/pub.do?action=d&uuid=@gtf-escriba-agepar@c67b7059-b524-49b9-b0b1-6a878e88b24c&empPg=true>. Acesso em: 07 nov. 2021.

entidade é responsável pela elaboração das Normas Brasileiras (ABNT/NBR), elaboradas por seus Comitês Brasileiros (ABNT/CB), Organismos de Normalização Setorial (ABNT/ONS) e Comissões de Estudo Especiais (ABNT/CEE). De acordo com a própria ABNT, normalização pode ser conceituada como “o processo de formulação e aplicação de regras para a solução ou prevenção de problemas, com a cooperação de todos os interessados, e, em particular, para a promoção da economia global”, visando trazer padrões de segurança e eficiência de uso voluntário²⁰. Ou seja, o objetivo da normatização é buscar, além da compatibilização de produtos em nível mundial, padronização mínima de segurança dos produtos e serviços, economia de energia e proteção do meio ambiente.²¹

A ABNT editou a Norma ABNT NBR nº 9.649, que dispõe sobre “*Projeto de redes coletoras de esgoto sanitário*”, visa “fixar as condições exigíveis na ELABORAÇÃO DE PROJETO HIDRÁULICO-SANITÁRIO de redes coletoras de esgoto sanitário, funcionando em lâmina livre, observada a regulamentação específica das entidades responsáveis pelo planejamento e desenvolvimento do sistema de esgoto sanitário”. Consta no anexo da referida Norma, o item A-8.1, o qual preceitua

²⁰ Normalização é, assim, o processo de formulação e aplicação de regras para a solução ou prevenção de problemas, com a cooperação de todos os interessados, e, em particular, para a promoção da economia global. No estabelecimento dessas regras recorre-se à tecnologia como o instrumento para estabelecer, de forma objetiva e neutra, as condições que possibilitem que o produto, projeto, processo, sistema, pessoa, bem ou serviço atendam às finalidades a que se destinam, sem se esquecer dos aspectos de segurança. Norma é o documento estabelecido por consenso e aprovado por um organismo reconhecido, que fornece regras, diretrizes ou características mínimas para atividades ou para seus resultados, visando à obtenção de um grau ótimo de ordenação em um dado contexto. A norma é, por princípio, de uso voluntário, mas quase sempre é usada por representar o consenso sobre o estado da arte de determinado assunto, obtido entre especialistas das partes interessadas”. ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. **Normalização**. Disponível em: <http://www.abnt.org.br/normalizacao/o-o-que-e-o-o-que-e>. Acesso em: 09 abr. 2021.

²¹ A normalização surgiu, a partir da Primeira Guerra Mundial, como um esforço, entre os próprios profissionais, para assegurar a compatibilização de produtos, necessidade esta que emergia como consequência da complexidade crescente do mercado pós-industrial. Hoje, entretanto, os objetivos e o modo de atuação da normalização são muito mais vastos. Em primeiro lugar, a normalização ampliou suas fronteiras para além da simples compatibilização de bens. Passa, então, a ter outras preocupações: a busca de produtos ou serviços de acordo com as expectativas de seus destinatários, em particular quanto à sua segurança, à economia de energia e à proteção do meio ambiente. Em segundo lugar, a normalização deixa de ser um fenômeno entre profissionais e ganha um caráter mais democrático, mais heterogêneo, dando voz também a outros sujeitos não profissionais, como os consumidores. (...) Em suma, podemos definir normalização como “a atividade que visa a elaboração de padrões, através de consenso entre produtores, consumidores e entidades governamentais”. GRINOVER Ada Pellegrini *et al.* **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. 1, p. 388.

que o coeficiente de retorno proposto de 0,8 para dimensionamento de redes de esgoto. Ou seja, a ABNT estima que 80% do volume que o usuário do serviço de água recebe é convertido em esgoto.

Dessa forma, ações judiciais foram propostas contra algumas CESBs em razão do percentual da tarifa adotada não estar de acordo com a norma da ABNT que propõe o coeficiente de retorno de 80%, com base no art. 39, VIII, do CDC.

Ocorre que o coeficiente sugerido pela referida norma da ABNT é aplicável à projetos construtivos de redes, e não para determinar a forma de cobrança de tarifas de esgotamento. A norma sugere, ainda, que os coeficientes propostos poderão ser alterados mediante “dados locais comprovados oriundos de pesquisas”, isto por entender que as características, sazonalidades e hábitos de cada região brasileira são diferentes. Assim, cabe ao projetista adotar os coeficientes da norma, ou utilizar coeficientes maiores, mas nunca inferiores, de forma que as redes coletoras sejam mais robustas, reduzindo os gastos na manutenção ou desobstrução delas.

A norma sugere, ainda, que os coeficientes propostos poderão ser alterados mediante “*dados locais comprovados oriundos de pesquisas*”, isto por entender que as características, sazonalidades e hábitos de cada região brasileira são diferentes. Como se pode observar, a Norma ABNT NBR 9649 não estabelece a forma de cobrança pelo serviço de coleta, transporte, tratamento e disposição final de esgotos sanitários.

Como a ABNT é uma entidade privada, suas normas técnicas não possuem força vinculante, servindo para a interpretação e aplicação técnica pelos técnicos qualificados, enquanto a norma legal vincula a todos os administrados.²²

Numa ação proposta perante o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro – TJRJ, um Hotel propôs uma ação contra a CEDAE, alegando que possui um sistema de ar condicionado no qual parte da água é evaporada. O Hotel ressaltou que como parte da água consumida não é despejada na rede de esgoto, não poderia pagar 100% de esgoto

²² O STJ tem decisão nesse sentido: “Cumpra também esclarecer que as normas da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT) não têm poder vinculante, sendo meras balizadoras do labor pericial. (parte de voto no STJ – Superior Tribunal de Justiça – AgRg – Agravo Regimental em Recurso Especial nº 92.834/PR – Processo 2011/0212492-5 – Relator: Ministro Massami Uyeda – 17/04/2012). O TRF da 1ª Região também tem decisão em sentido semelhante: DIREITO ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL - INDENIZAÇÃO FIXADA COM FUNDAMENTO EM LAUDO DO PERITO OFICIAL ELABORADO SEGUNDO CRITÉRIOS NÃO RECONHECIDOS PELA ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. 1. O juiz ao fixar o valor da indenização deve nortear-se pelo princípio do alcance do justo preço. 2. A indenização fixada com base em laudo pericial elaborado com rigor técnico e visando apurar o efetivo valor de mercado deve ser mantida. 3. As normas da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT) não são cogentes. Sendo assim, não possuem força vinculante. 4. Apelação parcialmente provida. Remessa Oficial prejudicada. (TRF-1 - AC: 108077 TO 1999.01.00.108077-0, Relator: JUIZ ANTONIO EZEQUIEL, Data de Julgamento: 23/11/2000, TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: 29/06/2001 DJ p. 717)”.

sobre a tarifa de água. O TJRJ, contudo, concluiu que é possível a cobrança da tarifa de esgoto em valor idêntico ao faturado para o serviço de abastecimento de água, por estar baseada em normativa vigente, devidamente aprovada.²³

Veja-se, no mesmo sentido, julgamento proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo – TJSP, em caso envolvendo a Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo – SABESP, onde se entendeu que ao não ser possível encontrar uma fórmula ideal que remunere adequadamente os serviços disponibilizados na unidade consumidora, deve-se aplicar a tarifa devidamente aprovada.²⁴

²³ APELAÇÃO CÍVEL. SENTENÇA (INDEX 650) QUE JULGOU IMPROCEDENTES OS PEDIDOS. DESPROVIMENTO DO APELO DO AUTOR. Primeiramente, cabe salientar que o presente recurso está sendo julgado por esta Câmara Cível em virtude de prevenção (Agravado de Instrumento nº 0005296-42.2016.8.19.0000). Alega o Hotel Demandante que possui sistema de ar condicionado de torre de água gelada, no qual parte da água é evaporada. Sendo assim, afirma que nem toda água consumida pelo estabelecimento é despejada na rede de esgotamento sanitário, não podendo pagar o mesmo valor que lhe é cobrado a título de água consumida. Afirma que a Requerida não pode cobrar integralmente pelo serviço de esgotamento sanitário, como se estivesse sendo despejada toda a água registrada no hidrômetro. Como mencionado na r. Sentença, o tema é regulado pelo decreto 7.217/2010, que estabelece, em seu artigo 10, que o valor do esgotamento sanitário deve corresponder ao cobrado pelo abastecimento de água. Veja-se: "Artigo 10. A remuneração pela prestação de serviços públicos de esgotamento sanitário poderá ser fixada com base no volume de água cobrado pelo serviço de abastecimento de água". Ademais, conforme acrescentado pelo r. Juízo, não há como avaliar a quantidade de água que efetivamente é despejada no esgoto. Ressalta-se que a cobrança de esgotamento sanitário efetuada pela empresa ré está de acordo com a normatização vigente, não havendo que se falar em critério diferenciado para o Demandante. Em que pese o laudo pericial à fl. 601 considerar que durante a realização da perícia houve evaporação de parte da água, tal circunstância é variável mês a mês, devendo se levar em consideração a quantidade de horas de utilização do equipamento, bem como fatores externos. Ademais, salienta-se que o Requerente, neste caso, não se insurge quanto à existência do serviço de coleta de esgoto, mas tão somente pleiteia a redução do valor cobrado. Desse modo, está a se impor a improcedência do pedido, visto que a empresa ré efetua a cobrança do esgotamento sanitário de acordo com a normatização vigente, não se vislumbrando, no caso em estudo, cobrança indevida, tampouco falha na prestação do serviço. (Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Apelação Cível nº: 0229613-88.2014.8.19.0001, Relator: Desembargador Arthur Narciso, 26ª Câmara Cível, Julgamento: 23/11/2017).

²⁴ AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO PARCIAL PROCEDÊNCIA RECONHECIMENTO DO DIREITO DA AUTORA AO PAGAMENTO DE TARIFA REDUZIDA DE ESGOTO - PRETENSÃO DE REFORMA CABIMENTO A cobrança de tarifa de água e esgoto na proporção de 1:1 tem base e fundamento legal, em virtude do Decreto 41.446/96. Inviabilidade de se aferir o nível volumétrico efetivo de água que evapora nas tubulações, não sendo possível encontrar uma fórmula ideal que remunere adequadamente os serviços disponibilizados na unidade consumidora, a não ser a proposta em legislação pertinente, a fim de viabilizar a prestação dos serviços de água e esgoto para toda a coletividade. Precedente jurisprudencial Sentença reformada - Recurso da ré provido, ficando prejudicado o recurso da autora. (Processo nº 0202718-70.2006.8.26.0100, Classe: Apelação, Relator(a): Walter Fonseca,

O Ministério Público de Santa Catarina propôs ação civil pública (Processo n.º 0913389-90.2015.8.24.0023) em face da Companhia de Águas e Saneamento (CASAN), pleiteando a condenação da empresa para que fosse utilizado como parâmetro de cobrança de esgoto o percentual de 80% da tarifa de água. Em primeira instância, o pedido foi julgado improcedente, pois ficou expresso na perícia técnica inexistir “no mercado nacional de aparelho confiável de medição do despejo de esgoto domiciliar”. Assim, diante de tal impossibilidade técnica/fática, o juízo da 1ª Vara da Fazenda Pública prestigiou a regulamentação do Estado de Santa Catarina que permite a fixação da tarifa de esgoto em valor idêntico ao cobrado a título de abastecimento de água. Assim, o aludido juízo destacou que, segundo a mesma prova pericial, “o custo da prestação do serviço público de esgotamento sanitário é, em média, superior em 1,5 ao custo do sistema de tratamento de água”, razão pela qual a cobrança de tarifa de esgoto em valor igual ao cobrado pelo abastecimento de água “não se mostra desproporcional e desarrazoada, mas, ao contrário, atende ao imperativo de modicidade que deve guiar a fixação dos preços públicos”. Importante destacar que não foi interposto recurso pelo MPSC contra a aludida sentença, datada de 24/09/2018, não obstante, o referido provimento jurisdicional foi submetido a reexame necessário, sendo que o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, em 25/06/2019, por votação unânime, negou provimento à remessa necessária, tendo ocorrido o transitou em julgado em 19/08/2019.

Dessa forma, é possível perceber a complexidade da definição da tarifa de esgoto, que deve observar não apenas os parâmetros de modicidade, equilíbrio econômico-financeiro, promoção do uso eficiente do serviço, mas também considerar a impossibilidade de medição dos efluentes sanitários.

4 DA NECESSIDADE DE DEFERÊNCIA AO REGULADOR

Sobre a atuação da entidade reguladora, conforme sustenta Alexandre Santos de Aragão, é necessário ressaltar que ela deve continuamente buscar o equilíbrio de interesses entre os diversos atores sociais presentes no mercado regulado. Ademais, Sérgio Guerra pondera que “a regulação estatal representa um estado de equilíbrio e de regularidade no funcionamento de um subsistema, mediante regras, em sua maioria elaboradas com alto grau de tecnicidade e complexidade”.²⁵

Comarca: São Paulo, Órgão julgador: 11ª Câmara de Direito Privado, Data do julgamento: 17/12/2015, Data de publicação: 18/12/2015, Data de registro: 18/12/2015).

²⁵ GUERRA, Sérgio. Regulação estatal sob a ótica da organização administrativa brasileira. In: GUERRA, Sérgio (Org.) **Regulação no Brasil: uma visão multidisciplinar**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2014. p. 379.

Dessa forma, torna-se oportuno apontar o Princípio da Deferência, o qual, segundo o Professor Egon Bockmann Moreira²⁶, estabelece que as “decisões proferidas por autoridades detentoras de competência específica – sobretudo de ordem técnica – precisam ser respeitadas pelos demais órgãos e entidades estatais (em especial o Poder Judiciário, o Ministério Público e as Cortes de Contas)”.

Assim, é importante que seja conferida deferência à entidade reguladora, por deter a capacidade técnica para decidir sobre questões complexas como a definição de tarifas, cuja arrecadação deve suportar não apenas a operação da prestadora de serviço público, mas também sua capacidade de investimentos, tendo como meta última a universalização.

Portanto, determinadas matérias devem ser reservadas ao regulador, que é estruturado para realizar escolhas complexas, a exemplo da definição da política tarifária, na qual deve levar em consideração o nível de receita e de despesa do prestador do serviço público, sua capacidade de investimentos, a análise de conjuntura econômica, bem como diversas outras condicionantes, como externalidades ambientais, sociais, entre outras.

Nesse aspecto, é importante ressaltar que a regulação no que tange a fixação da estrutura de remuneração deve observar o artigo 30 da lei 11.445/2007.²⁷

A análise da quantidade de elementos econômicos, sociais, ambientais e jurídicos envolvidos na elaboração da estruturação remuneratória tarifária demonstra que a referida deve ser realizada sempre de maneira holística e coletiva e nunca de maneira individual ou sob a ótica exclusiva do usuário do serviço.

É sempre importante trazer à baila o inciso II do artigo 3º da Constituição da República, o qual assenta que um dos objetivos fundamentais da República é diminuir as desigualdades sociais, sendo que no setor de saneamento básico possui historicamente um alto grau de desigualdade, já que os mais vulneráveis são os que não possuem os serviços de abastecimento de água e muito menos o de esgotamento sanitário.

²⁶ MOREIRA, Egon Bockmann. **Crescimento econômico, discricionariedade e o princípio da deferência**. Direito do Estado, 2016, nº 168. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/egon-bockmann-moreira/crescimento-economico-discricionariedade-e-o-principio-da-deferencia>. Acesso em: 05 out. 2021.

²⁷ Art. 30. Observado o disposto no art. 29 desta Lei, a estrutura de remuneração e de cobrança dos serviços públicos de saneamento básico considerará os seguintes fatores: I - categorias de usuários, distribuídas por faixas ou quantidades crescentes de utilização ou de consumo; II - padrões de uso ou de qualidade requeridos; III - quantidade mínima de consumo ou de utilização do serviço, visando à garantia de objetivos sociais, como a preservação da saúde pública, o adequado atendimento dos usuários de menor renda e a proteção do meio ambiente; IV - custo mínimo necessário para disponibilidade do serviço em quantidade e qualidade adequadas; V - ciclos significativos de aumento da demanda dos serviços, em períodos distintos; e VI - capacidade de pagamento dos consumidores.

Além do mais, “todos têm direito a um 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”, conforme preceitua o art. 225 da Constituição.

Dessa forma, o pagamento de tarifa de esgoto no percentual fixado pelo Regulador se mostra instrumento eficaz para que seja atingido tanto esse objetivo fundamental como a proteção ambiental, já que haverá recursos necessários para tais desideratos.

No artigo “A Estrutura Tarifária nos Serviços de Água e Esgoto” no livro *Marco Regulatório do Saneamento Básico : Lei nº 14.026/2020*, da lavra de Rodrigo Santos Hosken e Giovani Morelli, consta que o Supremo Tribunal Federal já possui jurisprudência consolidada no sentido de defender as decisões regulatórias, conforme se afere abaixo:

Cumpra ressaltar que o Supremo Tribunal Federal (STF) já se manifestou acerca da necessidade de respeito às decisões técnicas oriundas das entidades reguladoras. De fato, nas hipóteses em que nossa Corte Suprema analisou o mérito das demandas questionando decisões das agências reguladoras, prestou-se deferência às decisões técnicas em 88,7% dos casos. Dentre elas, merece menção o precedente do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 1083955, de relatoria do Ministro Luiz Fux. Em função de sua clareza, destaca-se o seguinte trecho da ementa da decisão, que já se mostra suficiente para corroborar o que ora se defende:

(...)1. A capacidade institucional na seara regulatória, a qual atrai controvérsias de natureza acentuadamente complexa, que demandam tratamento especializado e qualificado, revela a reduzida expertise do Judiciário para o controle jurisdicional das escolhas políticas e técnicas subjacentes à regulação econômica, bem como de seus efeitos sistêmicos. 2. O dever de deferência do Judiciário às decisões técnicas adotadas por entidades reguladoras repousa na (i) falta de expertise e capacidade institucional de tribunais para decidir sobre intervenções regulatórias, que envolvem questões policêntricas e prognósticos especializados e (ii) possibilidade de a revisão judicial ensejar efeitos sistêmicos nocivos à coerência e dinâmica regulatória administrativa. 3.

²⁸ HOSKEN, Rodrigo Santos; MORELLI, Giovani. *A Estrutura Tarifária nos Serviços de Água e Esgoto*. In: FROTA, Leandro; AIETA, Vânia (coord.). **Marco Regulatório do Saneamento Básico**: Lei nº 14.026/2020. Brasília: OAB Editora, 2021. p. 381-383.

A natureza prospectiva e multipolar das questões regulatórias se diferencia das demandas comumente enfrentadas pelo Judiciário, mercê da própria lógica inerente ao processo judicial. 4. A Administração Pública ostenta maior capacidade para avaliar elementos fáticos e econômicos insitos à regulação. Consoante o escólio doutrinário de Adrian Vermeule, o Judiciário não é a autoridade mais apta para decidir questões policêntricas de efeitos acentuadamente complexos (VERMEULE, Adrian. *Judging under uncertainty: An institutional theory of legal interpretation*. Cambridge: Harvard University Press, 2006, p. 248–251). 5. A intervenção judicial desproporcional no âmbito regulatório pode ensejar consequências negativas às iniciativas da Administração Pública. Em perspectiva pragmática, a invasão judicial ao mérito administrativo pode comprometer a unidade e coerência da política regulatória, desaguando em uma paralisia de efeitos sistêmicos acentuadamente negativos.(...)

(RE 1083955 AgR, Relator(a): LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 28/05/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-122 DIVULG 06-06-2019 PUBLIC 07-06-2019)

A alta especialização das agências reguladoras mencionada na ementa destacada, é um dos fatores legitimadores da autonomia regulatória que fundamenta a necessidade de autocontenção do Judiciário. E é essa autonomia que garante a segurança necessária para os investimentos dos prestadores de serviço.

Portanto, fica evidenciada a impossibilidade fática de medição da vazão de efluentes de esgoto para fins de faturamento, sendo que o Regulador tem possibilidade de estabelecer a tarifa da maneira mais técnica possível para atingir os objetivos constitucionais e legais já mencionados anteriormente.

Compete destacar que a deferência regulatória deve se dar mesmo quando a Agência Reguladora propõe relações diversas de 1/1 entre os serviços de abastecimento de água e de esgotamento sanitário, como realiza a Arsae-MG (Agência Reguladora de Serviços de Abastecimento de Água e de Esgotamento Sanitário do Estado de Minas Gerais).

Nesse diapasão, a NOTA TÉCNICA CRE 05/2021²⁹, que tem o escopo de apresentar uma proposta de estrutura tarifária da Companhia de Saneamento de Minas Gerais (COPASA) para o período de 2021 a 2025, tendo a análise abrangido os seguintes aspectos: (i) Definição do modelo de avaliação da capacidade de pagamento dos usuários; (ii) Definição de faixas de consumo e categorias tarifárias; (iii) Definição de progressividade entre as faixas de consumo; (iv) Definição de montante a ser financiado por Tarifa Fixa; (v) Definição de subsídios tarifários entre faixas e categorias; (vi) Definição do modelo de cobrança pelos serviços de esgotamento sanitário; e (vii) Definição de subsídios entre serviços (abastecimento de água, esgotamento dinâmico com coleta e esgotamento dinâmico com coleta e tratamento).

No que tange ao presente artigo, trazer-se-á o item referente ao modelo de tarifas de esgoto, conforme verifica-se abaixo:

5. MODELO DE TARIFAS DE ESGOTAMENTO SANITÁRIO E SUBSÍDIOS ENTRE SERVIÇOS

Como mencionado na introdução, na Revisão Tarifária de 2017, a Arsae-MG iniciou um processo de readequação da cobrança pelos serviços de esgotamento sanitário da Copasa. De acordo com a regra estabelecida, após uma gradual adaptação anual nos reajustes, a tarifa de coleta de esgoto representaria 25% das tarifas de água, enquanto a cobrança pelo serviço de coleta com tratamento dos esgotos alcançaria um percentual de 100% das tarifas de água.

Esta definição teve o objetivo de incentivar a prestação do serviço de esgotamento sanitário completo (coleta, transporte, tratamento e disposição). Esperava-se que o maior peso conferido à tarifa de EDT deixasse o prestador menos confortável em operar um sistema apenas de coleta de esgoto, sendo induzido a implantar o tratamento nos locais em que há apenas coleta, e implantar o sistema completo em locais em que não há qualquer serviço de esgotamento.

Portanto, no período entre 2017 a 2021, a Companhia de Saneamento de Minas Gerais (COPASA) teve uma estrutura tarifária diferenciada para os serviços de esgotamento sanitário, havendo tarifas diferenciadas para as áreas onde houvesse apenas coleta das que também haviam tratamento dos efluentes.

Contudo verificou-se que houve uma série de dificuldades que não permitiram que tal modelagem tivesse o sucesso pretendido, conforme se afere abaixo:

²⁹ AGÊNCIA REGULADORA DE SERVIÇOS DE ABASTECIMENTO DE ÁGUA E DE ESGOTAMENTO SANITÁRIO DO ESTADO DE MINAS GERAIS. **Nota técnica CRE 05/2021**. Disponível em: http://www.arsae.mg.gov.br/images/documentos/audiencia_publica/32/finais/NT_CRE_05_2021_EstruturaTarifaria_PosAP.pdf. Acesso em: 06 nov. 2021.

5.2. Dificuldades e limitações identificadas a partir do atual modelo de cobrança pelos serviços de esgoto

Além dos indícios de que o modelo atual de cobrança pelos serviços de esgoto não tenha proporcionado incentivos suficientes para a expansão desejada do serviço de tratamento de esgoto, outras dificuldades e limitações foram identificadas a partir do estabelecimento gradual ano a ano de uma separação significativa entre as tarifas de coleta e de tratamento dos esgotos. São eles:

- i) Redes de esgoto ociosas por falta de adesão dos usuários;
- ii) Titulares optando por não conceder o serviço de esgoto para evitar descontentamento da população com as tarifas;
- iii) Decisões judiciais suspendendo ou impedindo a cobrança das tarifas de esgoto em situações diversas, quase sempre motivadas pela justificativa de que a tarifa de esgoto é “alta” ou “abusiva”;
- iv) Legislativo estadual e municipal propondo leis que proíbem ou limitam a cobrança de tarifas de esgoto em diversas situações, e expondo a pauta à população de uma forma que agrava os problemas (i) e (ii);
- v) Falta de compreensão dos titulares, usuários e seus representantes a respeito da dinâmica tarifária, o que foi agravado pelo fato de que o modelo estabelecido na revisão de 2017 foi implementado por meio de uma trajetória de alterações ao longo de 4 anos;
- vi) Autoridades, titulares, usuários e seus representantes com maior foco em fiscalizar e fazer exigências sobre as tarifas cobradas do que sobre os serviços prestados ou não prestados. Esforços que poderiam estar focados em demandar melhorias na prestação dos serviços são desviados para a demanda por redução de tarifas;
- vii) Modelo atual não reflete adequadamente os benefícios individuais e coletivos resultantes de cada etapa do serviço. O benefício individual trazido pela coleta e afastamento do esgoto tem um impacto baixo na tarifa do usuário beneficiado (custo rateado para todos os usuários), enquanto o benefício coletivo do tratamento dos esgotos recai apenas sobre os usuários que têm seu esgoto tratado, mesmo que o benefício seja sentido por todos;
- viii) Necessidade de maior acompanhamento, pela agência reguladora, do equilíbrio econômico-financeiro do prestador, com possível realização de revisão tarifária extraordinária no caso de rompimento do equilíbrio, e/ou implementação de mecanismos adicionais aplicados nos reajustes

anuais, devido à não aderência das tarifas aos custos de cada serviço conforme o serviço é expandido;
ix) Estações de tratamento de esgoto paradas ou operando com vazão muito abaixo da sua capacidade nominal, devido à falta de redes de coleta, interceptores, elevatórias etc.;
x) Desincentivo à implantação da coleta de esgoto em localidades onde não seria rentável ou viável implantar o tratamento;
xi) Devido à incompatibilidade entre os sistemas operacionais e comerciais da Copasa e a ocorrência de problemas no transporte e no tratamento dos esgotos sanitários, inúmeros casos de cobrança indevida pelos serviços de tratamento de esgoto foram identificados, o que motivou diversos processos de devolução de valores.

Portanto, a partir deste diagnóstico sobre a política tarifária para os serviços de esgoto adotada pela Arsae-MG para o último ciclo tarifário, justifica-se um esforço por parte da agência para reconsiderar alternativas para o modelo de cobrança dos serviços de esgotamento sanitário da Copasa.

Nota-se que, com as reais dificuldades impostas, a Arsae-MG passou a não mais diferenciar as tarifas de esgotamento sanitário referentes aos locais que houvesse somente o serviço de coleta daqueles que haviam tanto coleta como tratamento de esgoto. Essas mudanças no posicionamento do regulador são importantes de serem respeitadas e tentadas, pois possuem objetivos de melhorar a prestação dos serviços de saneamento básico.

Após a Revisão Tarifária efetuada, a Arsae-MG passou a cobrar a tarifa de esgoto 75% (setenta e cinco por cento) da tarifa de água, contudo há subsídio no valor da tarifa de água para que o valor do esgoto, seja mantido no referido patamar.

A bem da verdade, a complexidade dos estudos para se obter o real valor das tarifas atinentes aos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário demonstra de maneira cabal que não é possível uma análise individualizada e casuística para cada usuário do serviço.

5 CONCLUSÃO

Pelo exposto, é possível perceber a dificuldade de realizar a cobrança do esgotamento sanitário, em razão da inexistência de equipamentos próprios para mensurar o volume dos efluentes. A adoção da norma técnica da ABNT, com base no art. 39, VIII, do CDC, não parece ser uma boa opção, tendo em vista que a referida

normatização é aplicável para o dimensionamento de redes de esgotamento sanitário, mas não para a definição de tarifas do serviço. Em função da dificuldade de mensuração do esgoto, conclui-se que cabe ao regulador, dentro de seu juízo de discricionariedade técnica, ponderar a aplicação da tarifa mais adequada.

Apesar de questionamentos judiciais serem normais e saudáveis no âmbito de um Estado democrático, é necessário ressaltar que a intensa judicialização de questões técnicas podem afetar o equilíbrio financeiro dos prestadores de serviço, que, em último lugar, pode impactar todo o planejamento do sistema, prejudicando o alcance da universalização do acesso ao esgotamento sanitário.

É sempre importante destacar que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal já legitima as decisões das Agências Reguladoras no que tange às definições técnicas, tendo em vista o grau de expertise nesses casos e multidisciplinariedade que envolve a definição dos valores das tarifas dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário.

Cada Ente, por meio de sua Agência Reguladora, tem a possibilidade de atribuir o percentual de proporção entre a tarifa de água e esgoto da forma que entender mais assertiva para manter o equilíbrio econômico-financeiro da concessão, bem como para atingir a universalização dos serviços de saneamento básico.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA REGULADORA DE SERVIÇOS DE ABASTECIMENTO DE ÁGUA E DE ESGOTAMENTO SANITÁRIO DO ESTADO DE MINAS GERAIS. **Nota técnica CRE 05/2021**. Disponível em: http://www.arsae.mg.gov.br/images/documentos/audiencia_publica/32/finais/NT_CRE_05_2021_EstruturaTarifaria_PosAP.pdf. Acesso em: 06 nov. 2021.

AGÊNCIA REGULADORA DE SERVIÇOS PÚBLICOS DELEGADOS DO PARANÁ. **Resolução Nº 015/2021-AGEPAR**. Disponível em: <https://www.documentador.pr.gov.br/documentador/pub.do?action=d&uuid=@gtf-escriba-agepar@c67b7059-b524-49b9-b0b1-6a878e88b24c&emPg=true>. Acesso em: 07 nov. 2021.

AGÊNCIA REGULADORA DE SERVIÇOS PÚBLICOS DO ESPÍRITO SANTO – ARSP-ES. **Resultados da 1ª revisão tarifária da Companhia Espírito Santense de Saneamento – CESAN e Nova Estrutura de Tarifas**. Disponível em: https://arsp.es.gov.br/Media/arsi/Saneamento/Tarifas%20Saneamento/CARTILHA%20COMPLETA_ARSP_A4.pdf. Acesso em: 07 nov. 2021.

AGÊNCIA REGULADORA DE SERVIÇOS PÚBLICOS DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Deliberação ARSESP N° 1.150**, de 08 de abril de 2021. Disponível em: <http://www.arsesp.sp.gov.br/LegislacaoArquivos/ld111502021.pdf>. Acesso em: 07 nov. 2021.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. **Normalização**. Disponível em: <http://www.abnt.org.br/normalizacao/o-que-e/o-que-e>. Acesso em: 09 abr. 2021.

BRASIL. Fundação Nacional de Saúde. **Manual de Saneamento**. Brasília: Fundação Nacional de Saúde, 2007, p. 38. Disponível em: <https://wp.ufpel.edu.br/ccz/files/2016/03/FUNASA-MANUAL-SANEAMENTO.pdf>. Acesso em: 16 maio 2021.

BURGER, Bruna Cavalcante Drubi. O Conceito de Saneamento. *In*: SADDY, André; CHAUVET, Rodrigo da Fonseca (Org.). **Aspectos Jurídicos do Saneamento Básico**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 11.

GRINOVER Ada Pellegrini; et al. **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. Rio de Janeiro: Forense, 2011, v. I.

GUERRA, Sérgio. Regulação estatal sob a ótica da organização administrativa brasileira. *In*: GUERRA, Sérgio (Org.). **Regulação no Brasil**: uma visão multidisciplinar. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2014.

HOSKEN, Rodrigo Santos; MORELLI, Giovani. A Estrutura Tarifária nos Serviços de Água e Esgoto. *In*: FROTA, Leandro; AIETA, Vânia (coord.). **Marco Regulatório do Saneamento Básico**: Lei n° 14.026/2020. Brasília: OAB Editora, 2021.

INMETRO. **Painel setorial sobre medição de efluentes**. Disponível em: http://www.inmetro.gov.br/painelsetorial/palestras/relato_tecnico_efluentes.pdf. Acesso em: 05 nov. 2021.

INSTITUTO TRATA BRASIL. **Saneamento e doenças de veiculação hídrica – ano base 2019**. Disponível em: <https://tratabrasil.org.br/pt/estudos/estudos-itb/itb/saneamento-e-doencas-de-veiculacao-hidrica-ano-base-2019>. Acesso em: 06 nov. 2021.

INSTITUTO TRATA BRASIL. **Principais estatísticas de esgoto no Brasil.** Disponível em: <https://www.tratabrasil.org.br/pt/saneamento/principais-estatisticas/no-brasil/esgoto>. Acesso em: 05 nov. 2021.

KOKOL, Marcos Antonio. **Medidores de Efluentes:** as tecnologias disponíveis no mercado. Disponível em: http://www.inmetro.gov.br/painelsetorial/palestras/medidores_de_efluentes_as_tecnologias_disponiveis_no_mercado_marcos_antonio_kokol.pdf. Acesso em: 06 nov. 2021.

MOREIRA, Egon Bockmann. Crescimento econômico, discricionariedade e o princípio da deferência. **Direito do Estado**, 2016, nº 168. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/egon-bockmann-moreira/crescimento-economico-discricionariedade-e-o-principio-da-deferencia>. Acesso em: 05 out. 2021.

QUEIROZ MACEDO, Eugenio Eduardo. Metodologia para determinação do real coeficiente de retorno dos esgotos e os valores obtidos. **FENASAN**, 2019. Disponível em: https://www.tratamentodeagua.com.br/wp-content/uploads/2019/11/fenasan2019_276.pdf. Acesso em: 05 nov. 2021.

SISTEMA NACIONAL DE INFORMAÇÕES SOBRE SANEAMENTO. **Diagnóstico 2018.** Disponível em: http://www.snis.gov.br/downloads/diagnosticos/ae/2018/Diagnostico_AE2018.pdf. Acesso em: 04 nov. 2021.

SOBRINHO, Pedro Alem; TSUTIYA, Milton Tomoyuki. **Coleta e transporte de esgoto sanitário.** São Paulo: Editora Epusp, 1999, p. 5-6.

VON SPERLING, Marcos. **Introdução à qualidade das águas e ao tratamento de esgotos.** 2ª ed. Belo Horizonte: Departamento de Engenharia Sanitária e Ambiental; Universidade Federal de Minas Gerais, 1996.

O VERSO DO NOVO MARCO DO SANEAMENTO NA POLÍTICA NACIONAL DE RESÍDUOS SÓLIDOS

Rogel Martins Barbosa *

RESUMO: O novo Marco do Saneamento fez 11 alterações diretas sofridas na Política Nacional de Resíduos Sólidos. Alterações que atingiram desde base de cálculo para eventual taxa, até período máximo para revisão do plano de governo municipal para resíduos sólidos urbanos (PMGIRS). O artigo buscou apontar possíveis aperfeiçoamentos do novo marco no tema resíduos sólidos urbanos.

Palavras-chave: Resíduos Sólidos Urbanos. Política Nacional de Resíduos Sólidos. Cobrança. Planos. Municípios.

ABSTRACT: The new sanitation law made 11 direct changes to the National Solid Waste Policy. The changes ranged from the calculation basis for an eventual fee, to the maximum period for reviewing the municipal government plan for solid urban waste (PMGIRS). The article sought to point out possible improvements in the new framework in the urban solid waste theme.

Keywords: Urban Waste. National Solid Waste Policy. Bidding. Service Charge. Municipalities.

SUMÁRIO: 1 Apresentando o estudo. 2 As alterações na Lei 12.305/2010: Política Nacional de Resíduos Sólidos. 3 As alterações na Lei 9.984/2000: Agência Nacional de Águas e saneamento básico. 4 As alterações na Lei 11.445/2007: Política Nacional de Saneamento Básico. 5 Conclusões.

1 APRESENTANDO O ESTUDO

O novo marco do saneamento é um apanhado de retalhos em diversas colchas. Na colcha resíduos, foram costurados retalhos em três leis específicas: a 12.305/2010, conhecida como Política Nacional de Resíduos Sólidos, a lei 9.984/2000, que criou a Agência Nacional de Águas e, agora, Saneamento Básico (ANA), e a 11.445/2007, conhecida como Política Nacional de Saneamento Básico.

* Advogado, Martins Barbosa Advogados, Doutor em Direito dos Resíduos.

Sobre estes retalhos que vamos tecer nossas considerações exegéticas. Precisamente foram 11 artigos que, ou ganharam nova redação ou passaram a existir com a reforma.

De pronto já revelo que esta técnica de remendos nem sempre é perfeita, porque pode trazer inserções e esquecer de fazer supressões, pode causar transtornos, contradições internas em políticas estabelecidas, como irei demonstrar adiante.

O novo marco foi muito festejado. E quem sou eu para não festejá-lo também. Mas como o tempo já é um capital que tenho acumulado, não posso esquecer que em 2007 houve festejo com o marco original do saneamento com a Lei 11.445 e também em 2010 com a lei 12.305, a política nacional de resíduos sólidos.

Para usar os termos do filósofo inglês Roger Scruton¹, não podemos ser otimistas inescrupulosos, esperando que ocorra sempre a melhor das hipóteses. Precisamos, no pensamento do filósofo, de equilíbrio, de ser pessimistas judiciosos, sabendo que a lei é obra de seres humanos imperfeitos por definição e, como seu criador, também é imperfeita.

O otimismo talvez nos cegue e pior, traga consigo a satisfação do feito apenas com a edição da lei, deixando de praticar a ação necessária. Vou dar um exemplo.

Há algum tempo, pela ocasião do decênio da Política Nacional de Resíduos Sólidos, a lei 12.305/10, fiz uma análise do antes e do depois da lei. A surpresa? O marco festejado tinha produzido em um decênio menos que a vontade sem lei do decênio anterior a lei. Com base nos Panoramas da Abrelpe², de 2003 a 2010, sem lei, o Brasil saiu de 40% de disposição adequada para 56%, um avanço de 16%³. Da publicação da lei até 2020, avançamos dos 56% para apenas 59%, ou seja, míseros 3% em termos de disposição final adequada. Traduzindo, o festejado marco nos trouxe menos avanços em mais tempo, que o anseio anterior por solucionar o problema.

Por estas e outras, meu caro leitor, que nossas lentes a partir de agora serão de um pessimismo judicioso.

2 AS ALTERAÇÕES NA LEI 12.305/2010: Política Nacional de Resíduos Sólidos

A Política Nacional de Resíduos Sólidos sofreu duas alterações, nos seus artigos 19 e 54.

No caso do artigo 19 temos apenas a inclusão de um inciso, o XIX, que não havia na redação original. O artigo 19 trata do conteúdo mínimo do plano municipal de gestão integrada de resíduos. Eis a redação do referido inciso:

¹ SCRUTON, Roger. **As vantagens do pessimismo e o perigo da falsa esperança**. Tradução Fábio Faria. É Realizações, 2016.

² 2003; 2010; 2020.

³ Usamos os percentuais inteiros, desconsiderando os decimais, arredondando para baixo.

“Art. 19.
.....
XIX - periodicidade de sua revisão, observado o período máximo
de 10 (dez) anos.
.....” (NR)

Aqui começamos nossos problemas com os remendos parciais, em tons diferentes do conjunto pleno.

Para compreendermos a extensão desta questão precisamos compreender a distinção ente política de estado e política de governo.

A política de estado é algo perene, duradouro, é a estrutura legal que deve ser observada na modelagem dos planos de governo. São políticas de estado a Política Nacional de Resíduos Sólidos, a Política Nacional de Saneamento. Nelas contém o norte mínimo que não pode ser contrariado dentro da estrutura da federação, para que se implemente as políticas de governo.

As políticas de governo, como se auto explica a expressão, é a política estabelecida por um governo, que é temporário, passageiro. É a interpretação daquele governo ao dar vazão ou ao aplicar a política de estado estabelecida. Aqui o governo deixa sua marca, por exemplo, se um governo liberal, uma política com mais espaço para iniciativa privada, se socialista, uma política de alto controle e execução pelo próprio estado.

O estado democrático de direito vigente em nossa nação é perene e prevê que os governos sejam temporários, com mandatos de quatro anos. Por seu caráter precário, no sentido de limitação no tempo e por ser construído com participação popular direta no caso dos resíduos, é que as políticas de governo são editadas por decreto.

Neste diapasão é que a Política Nacional de Resíduos Sólidos previu que o Plano Nacional de Resíduos Sólidos com vigência por prazo indeterminado, horizonte de 20 anos e revisto a cada quatro anos (art. 15 da lei 12.305/2010).

Ainda nesta afinação previu que o Plano Estadual de Resíduos Sólidos também tem vigência por prazo indeterminado, horizonte de 20 anos e revisto a cada quatro anos (art. 17 da lei 12.305/2010).

Quando chegamos ao plano municipal, ainda que a norma não disciplinasse especificamente sobre seu prazo, mas considerando que era um plano de governo, o mesmo deveria respeitar os quatro anos, como vinculava o art. 19, §4º da antiga redação da lei 11.445/2007.

Era questão de direito administrativo.

O legislador reformador despercebido do instituto que regulava, criou a figura do prazo máximo de 10 anos. Ora, poderão dizer os mais afoitos, mas não havia disposição legal e ele apaziguou um tema que poderia levantar disceptações. Então que se mantivesse na linha recomendável para planos de governo, ou seja, os quatro anos, porque governos duram quatro anos, podendo ir até oito anos.

Na prática administrativa brasileira, que não é a melhor prática que podemos alcançar por diversos motivos que aqui não cabe elencar, prazo máximo de 10 anos é lido como somente em 10 anos e para algumas administrações, depois de 10 anos.

A administração pública não tem dinâmica para implementar um ritmo diferente daquilo que a lei lhe permite. Agora sejamos francos, vivemos avanços tecnológicos em tempos cada vez mais reduzidos, o que pensar de um plano de governo que deverá ser revisto a cada 10 anos?

Some-se que boa parte da administração municipal vê nos planos de gestão integrada de resíduos sólidos, apenas um permissivo para recebimento de recursos e não um instrumento real de gestão eficiente. É mais um documento burocrático. Bem diferente dos planos portugueses que nos inspiraram na década de 70 do século passado.

O resultado desta intervenção legislativa será um descompasso criado, obrigações assumidas por gestões e desenvolvidas como obrigação por outras com matizes divergentes.

Vamos agora para o artigo 54. O antigo artigo 54 constituía-se apenas do caput. Com a nova redação ganhou diversos incisos. Era a antiga redação:

Art. 54. A disposição final ambientalmente adequada dos rejeitos, observado o disposto no § 1º do art. 9º, deverá ser implantada em até 4 (quatro) anos após a data de publicação desta Lei.

Este prazo havia se esgotado no ano de 2014. Passados seis anos de sepulcro, o legislador reformador apresentou a seguinte redação para o art. 54:

Art. 54. A disposição final ambientalmente adequada dos rejeitos deverá ser implantada até 31 de dezembro de 2020, exceto para os Municípios que até essa data tenham elaborado plano intermunicipal de resíduos sólidos ou plano municipal de gestão integrada de resíduos sólidos e que disponham de mecanismos de cobrança que garantam sua sustentabilidade econômico-financeira, nos termos do art. 29 da Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007, para os quais ficam definidos os seguintes prazos:

I - até 2 de agosto de 2021, para capitais de Estados e Municípios integrantes de Região Metropolitana (RM) ou de Região Integrada de Desenvolvimento (Ride) de capitais;

II - até 2 de agosto de 2022, para Municípios com população superior a 100.000 (cem mil) habitantes no Censo 2010, bem como para Municípios cuja mancha urbana da sede municipal esteja situada a menos de 20 (vinte) quilômetros da fronteira com países limítrofes;

III - até 2 de agosto de 2023, para Municípios com população entre 50.000 (cinquenta mil) e 100.000 (cem mil) habitantes no Censo 2010; e

IV - até 2 de agosto de 2024, para Municípios com população inferior a 50.000 (cinquenta mil) habitantes no Censo 2010.

§ 1º (VETADO).

§ 2º Nos casos em que a disposição de rejeitos em aterros sanitários for economicamente inviável, poderão ser adotadas outras soluções, observadas normas técnicas e operacionais estabelecidas pelo órgão competente, de modo a evitar danos ou riscos à saúde pública e à segurança e a minimizar os impactos ambientais. (NR)

O primeiro ponto a destacar é o rompimento do acordo social⁴ sobre o tema disposição final incorreta, traduzido como lixões. A disposição final incorreta do rejeito, como trazia a redação primária era muito menos um prazo administrativo e muito mais um comando de ordem pública sobre saúde.

No verso de um inocente prazo para cumprimento de uma lei, havia uma preocupação de saúde pública e de salubridade ambiental. Não custa lembrar que a administração federal reconheceu em 2017 que para cada real investido em saneamento se economiza nove em saúde⁵. Mas isto significa muito mais que dinheiro público desperdiçado, significa vidas que podem ser ceifadas. Nisto o legislador reformador andou mal.

Por outro lado, criou a possibilidade de legalidade condicionada aos municípios que tiverem o seu Plano de Gestão Integrada de Resíduos Sólidos e também tenham ou disponham de mecanismos de cobrança que garantam sua sustentabilidade econômico-financeira.

Para o segundo requisito fica a questão: basta ter os mecanismos ou a sustentabilidade financeira econômica já deve ter sido alcançada? Garantia implica em assegurar um resultado. A mera previsão pode ser considerada garantia por si só?

Vamos imaginar que o município tem um lixão. Isto significa que ele não pode cobrar taxa de disposição final pelo simples fato que ele não presta a disposição final ambientalmente correta. A taxa é por uma a atividade, um serviço público específico e divisível. Lembrando a súmula vinculante 19 do STF:

⁴ Vide O congresso rompeu o acordo social da política nacional de resíduos sólidos *in* <https://youtu.be/ugnO0mgMxv8>. Acesso em: 08 nov. 2021.

⁵ *In*: http://www.funasa.gov.br/todas-as-noticias/-/asset_publisher/lpnzx3bJYv7G/content/-cada-real-gasto-em-saneamento-economiza-nove-em-saude-disse-ministro-da-saude?inheritRedirect=false. Acesso em: 08 nov. 2021.

A taxa cobrada exclusivamente em razão dos serviços públicos de coleta, remoção e tratamento ou destinação de lixo ou resíduos provenientes de imóveis, não viola o artigo 145, II, da constituição federal.

Taxa como se fala, não é caixa. A cobrança para destinação não é para disposição. Destinação, conforme artigo 3º da lei 12.305/10 é:

VII - destinação final ambientalmente adequada: destinação de resíduos que inclui a reutilização, a reciclagem, a compostagem, a recuperação e o aproveitamento energético ou outras destinações admitidas pelos órgãos competentes do Sisnama, do SNVS e do Suasa, entre elas a disposição final, observando normas operacionais específicas de modo a evitar danos ou riscos à saúde pública e à segurança e a minimizar os impactos ambientais adversos;

Já a disposição final, também definida no mesmo artigo é:

VIII - disposição final ambientalmente adequada: distribuição ordenada de rejeitos em aterros, observando normas operacionais específicas de modo a evitar danos ou riscos à saúde pública e à segurança e a minimizar os impactos ambientais adversos;

Como se vê são atividades ou serviços distintos, o que significa que não se pode cobrar, mesmo no molde proposto pela súmula citada, em pacote, se dentro dele não for de fato oferecido o serviço.

Como então poderá ser considerada garantia de sustentabilidade econômico-financeira se não se pode ter uma cobrança antes da existência do serviço prestado ou posto à disposição?

Aqui vale lembrar que a ANA – Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico já começou seu trabalho normativo e editou a Norma de Referência nº 1 que dispõe sobre o regime, a estrutura e parâmetros da cobrança pela prestação do serviço público de manejo de resíduos sólidos urbanos, bem como os procedimentos e prazos de fixação, reajuste e revisões tarifárias.

Esta norma conceitua sustentabilidade econômico-financeira no item 4.16 como:

A cobrança, arrecadação e efetiva disponibilização ao PRESTADOR DE SERVIÇO de recursos financeiros, suficientes para fazer frente aos custos eficientes de operação e de manutenção (OPEX), de investimentos prudentes e necessários (CAPEX), bem como a remuneração adequada do capital investido para a prestação adequada do SMRSU no longo prazo.

No item 5.1.2 traz uma importante recomendação:

Para o alcance da SUSTENTABILIDADE ECONÔMICO-FINANCEIRA, deve ser adotado, preferencialmente, o REGIME DE COBRANÇA por meio de TARIFA.

A sustentabilidade econômico-financeira, em conclusão, necessariamente significa dinheiro em caixa e por nossas considerações sobre taxa, é que a própria ANA recomenda o uso de tarifa, que pressupõe que a administração direta não é a executora do serviço.

Por fim temos que tocar no parágrafo segundo do referido artigo 54 em nova redação. Novamente citando o parágrafo:

§ 2º Nos casos em que a disposição de rejeitos em aterros sanitários for economicamente inviável, poderão ser adotadas outras soluções, observadas normas técnicas e operacionais estabelecidas pelo órgão competente, de modo a evitar danos ou riscos à saúde pública e à segurança e a minimizar os impactos ambientais.

Aqui poderia ser um caso de parágrafo desnecessário. A razão? Todo o sistema de resíduos deve apresentar o equilíbrio ou ser sustentável economicamente. Economicamente inviável significa desequilíbrio no sistema. Mas isto não tem nada demais. Se não funciona uma tecnologia por não se ajustar à necessidade econômica, então se busca outra. Isto é lógico.

O que não é lógico é partir do pressuposto que necessariamente o resíduo residual, termo técnico adequado ao invés de rejeito, deve ir para aterro sanitário. O legislador descurou que o conceito de disposição implica em ir para aterro puro e simples e não aterro sanitário. Aqui no parágrafo o legislador exige mais que o seu predecessor que redigiu o art.3º, inciso VIII.

Contraria regra monográfica usar termos ou expressões diferentes para o mesmo significado. A norma deve manter homogeneidade no uso dos termos para significados iguais.

Desta forma, podemos entender que aterro e aterro sanitário não são as mesmas coisas. O legislador originário distinguiu entre aterro e aterro sanitário. Na disposição final art.3º, inciso VIII, menciona apenas aterro. Quando quer o aterro sanitário ele o trata explicitamente, como fez no §4º do art. 19, *in verbis*

§4º A existência de plano municipal de gestão integrada de resíduos sólidos não exige o Município ou o Distrito Federal do licenciamento ambiental de aterros sanitários e de outras

infraestruturas e instalações operacionais integrantes do serviço público de limpeza urbana e de manejo de resíduos sólidos pelo órgão competente do Sisnama.

Quando falamos em resíduo residual ou, na terminologia legal, rejeito, estamos nos referindo ao resíduo que passou pela destinação correta, ou seja, já passou pelo tratamento e transformação (art. 3º, inc. VII). É de se pressupor que é um material inerte, já sem risco de contaminação. Daí decorre a idéia do mero aterro, como depósito por cobertura do solo. O aterro sanitário pressupõe o envelopamento, captação de líquidos e gases, porque não há material inerte em seu interior, mas transformação que pode causar dano ambiental.

Se a intenção era se referir a mesma coisa, a distinção não foi feliz, e a unificação seria necessária.

3 AS ALTERAÇÕES NA LEI 9.984/2000: Agência Nacional de Águas e saneamento básico

As alterações que aqui mencionaremos foram as que ocasionadas por acréscimo de competência. Não há nenhuma observação. Apenas transcreveremos para conhecimento, *in verbis*

Art. 3º A Lei nº 9.984, de 17 de julho de 2000, passa a vigorar com as seguintes alterações:

(...)

‘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.’

(...)

‘§ 12. A ANA contribuirá para a articulação entre o Plano Nacional de Saneamento Básico, o Plano Nacional de Resíduos Sólidos e o Plano Nacional de Recursos Hídricos’.

Aqui a questão são as normas de referência, o que significam e qual sua extensão e força.

Normas de referência eu diria que são notas que representam o consenso sobre o estado da arte de um assunto, de um tema. São mais que uma recomendação e menos que uma obrigação.

Quando algo está normatizado desta forma, nada impede que se execute ou desenvolva algo de forma diferente. O que ocorre é que ao descumprir a norma e não

alcançar o resultado devido, este descumprimento é uma agravante quando se falar em responsabilidade e danos.

No caso da ANA estas normas veem ao mundo através de resolução. A resolução é uma forma de revestir o ato administrativo e em função da característica colegiada do órgão.

4 AS ALTERAÇÕES NA LEI 11.445/2007: Política Nacional De Saneamento Básico

Nesta lei aconteceu o grosso da reforma, até porque ele era o antigo marco do saneamento. São nove artigos alterados ou criados que nos interessam. Vou reproduzi-los, mas, todavia, comentarei apenas as questões que entendo que merecem destaque, que são o conceito de limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos, a proibição dos contratos de programa e a composição de taxas e tarifas.

Segue as alterações, *in verbis*

Art. 7º A Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007, passa a vigorar com as seguintes alterações:

‘Art. 2º

.....
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;’

(...)

‘Art. 3º Para fins do disposto nesta Lei, considera-se:’

(...)

‘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’

(...)

‘Art. 3º-C. Consideram-se serviços públicos especializados de limpeza urbana e de manejo de resíduos sólidos as atividades operacionais de coleta, transbordo, transporte, triagem para fins de reutilização ou reciclagem, tratamento, inclusive por compostagem, e destinação final dos:

I - resíduos domésticos;

II - resíduos originários de atividades comerciais, industriais e de serviços, em quantidade e qualidade similares às dos resíduos domésticos, que, por decisão do titular, sejam considerados resíduos sólidos urbanos, desde que tais resíduos não sejam de

responsabilidade de seu gerador nos termos da norma legal ou administrativa, de decisão judicial ou de termo de ajustamento de conduta; e

III - resíduos originários dos serviços públicos de limpeza urbana, tais como:

a) serviços de varrição, capina, roçada, poda e atividades correlatas em vias e logradouros públicos;

b) asseio de túneis, escadarias, monumentos, abrigos e sanitários públicos;

c) raspagem e remoção de terra, areia e quaisquer materiais depositados pelas águas pluviais em logradouros públicos;

d) desobstrução e limpeza de bueiros, bocas de lobo e correlatos;

e) limpeza de logradouros públicos onde se realizem feiras públicas e outros eventos de acesso aberto ao público; e

f) outros eventuais serviços de limpeza urbana. (...)’

‘Art. 7º.....

I - de coleta, de transbordo e de transporte dos resíduos relacionados na alínea “c” do inciso I do caput do art. 3º desta Lei;

II - de triagem, para fins de reutilização ou reciclagem, de tratamento, inclusive por compostagem, e de destinação final dos resíduos relacionados na alínea “c” do inciso I do caput do art. 3º desta Lei; e

III - de varrição de logradouros públicos, de limpeza de dispositivos de drenagem de águas pluviais, de limpeza de córregos e outros serviços, tais como poda, capina, raspagem e roçada, e de outros eventuais serviços de limpeza urbana, bem como de coleta, de acondicionamento e de destinação final ambientalmente adequada dos resíduos sólidos provenientes dessas atividades. (NR)’

‘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.

§ 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:

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 autarquia intermunicipal;

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.

§ 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.

§ 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, em caso de convênio 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 de sua prestação. (NR)'

'Art. 9º.....
..... (..)

VI - implementar sistema de informações sobre os serviços públicos de saneamento básico, articulado com o Sistema Nacional de Informações em Saneamento Básico (Sinisa), o Sistema Nacional de Informações sobre a Gestão dos Resíduos Sólidos (Sinir) e o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos (Singreh), observadas a metodologia e a periodicidade estabelecidas pelo Ministério do Desenvolvimento Regional; e'

'Art. 29. Os serviços públicos de saneamento básico terão a sustentabilidade econômico-financeira assegurada por meio de remuneração pela cobrança dos serviços, e, quando necessário, por outras formas adicionais, como subsídios ou subvenções, vedada a cobrança em duplicidade de custos administrativos ou gerenciais a serem pagos pelo usuário, nos seguintes serviços: (...)

II - de limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos, na forma de taxas, tarifas e outros preços públicos, conforme o regime de prestação do serviço ou das suas atividades; e'

'Art. 35. As taxas ou as tarifas decorrentes da prestação de serviço de limpeza urbana e de manejo de resíduos sólidos considerarão a destinação adequada dos resíduos coletados e o nível de renda da população da área atendida, de forma isolada ou combinada, e poderão, ainda, considerar:

I - (revogado);

II - as características dos lotes e as áreas que podem ser neles edificadas;
.....

IV - o consumo de água; e

V - a frequência de coleta.

§ 1º Na hipótese de prestação de serviço sob regime de delegação, a cobrança de taxas ou tarifas poderá ser realizada na fatura de consumo de outros serviços públicos, com a anuência da prestadora do serviço.

§ 2º A não proposição de instrumento de cobrança pelo titular do serviço nos termos deste artigo, no prazo de 12 (doze) meses de vigência desta Lei, configura renúncia de receita e exigirá a comprovação de atendimento, pelo titular do serviço, do disposto no art. 14 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, observadas as penalidades constantes da referida legislação no caso de eventual descumprimento.

§ 3º Na hipótese de prestação sob regime de delegação, o titular do serviço deverá obrigatoriamente demonstrar a sustentabilidade econômico-financeira da prestação dos serviços ao longo dos estudos que subsidiaram a contratação desses serviços e deverá comprovar, no respectivo processo administrativo, a existência de recursos suficientes para o pagamento dos valores incorridos na delegação, por meio da demonstração de fluxo histórico e projeção futura de recursos. (NR)'

'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.

§ 1º A autoridade ambiental competente assegurará prioridade e estabelecerá procedimentos simplificados de licenciamento para as atividades a que se refere o caput deste artigo, em função do porte das unidades, dos impactos ambientais esperados e da resiliência de sua área de implantação'.

Nossa primeira consideração é por uma ausência. Retiraram do conceito de serviço público de limpeza urbana e de manejo de resíduos sólidos urbanos a disposição final. Eliminaram uma etapa que constava na lei, conforme o art. 7º na redação original.

Qual o significado de não considerar a disposição final no manejo? Ele não pode ser considerado para efeitos de concessão do serviço, se mantivéssemos a fidelidade à lei. Logo ele não poderia compor o custo do sistema, considerando que a disposição final, de fato, é apenas um ônus ao sistema.

Será que a intenção do legislador foi esta mesmo? Eliminar um custo? Mas ainda que a lei não diga, a lógica da realidade não permite ignorar a disposição final. Como então ficaremos? Uma pergunta sem resposta para este momento.

Outro ponto é a proibição dos contratos de programa. Esta foi uma opção de política de estado. Juridicamente não havia motivos para se proibir, mas politicamente a vedação tem como objetivo, conforme nota do governo federal, “abrir espaço para os contratos de concessão e tornar obrigatória a abertura de licitação, podendo, então, concorrer à vaga prestadores de serviço públicos e privados”⁶.

A intenção é abrir espaço para a iniciativa privada.

Por fim, minha última consideração pessimista judiciosa está na previsão dos elementos que poderão compor a taxa ou tarifa.

A taxa é uma espécie de tributo, tem previsão no CTN, art. 77 e na CR, art. 145, e está vinculada à prestação ou à disposição de serviços públicos específicos e divisíveis ao contribuinte.

A tarifa é uma espécie de preço público e tem sua previsão na lei 8987/95 (lei de concessões), no capítulo IV, Da política tarifária.

O primeiro remunera a administração direta e o segundo o concessionário. Como tem o mesmo objetivo, remuneração, significa que está ligado ao fato gerador ou ao serviço específico que disponibiliza.

Não vou entrar no mérito da questão tributária, que acredito que também levaria a discussão sobre a legalidade de se considerar para a cobrança de prestação de serviço de limpeza urbana e de manejo de resíduos sólidos, entre outros, o consumo de água.

A não ser que se faça um esforço além do natural, nada indica que o consumo de água tem relação direta com a produção de resíduos ou com a extensão da varrição da testada do imóvel, e menos ainda com o como será tratado o resíduo ou sua qualidade.

Esta previsão, se fosse legal, seria imoral. Você cobra pelo lixo produzido ou coletado e pelo tratamento realizado, pela destinação que o concessionário ou o poder público dá. Por este serviço, ou por disponibilizar o serviço, ainda que o usuário não o utilize.

Há com esta disposição um atentado frontal ao objetivo insculpido no art. 7º, inc. II da Lei 12.305/10, que é a redução da produção de resíduos. Explico: qual incentivo tenho para não produzir resíduo se pago pelo meu consumo de água? Minha preocupação será economizar água e não deixar de produzir resíduo.

Contraria a hierarquia dos resíduos, que conhecemos pela pirâmide inversa: a parte mais alta e maior, redução e reutilização na fonte; descendo, reciclagem e compostagem; recuperação de energia; tratamento e disposição final onde entra o aterro.

⁶ In: <https://www.gov.br/pt-br/noticias/transito-e-transportes/2020/07/novo-marco-de-saneamento-e-sancionado-e-garante-avancos-para-o-pais>. Acesso em: 08 nov. 2021.

Esta política de cobrança é um grande equívoco. Lembro-me que em Maringá, Paraná, há mais de década, criamos a TTRSU, taxa de tratamento de resíduos sólidos urbanos⁷. Esta taxa estava ligada à produção e quanto menos o usuário produzisse, menor seria o pagamento. A lógica natural da prestação de serviço.

5 CONCLUSÕES

Ao ver o novo marco, focado em resíduos, fica a impressão de que levará à concentração do sistema de tratamento. Se por um lado isto pode baratear o tratamento, havendo a promoção de grandes volumes de resíduos, que por si permitirá um maior leque de tecnologias para tratamento, ampliando a sua viabilidade econômica, por outro lado deve facilitar a criação de oligopólios privados.

No direito dos resíduos há um princípio que foi olvidado pela reforma. Por outro lado, temos que reconhecer a autonomia do legislador para criar uma política para determinado setor.

O princípio que nos reportamos é o princípio da proximidade. Na expressão de Maria Alexandra Aragão⁸:

O princípio da proximidade é a expressão do princípio do direito ambiental de correção na fonte. Numa acepção geográfica, ao corrigir na fonte, o que se pretende é que os resíduos sejam eliminados o mais próximo possível do local onde são produzidos, evitando assim o chamado turismo do lixo.

Acreditamos que a reforma, além de possibilitar maior acesso privado ao sistema de resíduos, tentou auxiliar os municípios que não são autossustentáveis.

Aqui encerro minha consideração pessimista judiciosa, como esclareci no início do artigo. A intenção não foi desmerecer o legislador, de modo algum, ele fez algo que estava ao seu alcance: legislar. Nem tudo é perfeito. O que quis aqui é trazer um pouco do verso ignorado, já que todos louvamos o anverso.

Todos seguimos a busca do melhor, e até o atingirmos, vamos fazendo o que é possível.

⁷ Vide Palestra GovInPlay 2018 - Taxa Redução Resíduos. Rogel Martins Barbosa *in* https://youtu.be/OLUr_8g_zOw.

⁸ ARAGÃO, Maria Alexandra. **O Direito dos Resíduos**. Cedoua. Livraria Almedina, Coimbra, 2003. p. 17-18.

O SANEAMENTO BÁSICO COMO DIREITO PÚBLICO SUBJETIVO

Rubens Naves*

Guilherme Amorim Campos da Silva*

Roberto Nucci Riccetto*

o Brasil ainda ostenta índices baixos de universalização desses serviços (saneamento básico), com relevante parte de sua população ainda sem acesso à coleta de esgoto e ao fornecimento de água tratada. Ministro Luiz Fux, na decisão liminar proferida na SL 1.446¹.

RESUMO: Este trabalho, em um primeiro momento, verifica a configuração do saneamento básico como direito humano fundamental no plano dos tratados internacionais. Analisa a presença do direito ao saneamento básico no plano constitucional, que decorre do direito à vida e à saúde. Além disso, constata que o Novo Marco Legal do Saneamento tem por objetivo a universalização por meio da delegação da prestação dos serviços aos particulares pelo instituto da concessão, em que o pagamento de tarifa se mostra indispensável para fruição desse modelo. Ao final, identifica a necessidade do Estado implementar a tarifa social e o subsídio cruzado para universalizar o serviço de saneamento básico, em razão do seu caráter fundamental, uma vez que a falta de pagamento não pode ser obstáculo para o seu acesso.

* Professor Aposentado de Teoria Geral do Estado da PUC/SP, onde exerceu a Chefia de Departamento de Teoria Geral do Direito entre 1983-1987. Autor do livro Saneamento para todos – Como universalizar serviços sustentáveis de água e esgoto no Brasil pós-pandemia (2021, Palavra Livre). Membro da Comissão Especial de Saneamento, Recursos Hídricos e Sustentabilidade da Ordem dos Advogados do Brasil. Sócio Fundador do Escritório Rubens Naves, Santos Jr. Advogados.

* Pós-doutorando em Direito Econômico e Financeiro pela Universidade de São Paulo. Doutor em Direito Constitucional (2010) e Mestre em Direito do Estado (2002) pela Pontifícia Universidade Católica do Estado de São Paulo (PUC/SP). Professor Titular do Programa de Doutorado e Mestrado em Direito da Universidade Nove de Julho - UNINOVE. Sócio Titular do Escritório Rubens Naves, Santos Jr. Advogados.

* Graduado (2017) em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP) e pós-graduando na mesma universidade em Direito Administrativo (2021). Sócio do Escritório Rubens Naves, Santos Jr. Advogados.

¹ A Suspensão de Liminar referida assegurou a realização do leilão de desestatização da Companhia de Estadual de Águas e Esgotos do Rio de Janeiro.

Palavras-chave: Saneamento Básico. Direitos Humanos. Tarifa Social. Subsídio Cruzado. Lei 11.445/2007. Novo Marco Legal do Saneamento Básico.

ABSTRACT: This work, at first, verifies the configuration of sanitation as a fundamental human right in terms of international treaties. It analyzes the presence of the right to sanitation in the constitutional plan, which stems from the right to life and health. In addition, it examines that the New Legal Framework for Sanitation has as its objective universalization through the delegation of the provision of services to individuals by the concession institute, in which the payment of a tariff is essential for the enjoyment of this model. At the end, it identifies the need for the State to implement the social tariff and the cross subsidy to universalize the basic sanitation service, due to its fundamental nature, since the lack of payment cannot be an obstacle to its access.

Keywords: Sanitation. Human Rights. Social Tariff. Cross Subsidy. Law 11.445/2007.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Saneamento Básico como Direito Humano Fundamental. 2.1 Bases Jurídicas e Conteúdo Normativo do Direito à Água e o Saneamento no âmbito Comentário Geral n. 15. 3 Dever do Estado Brasileiro em promover o direito ao saneamento básico. 4 Necessidade de Amplo Financiamento do Saneamento Básico. 4.1 Da Tarifa Social. 4.2 Da mitigação dos subsídios cruzados pelo fim dos contratos de programa: política legislativa atentatória ao caráter de direito humano do saneamento básico. 5 Notas Conclusivas.

1 INTRODUÇÃO

As alterações trazidas pela Lei 14.026/20 tem como principal motivação a busca pela universalização do acesso aos serviços de saneamento básico, hoje ainda fora do alcance de milhões de brasileiros.

A mudança normativa institucionaliza forte estímulo à concessão dos serviços de saneamento básico, em que o pagamento de tarifa pelo cidadão se mostra indispensável para que esse modelo se sustente.

Contudo, o direito ao saneamento básico tem como característica o dever do Estado prestá-lo como obrigação constitucional, independentemente da capacidade financeira do cidadão de arcar eventualmente com os custos de sua disponibilização.

Nesse contexto, o presente trabalho busca averiguar os fundamentos normativos do direito ao saneamento básico como um direito humano fundamental,

na perspectiva de relacionar o seu conteúdo jurídico material advindo dos tratados internacionais com aquele estabelecido no plano constitucional brasileiro. Em seguida, discute as formas previstas na Lei 11.445/07 que permitem garantir o acesso universal ao saneamento básico, em especial o subsídio, em que cabe ao Estado garantir o acesso à população de baixa renda.

O presente artigo, portanto, ao se inserir em uma obra que homenageia o atual Ministro Presidente do Supremo Tribunal Federal, Luiz Fux, atuante na defesa da manutenção dos espaços de participação social e das instituições democráticas, tem por objetivo revelar o dever do Estado brasileiro garantir o direito ao saneamento básico de forma universal.

2 O SANEAMENTO BÁSICO COMO DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL

A Organização das Nações Unidas, reunida em Assembleia Geral em 1948, aprovou uma declaração com o objetivo de disseminar um conjunto de princípios e valores comuns aos seus Estados integrantes.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos é a afirmação ética² e universal desses valores, com a pretensão de articular um sistema global de proteção de direitos mediante a concretização de suas normas com a execução de políticas públicas por parte de seus Estados signatários.

Nesta direção, como parte integrante desta articulação de proteção global de direitos humanos, inúmeros tratados internacionais foram aprovados posteriormente à Declaração Universal, destacando-se o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP), o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Cultural (PIDESC), a Convenção contra a Tortura, Convenção sobre a Eliminação da Discriminação Racial, a Convenção sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher, Convenção sobre os Direitos da Criança e a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.³⁻⁴

² ANTUNES, Eduardo Muylaert. A Natureza Jurídica da Declaração Universal de Direitos Humanos. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 446, p. 35, dez. 1972.

³ PIOVESAN, Flavia. **Temas de Direitos Humanos**. São Paulo: Editora Saraiva, 2016, 9 ed. p. 58.

⁴ Registra-se que o Brasil ratificou todos os tratados elencados nesse parágrafo, nas seguintes datas: a) da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, em 20 de julho de 1989; b) da Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes, em 28 de setembro de 1989; c) da Convenção sobre os Direitos da Criança, em 24 de setembro de 1990; d) do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, em 24 de janeiro de 1992; e) do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, em 24 de janeiro de 1992; f) da Convenção Americana de Direitos Humanos, em 25 de setembro de 1992; g) da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra

Nesse contexto de convenções, embora o acesso à água e ao saneamento não estivesse expressamente afirmado na Declaração Universal, ele foi reconhecido como um direito fundamental pela primeira vez no Plano de Ação resultante da Conferência da ONU sobre a Água realizada em 1.977.

Nesta ocasião, a ONU declarou que

Todos os povos, seja qual for o seu estágio de desenvolvimento e as suas condições sociais e econômicas, têm direito a ter acesso a água potável em quantidade e qualidade igual as suas necessidades básicas.

Em seguida, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Mulheres (CEDAW), em 1979, em seu artigo 142(2)(h)⁵, estabeleceu como objetivo o dever dos Estados de fornecerem água e saneamento.

Da mesma forma, a Convenção sobre os Direitos das Criança, de 1989, em seu artigo 24(2)⁶, refere-se explicitamente sobre o direito à água e ao saneamento básico como direito fundamental a ser promovido pelo Estado.

a Mulher, em 27 de novembro de 1995; h) do Protocolo à Convenção Americana referente à Abolição da Pena de Morte, em 13 de agosto de 1996; i) do Protocolo à Convenção Americana referente aos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de San Salvador), em 21 de agosto de 1996; j) da Convenção Interamericana para Eliminação de todas as formas de Discriminação contra Pessoas Portadoras de Deficiência, em 15 de agosto de 2001; k) do Estatuto de Roma, que cria o Tribunal Penal Internacional, em 20 de junho de 2002; l) do Protocolo Facultativo à Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher, em 28 de junho de 2002; m) do Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança sobre o Envolvimento de Crianças em Conflitos Armados, em 27 de janeiro de 2004; n) do Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança sobre Venda, Prostituição e Pornografia Infantil, também em 27 de janeiro de 2004; e o) do Protocolo Facultativo à Convenção contra a Tortura, em 11 de janeiro de 2007.

⁵ O Artigo 14(2)(h) da CEDAW diz: “Os Estados signatários deverão tomar todas as medidas apropriadas para acabar com a discriminação contra as mulheres nas zonas rurais de forma a assegurar, numa base de igualdade entre homens e mulheres, que elas participam e beneficiam do desenvolvimento rural e, nomeadamente, deverão assegurar a essas mulheres o direito: (h) A usufruir de condições de vida adequadas, particularmente no que respeita à habitação, saneamento, abastecimento de água e electricidade, transportes e comunicações”. Disponível em: www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/. Acesso em: 05 nov. 2021.

⁶ A Convenção refere explicitamente a água, o saneamento ambiental e a higiene. O Artigo 24(2) diz: “Os Estados signatários deverão assegurar a implementação integral deste direito e, nomeadamente, deverão tomar medidas apropriadas: ... c) para combater a doença e a subnutrição, incluindo no âmbito dos cuidados de saúde primários, através de, entre outras medidas, a aplicação de tecnologias já disponíveis e através da disponibilização de alimentos nutritivos adequados e água potável, tendo em conta os perigos e os riscos da poluição ambiental; ... (e) para assegurar que todos os extractos da sociedade, nomeadamente os pais e as crianças, estão informados, têm acesso à educação e são apoiados no uso dos conhecimentos básicos sobre saúde e nutrição infantil,

Em 1.992, tanto a Conferência de Dublin, que cuidou da Água e do Desenvolvimento Sustentável, quanto a ECO-92, realizada no Rio de Janeiro para tratar do Meio Ambiente, reconheceram como direito básico o acesso à água e ao saneamento, de modo que o Capítulo 18 da Agenda 21, criada na ECO-92, subscreveu a Resolução da Conferência sobre a Água de 1.977.

A Conferência Internacional das Nações Unidas sobre a População e Desenvolvimento, em 1.994, incluiu no Programa de Ação o direito à “água e ao saneamento adequados”⁷ como requisito para uma vida adequada.

A Resolução 54/175 aprovada na Assembleia Geral da ONU em 1999, que tem como tema “O Direito ao Desenvolvimento”, afirma em seu artigo 12 que

Os direitos a alimentação e água limpa são direitos fundamentais e a sua promoção constitui um imperativo moral tanto para os Governos nacionais como para a comunidade internacional.⁸

Em 2.002, foi editado o Comentário Geral 15 sobre a interpretação dos Artigos 11 e 12 do Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC).

Com efeito, o PIDESC estabeleceu no artigo 11 o direito a um nível de vida adequado e no artigo 12 o direito ao grau de saúde mais elevado possível.

Assim, o Comentário Geral 15, em seu artigo I.1, esclarece que a concretização daqueles dois artigos depende invariavelmente do direito à água e ao saneamento e que estes direitos são fundamentais para a realização de outros direitos humanos. Ademais, o Comentário Geral estabelece que a água é um bem social e cultural, afastando-se do conceito de bem econômico, em que cabe ao Estado, setor privado e organizações da sociedade civil a responsabilidade de garantirem este direito.

Em 2.005, foi criado o Projeto de Diretrizes para a Concretização do Direito a Água Potável e Saneamento pelo Conselho Econômico e Social das Nações Unidas, com vistas a apoiar os Estados e a sociedade civil no trabalho para o desenvolvimento desse setor.⁹

vantagens da amamentação, higiene e saneamento ambiental e prevenção de acidentes” Disponível em: www.ohchr.org/english/law/crc.htm.

⁷ O Programa de Ação da Conferência Internacional ONU sobre População e Desenvolvimento afirma que todos os indivíduos: “Têm direito a um nível de vida adequado para si próprios e para as suas famílias, incluindo alimentação, agasalhos, habitação, água e saneamento adequados.”

⁸ Disponível em: www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/54/175. Acesso em: 05 nov. 2021.

⁹ Disponível em: https://www2.ohchr.org/english/issues/water/docs/Sub_Com_Guisse_guidelines.pdf. Acesso em: 28 out. 2021.

Em seguida, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, aprovado em 2006, determina em seu artigo 28¹⁰ que os Estados deverão promover os serviços de água limpa e saneamento.

Mais recentemente, esse direito vem ganhando por parte dos diversos órgãos da ONU tratamento consentâneo com a urgência de sua disponibilização a todas as pessoas, considerando-se o alto grau de iniquidade que ainda impera no planeta.

Assim, entre 2006 e 2010, no âmbito da Organização das Nações Unidas, é realizado um estudo aprofundado sobre o direito a água e saneamento, de modo a tecer recomendações sobre o seu estágio e formas de evolução desse serviço, concluído em 2007 pelo Alto Comissário das Nações Unidas. Em sequência, o Conselho de Direitos Humanos decide considerar o

acesso a água potável segura e ao saneamento como um direito humano, definido como o direito a acesso igual e não-discriminatório a uma quantidade suficiente de água potável por pessoa e para os usos domésticos.¹¹

Com isso, em julho de 2010, a Assembleia Geral da ONU aprovou a Resolução 64/292, em que reconhece formalmente o direito à água e ao saneamento como um direito humano e essenciais para a concretização de todos os outros direitos humanos.

Como se verifica, a resolução formalizou o acesso à água potável e ao saneamento como direito humano no âmbito da Organização das Nações Unidas.

Além disso, a Resolução 64/292 convocou os Estados e as organizações internacionais a fornecerem recursos financeiros, capacitação e transferência de tecnologia, através da cooperação e assistência internacional, em particular para os países em desenvolvimento, a fim de aumentar os esforços para providenciar água potável, limpa, acessível e barata e saneamento para todos.

O Brasil aderiu, em 2015, aos Objetivos do Desenvolvimento Sustentável (ODS), criada pela ONU e discutida em sua Assembleia Geral a partir dos resultados da RIO+20, em que se comprometeu a cumprir 17 objetivos até 2030 para promover

¹⁰ O Artigo 28, define o direito das pessoas com deficiência a um nível de vida adequado e afirma “2. Os Estados Signatários reconhecem o direito das pessoas com deficiência à protecção social e a usufruírem desse direito sem discriminação com base na sua deficiência, e deverão dar os passos necessários para salvaguardar e promover a realização deste direito, incluindo medidas: (a) Para assegurar o acesso igual às pessoas com deficiência a serviços de água limpa, e para assegurar o acesso a serviços, dispositivos e outros apoios às necessidades próprias da deficiência adequados e a preços razoáveis”.

¹¹ Organização das Nações Unidas, Assembleia Geral, un Doc. A/64/PV.108, Nova Iorque, 28 jul. 2010.

o desenvolvimento sustentável. Dentre os deveres assumidos, está o de assegurar a água potável e o saneamento para todos se configura um dever (Objetivo 6).

Registra-se que ao lado do sistema normativo global, existem sistemas normativos regionais de proteção de direitos humanos, que se complementam.

Este trabalho não analisa o direito humano à água e ao saneamento no sistema regional interamericano em que o Brasil está inserido.

De qualquer forma, nesse contexto, pode-se concluir que no sistema internacional de direitos humanos, o direito à água e ao saneamento configuram-se direito humano e fundamental para a promoção dos demais direitos humanos, em que detém um conteúdo jurídico normativo delineado pelo Comentário Geral N.º 15.

2.1 Bases Jurídicas e Conteúdo Normativo do Direito à Água e o Saneamento no âmbito Comentário Geral n. 15

Com o objetivo de delinear o conteúdo jurídico do direito à água e dar concretude a sua aplicação, o Comentário Geral n.º 15 sobre os artigos 11 e 12 do Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, em primeiro lugar, estabeleceu as bases jurídicas do direito à água e ao saneamento e, em segundo lugar, o seu conteúdo normativo com os deveres e direitos oriundos desse direito humano.

Com efeito, o direito à água e ao saneamento se assentam no direito a um padrão de vida adequado, que, em última instância, efetivam a dignidade da pessoa humana. O direito à água e ao saneamento se prestam a garantir o direito das gerações presentes e futuras, por se tratar de um recurso limitado e fundamental para sobrevivência do meio ambiente.

Portanto, tem-se o direito à dignidade hídrica¹².

Por sua vez, com objetivo de adequar o exercício do direito à água e ao saneamento, o Comentário Geral n. 15 apresenta fatores universais que devem ser observados por todos os Estados: (a) *disponibilidade*, (b) *qualidade* e (c) *acessibilidade*. Isto é, apresenta um conteúdo mínimo universal.

A *disponibilidade* se refere à garantia de fornecimento suficiente e regular para o uso pessoal e doméstico da água e do saneamento, o que impõe o dever de proteção das fontes de água e minimizar os desperdícios de água.

Por sua vez, a *qualidade* da água é o seu oferecimento potável, de forma que não constitua qualquer tipo de ameaça a saúde de uma pessoa.

A *acessibilidade* se divide em quatro aspectos: **física, econômica, não discriminatória e de informação**. A **acessibilidade física** é o acesso adequado e

¹² D'ISEP, Clarissa Ferreira Macedo. **Água Juridicamente Sustentável**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 59.

seguro à água e saneamento. A **acessibilidade econômica** é a necessidade do fornecimento de água e saneamento ocorrer sem custos excessivos ou que comprometa o acesso pela população. A **acessibilidade não discriminatória** se refere ao acesso universal dos serviços de saneamento básico, resguardando a forma típica de fornecimento de água a comunidades locais. Por fim, a **acessibilidade de informação** determina o dever de transparência sobre as políticas públicas de saneamento e de acesso à água.

Além disso, o Comentário Geral apresenta as obrigações dos Estados para garantir o direito à água e ao saneamento decorrente do conteúdo mínimo normativo: obrigação de **respeitar, proteger e cumprir**.

A obrigação de **respeitar** resume-se na exigência de o Estado não limitar o acesso à água na sua atuação e “interferir arbitrariamente nos arranjos costumeiros ou tradicionais para distribuição de água”. A obrigação de **proteger** exige que o Estado proíba terceiros de atrapalharem a fruição dos serviços de saneamento. A obrigação de **cumprir**, subdividida em facilitar, promover e garantir, requer que o Estado adote os meios necessários para a plena implantação do direito à água e ao saneamento.

Portanto, verifica-se as bases e o conteúdo o jurídico do direito à água e ao saneamento para que haja a efetivação desse direito humano, em que gera obrigações aos Estados e transforma os cidadãos em titulares de direitos.

3 DEVER DO ESTADO BRASILEIRO EM PROMOVER O DIREITO AO SANEAMENTO BÁSICO

No plano constitucional brasileiro, o direito à água e ao saneamento básico se configuram como direitos fundamentais decorrentes de direito individual à vida (art. 5º) e do direito social à saúde (art. 6º), informados pelo fundamento da dignidade da pessoa humana (inciso III do art. 1º) e pelos preceitos fundamentais do desenvolvimento nacional (inciso II do art. 3º e da erradicação da pobreza (inciso III do art. 3º).

A água é um recurso natural limitado e um bem público fundamental para a vida e saúde, de modo que se mostra indispensável para a vida humana se desenvolver dignamente e para a efetivação de outros direitos humanos, da mesma forma que os demais serviços do saneamento básico: esgotamento sanitário, limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos e de drenagem e manejo das águas pluviais urbanas. Isto é, os serviços de saneamento básico são elementos imprescindíveis do direito à vida e saúde.

O direito à vida assegurado no ordenamento constitucional é integrado pelos elementos materiais (físicos e psíquicos) e imateriais (espirituais), de modo a garantir

o direito à existência, direito à integridade física, direito à integridade moral¹³. No que se refere ao direito à água e ao saneamento, o direito individual à vida, nos seus aspectos de direito à existência e à integridade, permite livre fruição, sem qualquer embaraço, à água potável e ao saneamento, isto é, cria o direito subjetivo do cidadão ter respeitado o gozo desses direitos face ao Estado e terceiros.

O direito social à saúde concebe aos cidadãos o direito subjetivo de se exigir do Estado a prestação positiva de sua efetivação, de modo a possibilitar melhores condições de vida¹⁴. O conteúdo do direito à saúde é delineado pelos artigos 196 a 200, que declaram ser a saúde direitos de todos e dever do Estado, no sentido de garantir redução do risco de doença e ações para sua promoção, proteção e recuperação.

Assim, o direito à saúde não se restringe à sua recuperação por meio da prestação de serviços médicos, pelo contrário, exige uma atuação ampla do Estado por meio de ações que reduzem o risco de doenças e garantam a sua promoção.

Nesse sentido, o direito à água e ao saneamento se configuram direitos fundamentais para a efetivação do direito à vida.

Por isto que de uma perspectiva integrada e sistêmica, a Constituição Federal determina, em seu artigo 200 que o próprio Sistema Único de Saúde participe *da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico*.

Trata-se de uma visão que valoriza o conceito amplo de saneamento básico integrado ao de saúde, com direito fundamental ao desenvolvimento sadio e saudável, em condições adequadas dos indivíduos e da população.

Além disso, os direitos à vida e à saúde são informados pelo preceito fundamental ao desenvolvimento nacional, que impõe a necessidade de o desenvolvimento das riquezas propiciar ganho de qualidade vida a toda população, cabendo ao Estado intervir na ordem econômica para concretizar o princípio da justiça distributiva e gerar ganhos para toda a população.

Assim como a promoção do desenvolvimento nacional, cabe ao Estado brasileiro atingir a erradicação da pobreza como forma de concretizar a dignidade da pessoa humana.

Em outras palavras, toda a atuação do Estado tem por objetivo direto ou indireto alcançar o fim da pobreza e desigualdade.

Nesse sentido, o direito ao saneamento básico, compreendido em todos os seus serviços, deve compreender um caráter não discriminatório e atingir, portanto, a universalidade para que, ao mesmo tempo, efetive o desenvolvimento nacional, a

¹³ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 199-202.

¹⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 288.

erradicação da pobreza e desigualdade e garanta o princípio da dignidade da pessoa humana a toda população brasileira.

É incontestável o direito público subjetivo garantido pela Constituição Federal para se ter acesso ao saneamento básico, no sentido do Estado brasileiro garantir a sua livre fruição, com base no direito individual à vida e prover objetivamente por meio de políticas públicas este serviço com base no direito social à saúde.

4 NECESSIDADE DE AMPLO FINANCIAMENTO DO SANEAMENTO BÁSICO

A Lei nº 14.026/2020 sancionada em 15 de julho de 2020, introduziu no ordenamento jurídico o Novo Marco Legal do Saneamento Básico, cujo intuito é viabilizar a universalização dos serviços de acesso à água potável e ao saneamento básico até 31/12/2033, em conformidade com o plano de ação organizado pelas Nações Unidas e seu Objetivo de Desenvolvimento Sustentável 6 da Agenda 2030¹⁵.

A referida legislação tem por objetivo assegurar, em âmbito nacional, que haja o atendimento de 99% da população com água potável e de 90% da população com coleta e tratamento de esgoto, conforme disposto por seus artigos 10-B e 11-B¹⁶.

Depreende-se do texto normativo algumas inovações introduzidas pelo Novo Marco Legal, que visam (i) a abertura de espaço para os contratos de concessão e a obrigatoriedade de licitação, proibindo-se a prestação direta do Estado pelos contratos de programa, (ii) a introdução dos grupos ou blocos de municípios, que poderão contratar os serviços de forma regionalizada, e (iii) a criação de um marco regulatório de referência, por meio de Agência Reguladora Federal.

O Estado brasileiro, a partir da reformulação das diretrizes nacionais do saneamento básico busca concretizar a sua universalização, que se mostra um

¹⁵ Disponível em: <http://www.agenda2030.org.br/ods/6/>. Acesso em: 07 nov. 2021.

¹⁶ **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.

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. (...)

imperativo jurídico, como visto anteriormente, para a efetivação dos direitos à vida e saúde, no plano constitucional e convencional.

Inobstante a necessidade de o saneamento básico ser fundamental para a vida digna dos cidadãos, a pandemia ocasionada pela Covid-19 reforçou a essencialidade da prestação adequada dos serviços de saneamento básico.

Portanto, atualmente, com cerca de 35 milhões de pessoas sem abastecimento de água tratada, quase 100 milhões sem coleta de esgoto e com menos da metade dos esgotos tratados¹⁷, a situação sanitária brasileira é uma violação frontal à dignidade humana.

O novo ordenamento aposta no estímulo à concessão dos serviços de saneamento básico, que tem como ponto central o pagamento de tarifa para sua viabilidade.

Para resolver o problema da universalização do saneamento básico, o Estado delegará a atuação em modelo contratual baseado no pagamento de tarifa pelo usuário.

De acordo com a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, a tarifa é a forma básica de remuneração do concessionário pela exploração do serviço público:

em geral, o concessionário de serviço público (ou da obra pública) explora o serviço (ou a obra pública) mediante tarifas que cobra diretamente dos usuários, sendo daí que extrai, basicamente, a remuneração que lhe corresponde. Isto não exclui a possibilidade de que sejam também previstas outras fontes de recursos para lhe compor a remuneração.¹⁸

Repisa-se que a sua prestação como direito humano consagrado por meio da Resolução A/RES/64/292 implica no direito ao seu acesso e detém como conteúdo jurídico colocado pelo Comentário Geral 15 sobre o PIDESC a *acessibilidade econômica*.

Para garantir em tese a acessibilidade econômica, no plano nacional, como forma de garantir o acesso universal, a nova Lei de Diretrizes Nacionais para o Saneamento Básico prevê formas de subsídios para a população de baixa renda.

De início, a Lei do Saneamento define o que é subsídio em seu artigo 3º como instrumento de inclusão de populações de baixa renda.

Em seguida, determina como condição de validade dos contratos de saneamento as políticas de subsídios (c), IV, do Art. 11).

Ao tratar dos aspectos econômicos e sociais no capítulo VI, prevê a sustentabilidade econômico-financeira dos serviços de saneamento prevejam subsídios e subvenções (art. 29) e o dever de as tarifas observarem a diretrizes de

¹⁷ Ranking do Saneamento 2020. **Instituto Trata Brasil**. Disponível em: www.tratabrasil.org.br. Acesso em: 02 nov. 2021.

¹⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**, 29ª ed., p. 751.

“ampliação do acesso dos cidadãos e localidades de baixa renda aos serviços” (inciso II, §1º, do art. 29).

No entanto, embora a Lei 11.445/2007 garanta a diretriz a acesso dos cidadãos de baixa renda e estipule a universalização como preceito fundamental, não há formas específicas de sua concretização a partir da cobrança de tarifas de grandes usuários, por exemplo.

Ou seja, a Lei apenas determina a sua previsão no arranjo do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, que dever conter, ao mesmo tempo, a manutenção do lucro do prestador de serviço de público na hipótese de concessão.

Como se observa, a prestação dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário deve necessariamente contemplar a tarifa social, no sentido de possibilitar estes serviços às populações de baixa renda, de forma a garantir o seu acesso universal mesmo sem o seu pagamento.

De forma análoga ao caráter fundamental do saneamento básico, o inciso V do artigo 40 proíbe a interrupção integral dos serviços de abastecimento de água ou de esgotamento sanitário por inadimplemento pelo usuário, em razão de seu caráter indispensável para a manutenção da saúde.

Portanto, as políticas públicas de saneamento básico, em razão do caráter de direito humano, não podem, sob nenhum aspecto, serem concebidas sem a inclusão dos usuários de baixa renda, haja vista o dever de oferecimento de subsídios e de mecanismos que assegurem seu acesso durante a sua prestação.

A lei prevê, ainda, a impossibilidade de interrupção de fornecimento dos serviços de saneamento básico na hipótese de não se conseguir pagar a respectiva tarifa, dada sua condição de direito humano fundamental, o que determina a prestação gratuita pelo Estado.

4.1 Do dever de instituição da tarifa social

O Novo Marco Legal, ao tratar do financiamento das tarifas destinadas à população de baixa renda, resguarda esse direito por meio dos subsídios diretos, divididos entre tarifários e internos (art. 31), em que se evidencia a tarifa social como uma espécie de subsídio tarifário.

Em pesquisa publicada em 2018 pela ABAR¹⁹ sobre a tarifa social nos serviços de saneamento básico, verificou-se que os critérios utilizados pelas

¹⁹ ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE AGÊNCIAS DE REGULAÇÃO. **Tarifa Social nas Companhias Estaduais de Saneamento Básico e O Papel da Regulação**. 2018. Disponível em: <https://abar.org.br/mdocs-posts/tarifa-social-nas-companhias-estaduais-de-saneamento-basico-e-o-papel-da-regulacao-estudo-completo/>. Acesso em: 31 out. 2021.

Companhias Estaduais de Saneamento Básico para a concessão da tarifa social abrangem aspectos construtivos dos imóveis (82% das CESBs que responderam à pesquisa), renda (64% das CESBs que responderam à pesquisa) e participação em programas sociais (55% das CESBs que responderam à pesquisa). Além disso, algumas das companhias estaduais limitam o consumo de água a determinada quantidade para os usuários que detém a concessão da tarifa social.

De forma mais restritiva, as empresas concessionárias estipulam como critério para a concessão da tarifa social, além dos previstos pelas CESB, o adimplemento e quantidade de propriedades imobiliária do usuário²⁰.

A exigência de adimplemento do usuário para a concessão da tarifa social afigura-se absolutamente inconstitucional e inconveniente, pois impede o acesso a serviço fundamental para a manutenção da saúde em razão de situação que justamente enseja a tarifa social: dificuldades financeiras.

Registra-se que a norma jurídica estabelece apenas um critério para a aplicação de subsídios, qual seja, o caráter econômico do usuário, o que impede a criação de novos requisitos restritivos pelos prestadores dos serviços de saneamento básico.

No contexto de aumento das desigualdades sociais, vivido de forma intensa no Brasil contemporâneo, a aplicação da tarifa social deve ser utilizada a partir dos critérios mais justos possíveis, sem discriminar qualquer tipo de pessoa que não consiga arcar com a tarifa.

Trata-se de instrumento de política pública de justiça redistributiva que, uma vez executada por delegação tem que ser regulada e fiscalizada pelo próprio Estado ou, como se pretende na hipótese, pela respectiva agência reguladora, a Agência Nacional de Águas – ANA.

4.2 Da mitigação dos subsídios cruzados pelo fim dos contratos de programa: política legislativa atentatória ao caráter de direito humano do saneamento básico

Conforme mencionado anteriormente, o Novo Marco Legal proibiu a celebração de contratos programas com objetivo de garantir maior espaço para a iniciativa privada por meio dos contratos de concessão.

²⁰ BRITTO, Ana Lucia. **As tarifas sociais de abastecimento de água e esgotamento sanitário no Brasil**: seus impactos nas metas de universalização na garantia dos direitos humanos à água e ao esgotamento sanitário. Disponível em: <https://ondasbrasil.org/wp-content/uploads/2020/05/As-tarifas-sociais-de-abastecimento-de-%C3%A1gua-e-egotamento-sanit%C3%A1rio-no-Brasil.pdf>.

O contrato de programa está inserido no âmbito da Lei 11.107/2005, que trata dos consórcios públicos, convênios de cooperação e gestão associada de serviços públicos entre os entes federados, previsto no artigo 241 da Constituição Federal.

Assim, o contrato de programa se insere no âmbito da gestão associada, em que o ente federado titular do serviço público delega a prestação para outra pessoa jurídica de direito público, concretizando a cooperação federativa.

Na realidade do saneamento básico, o contrato de programa foi amplamente celebrado entre Municípios e Companhias Estaduais de Saneamento Básico vinculadas aos Estados-Membros, de modo que as Companhias de Saneamento passaram a ser importantes prestadoras desse serviço. Uma importante característica que se observou desse modelo baseado nos contratos de programa é o financiamento da tarifa por meio do subsídio cruzado: as grandes cidades atendidas por uma mesma empresa ajudam a financiar o atendimento às populações das localidades menores e mais afastadas.

Nesse sentido, com o fim da celebração dos contratos programas, eliminou-se uma forma concreta de subsídio em que era possível equacionar a falta de recuperação de custos em regiões mais pobres por meio das regiões com rendas maiores.

Conforme mencionado no primeiro tópico, o Comentário 15 apresenta como dever do Estado as obrigações de respeitar e cumprir, no sentido de manter, os arranjos costumeiros de acesso à água, e providenciar mecanismos que assegurem o efetivo acesso à água.

Portanto, indaga-se qual é a justificativa para se proibir absolutamente os contratos de programas, que em muitas situações apresentam uma prestação de saneamento qualificada.

O objetivo de aumentar a participação privada por meio de concessões não é suficiente para eliminar uma forma de arranjo que possibilitava o equacionamento de tarifas.

Além disso, afigura-se mais grave a vedação dos contratos de programa em razão da falta de instituição de outras formas de financiamento para a universalização do saneamento básico, como, por exemplo, a criação de tributos sobre “grandes usuários de água para fins mercantis, isto é, setores produtivos, como de bebidas, ou mesmo o agronegócio, que consomem muita água em seus processos produtivos”²¹.

Nessa perspectiva do direito humano ao saneamento delineado pelas normativas internacionais, tem-se que a mitigação dos subsídios cruzados pelo fim dos contratos de programa configura-se uma política legislativa atentatória ao caráter

²¹ Ana Lucia Brito impostos sobre grandes usuários de água para fins mercantis, isto é, setores produtivos, como de bebidas, ou mesmo o agronegócio, que consomem muita água em seus processos produtivos. Pag. 39 <https://ondasbrasil.org/wp-content/uploads/2020/05/As-tarifas-sociais-de-abastecimento-de-%C3%A1gua-e-esgotamento-sanit%C3%A1rio-no-Brasil.pdf>.

de direito humano do saneamento básico, já que elimina uma forma de arranjo que privilegia a justiça distributiva.

5 NOTAS CONCLUSIVAS

O acesso aos serviços de saneamento básico é direito de todos e dever do Estado.

No âmbito da Constituição Federal, integra o denominado regime constitucional de políticas públicas, em que a atribuição de competências aos entes federados e aos poderes constituídos nomina as tarefas de sua implementação.

A atual Lei que dispõe sobre o novo Marco Legal do Saneamento Básico permite ampla delegação a terceiros dessa função estatal, mas não exime o Estado brasileiro de sua obrigação, como procuramos deixar claro.

Há um duplo eixo fundamental que queremos sublinhar: a universalização do acesso e o acesso para todos.

Os instrumentos para sua realização estão disponibilizados, inclusive com a possibilidade de investimento pela iniciativa privada à longo prazo.

Todavia, isto não pode ser feito às custas dos mecanismos da justiça redistributiva previstos, inclusive, na própria nova Lei n. 14.026/20 e nem tampouco com a omissão estatal.

O direito ao saneamento é um direito público subjetivo, que poderá ser exigido do Estado, independentemente da gestão direta ou da concessão a uma empresa particular. Assim, de igual forma, caberá à cidadania reivindicar e zelar pelo cumprimento do acesso universal.

O caminho para a universalização do acesso ao saneamento básico ainda é longo: quase 100 milhões de brasileiros não tem acesso à coleta de esgoto, o que equivale à 46% de sua população enquanto 83,7% têm acesso à água tratada.

Daí porque, no espectro das instituições democráticas e da pauta de reivindicação de direitos, a mobilização popular continuará a se constituir importante instrumento de acompanhamento e fiscalização na formulação e execução das políticas públicas de saneamento básico, inclusive com relação às propostas de delegação e concessão em curso.

Portanto, se houver o descumprimento desse direito, é importante observarmos que existem os instrumentos de pressão social e participação popular previstos na Constituição Federal e na novel legislação que serão, certamente, capazes de contrastar eventuais condutas ilegais e/ou omissões no caminho para assegurar o saneamento para todos.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Eduardo Muylaert. A Natureza Jurídica da Declaração Universal de Direitos Humanos. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 446, p. 35, dez. 1972.

BRITTO, Ana Lucia. As tarifas sociais de abastecimento de água e esgotamento sanitário no Brasil: seus impactos nas metas de universalização na garantia dos direitos humanos à água e ao esgotamento sanitário. Disponível em: <https://ondasbrasil.org/wp-content/uploads/2020/05/As-tarifas-sociais-de-abastecimento-de-%C3%A1gua-e-esgotamento-sanit%C3%A1rio-no-Brasil.pdf>.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32. ed. atual. até a EC 84, de 2.12.2014. São Paulo: Malheiros, 2015.

NAVES, Rubens. Saneamento para Todos: **Como universalizar serviços sustentáveis de água e esgoto no Brasil pós-pandemia**. São Paulo: Palavra Livre Editora, 2021.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Conselho Econômico e Social, Comitê sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, **General Comment N° 15** (2002), un Doc. E/C.12/2002/11, Genebra, 29 nov. 2002.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral, **Resolução 64/292**, The human right to water and sanitation, un Doc. a/res/64/292.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral, un **Doc. A/64/PV.108**, Nova Iorque, 28 jul. 2010.

PIOVESAN, Flavia. **Temas de Direitos Humanos**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

SILVA, Guilherme Amorim Campos da. **Direito ao Desenvolvimento**. São Paulo: Método, 2004.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

O PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA CONSTRUÇÃO DO DESENHO FEDERATIVO BRASILEIRO A PARTIR DE DECISÕES CENTRAIS EM MATÉRIA DE SANEAMENTO BÁSICO

Sandro Lúcio Barbosa Pitassi*

RESUMO: Trata o presente artigo da análise de decisões centrais proferidas pelo Supremo Tribunal Federal no âmbito de políticas públicas de saneamento básico e disputas federativas. Propondo-se que seja privilegiada linha hermenêutica materialista e finalística, construindo-se prática federativa síncrona, fundamental para a universalização do serviço essencial e entrega de um mínimo padrão de capacidades existenciais e de saúde pública aos indivíduos.

Palavras-chave: Conflitos; Federalismo; Racionalidade Material; Supremo Tribunal Federal; Saneamento Básico.

ABSTRACT: This article deals with the analysis of central decisions handed down by the Supreme Court in the context of public policies on basic sanitation and federative disputes. Proposing that a materialist and finalistic hermeneutic line be privileged, building a synchronous federative practice, fundamental for the universalization of the essential service and delivery of a minimum standard of existential and public health capabilities to individuals.

Keywords: Conflicts; Federalism; Material Rationality; Federal Supreme Court; Basic Sanitation.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Procedimentos metodológicos. 3 Federalismo brasileiro. 4 Demandas centrais julgadas pelo Supremo Tribunal em matéria de saneamento básico. 4.1 Ação Direta de Inconstitucionalidade 1842/RJ. 4.2 Ação Direta de Inconstitucionalidade 2077-3/BA. 4.3 Ação Direta de Inconstitucionalidade 2095/RS. 4.4 Ação Direta de Inconstitucionalidade 4454/PR. 5 Considerações a partir das decisões apresentadas. 6 Conclusões.

* Juiz de Direito titular da 37ª Vara Cível - Comarca da Capital - Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Mestre em Saúde Pública pela Escola Nacional de Saúde Pública Sergio Arouca (ENSP) - Fiocruz e Doutorando em Direito Internacional Público na Universidade de São Paulo (USP).

1 INTRODUÇÃO

O protagonismo do Poder Judiciário nos últimos anos tem sido objeto de intenso debate por doutrinadores, pesquisadores, estudiosos dos mais diferentes ramos do saber, sendo levantados argumentos contrários e favoráveis, discussões acerca do ativismo, judicialização da política, o estabelecimento de uma supremocracia, dentre outros, não se negando, todavia, a forte instauração do fenômeno na realidade brasileira e a necessária consideração do mesmo e seus impactos, notadamente, no campo da construção e implementação das políticas públicas estratégicas, até porque uma judicialização excessiva e pautada por uma visão formalista e instrumental, sem compromisso com a efetiva concreção de uma política macro urgente e necessária, acabará por representar entrave para a própria política traçada e o alcance de seus resultados.

Partindo-se de um cenário marcado por judicialização crescente, importante a discussão acerca do papel do Poder Judiciário no universo das políticas públicas, investigando-se questões acerca, inclusive, da legitimação da atividade criativa dos juízes no âmbito da fundamentação da decisão judicial, sabendo-se que essa legitimação repousa numa adequada fundamentação, sendo que uma segunda solução é apresentada por Robert Alexy, o qual apresenta o estudo da fundamentação da decisão judicial como critério de legitimação e controle da atividade criativa dos juízes, sendo aquela de vital importância.¹

As Supremas Cortes e Cortes Constitucionais, no mundo democrático, desempenham três papéis diversos: contramajoritário, quando invalidam atos dos outros Poderes; representativo, quando atendem demandas sociais não satisfeitas pelas instâncias políticas; e iluminista, quando promovem determinados avanços sociais que ainda não conquistaram adesão majoritária, mas são uma imposição do processo civilizatório,² criticando-se a expansão da intervenção judicial na vida brasileira, afirmando-se que juízes e membros dos tribunais não são agentes públicos eleitos, não estando habilitado o Judiciário a produzir a melhor decisão em

¹ JORGE, Nagibe de Melo. Ativismo judicial, discricionariedade e controle: uma questão hermenêutica? **Quaestio Juris**, Rio de Janeiro, v. 7, n. 2, p. 509-532, 2014. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestiojuris/article/view/13423>. Acesso em: 03 jul. 2021.

² BARROSO, Luís Roberto. Contramajoritário, Representativo e Iluminista: Os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas / Countermajoritarian, Representative, and Enlightened: The roles of constitutional tribunals in contemporary democracies. **Revista Direito e Práxis**, [S. l.], v. 9, n. 4, p. 2171-2228, dez. 2018. ISSN 2179-8966. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/30806>. Acesso em: 03 jul. 2021.

determinada matéria, diante do envolvimento de aspectos técnicos ou científicos de grande complexidade com consequentes riscos de efeitos sistêmicos.³

A supremocracia diz respeito, em primeiro lugar, à autoridade recentemente adquirida pelo Supremo Tribunal Federal de governar jurisdicionalmente o Poder Judiciário no Brasil e, no segundo sentido, refere-se à expansão de sua autoridade em detrimento dos demais Poderes, decorrendo tal ampliação e protagonismo de uma retração do sistema representativo e da sua incapacidade de cumprir promessas de justiça e igualdade, inerentes ao ideal democrático e incorporadas nas constituições contemporâneas, acreditando alguns autores que o deslocamento da autoridade do sistema representativo para o Poder Judiciário seria uma consequência do avanço das constituições rígidas e de constituições cada vez mais ambiciosas.⁴

Fato é que o tema do próprio ativismo judicial precisa ser bem visualizado, inexistindo consenso acerca do mesmo, contudo, há certa convergência quando se afirma que o ativismo pressupõe a atuação indevida de um poder sobre o outro, usurpando-se competências, transmutando-se o Poder Judiciário numa superinstância com prejuízos à democracia e ao pacto federativo,⁵ o que também precisa ser pensado, sem falar do jogo político existente na transposição de grandes e estratégicas questões das políticas públicas para o campo da Jurisdição, prática consagrada muitas vezes pelo próprio Poder Legislativo, ao lançar mão de instrumentos processuais, em que pese criticar eventual postura ativista do Judiciário e afirmar usurpação de competências, podendo-se vislumbrar, dessa forma, a complexidade do fenômeno.

Impõe-se, dessa forma, uma melhor compreensão do fenômeno, particularmente quando envolva a relação direito de natureza fundamental, sendo claro o interesse e justificativa acerca da busca de uma racionalidade jurídica que se coloque além da mera consagração de critérios apriorísticos e formais, mas que consiga antever e considerar a necessidade de se buscar os melhores meios potencializadores da entrega final do serviço essencial e de saúde pública, o que abrange a necessária consideração e entendimento de que as políticas públicas centrais, notadamente aquelas de saneamento básico, são espelho primordial do próprio jogo federativo,

³ BARROSO, Luís Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. **RFD- Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, [S. l.], n. 21, jun. 2012. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/1794>. Acesso em: 03 jul. 2021. DOI: <https://doi.org/10.12957/rfd.2012.1794>.

⁴ VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. São Paulo. Revista Direito GV. 2008. p.441-463. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdgv/a/6vXvWwkg7XG9njd6XmBzYzQ/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 03 jul. 2021.

⁵ MARQUES, Bruno; KHOURI, Paulo R. Roque A. Do ativismo no STF ao ativismo do TCU: é possível falar em ativismo legislativo no Brasil? **Brazilian Journal of Development**, v. 6, n. 3, p. 11091-11115, 2020.

construindo-se as decisões jurisdicionais sob as luzes dos pontos primordiais salientados (questão de saúde pública e desenho federativo subjacente).

O protagonismo da figura da jurisdição constitucional no Estado Democrático de Direito está vinculado, e é resultado, dentre outros aspectos, da supremacia da Constituição e da dimensão objetiva atribuída aos direitos fundamentais e aos direitos humanos, que possuem um caráter marcadamente principiológico, dependente de interpretação e de concretização na realidade, o que gera natural destaque dos agentes encarregados da guarda e proteção da Constituição.⁶

Deve-se estar atento para tal aspecto quando são analisadas questões relativas às políticas públicas de saneamento básico, de saúde pública e as chamadas disputas federativas, até porque uma manifestação jurisprudencial superficial e simplista poderá impactar de forma negativa não só no aprimoramento do jogo institucional, mas notadamente postergando o alcance da universalização de um serviço que representa o mínimo existencial, superando-se quadro deficitário lamentável em pleno século XXI, sem falar na exposição da saúde pública a quadros de riscos concretos e maiores danos, além do acirramento das disputas federativas.

Isto o que se busca no presente trabalho, lançando-se um olhar sobre a atuação do Supremo Tribunal Federal no julgamento de medidas judiciais centrais relacionadas ao tema de interesse, discutindo-se a linha hermenêutica consagrada no objeto do trabalho e, a partir daí, uma busca reflexiva sobre possíveis caminhos aptos a consagrarem uma dinâmica materialista e finalística atenta à essencialidade dos direitos em jogo e dos caminhos do federalismo brasileiro, indagando-se de que maneira o Poder Judiciário, no pleno exercício de sua função soberana, poderá contribuir para o implemento de melhores práticas, procurando-se evitar uma atuação que acabe por inviabilizar a própria política pública e que exarcebe eventuais distorções da prática federativa.

Importante, assim, lançar-se o olhar sobre os entendimentos produzidos pelo Supremo Tribunal Federal, até porque guardião da Constituição e modelador da atuação infraconstitucional, acreditando-se, portanto, que se possa contribuir para a discussão acerca do papel desse importante ator institucional na concreção das políticas públicas de saneamento básico, inclusive, daquelas decorrentes do Novo Marco Legal do Saneamento Básico, pois, é constante e notório o fenômeno da judicialização das políticas no país, sem falar que a própria experiência federativa no país ostenta traços de um processo inacabado

⁶ LEAL, Mônica Clarissa Henning. Corte Interamericana de Direitos Humanos e Jurisdição Constitucional: judicialização e ativismo judicial em face da proteção dos direitos humanos e fundamentais? **Rev. Investig. Const.**, Curitiba, v. 1, n.3, p.123-140. Sep. 2014. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/40518>. Acesso em: 03 jul. 2021.

e, portanto, em pleno processo de construção, o que justifica igualmente o interesse pelo estudo do atuar da Corte Constitucional.

Enfim, acredita-se que um estudo dessa natureza possibilitará, dentro das limitações de desenvolvimento do presente trabalho, não só uma certa visualização do federalismo praticado no país, mas, ainda, a obtenção de elementos que permitam a mensuração dos respectivos impactos das decisões na construção e aperfeiçoamento de um pacto verdadeiramente cooperativo, coordenado e pautado pela sincronia, persuadindo-se os atores institucionais à adoção de futuros comportamentos mais harmônicos e voltados para uma atuação em rede.

2 PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS

Foi desenvolvida pesquisa qualitativa com finalidade explicativa e exploratória, análise bibliográfica e jurisprudencial em torno do objeto de estudo, recorrendo-se, portanto, a fontes de evidências (leis, jurisprudência e doutrina), relativas ao tema e respectivo recorte, com destaque para a produção bibliográfica e análise das decisões centrais oriundas do Supremo Tribunal Federal e respectiva argumentação.

Privilegiou-se o estudo do material a partir do raciocínio de que a judicialização é uma marca da democracia contemporânea, ganhando especial interesse as constantes transposições dos conflitos federativos no país para o âmbito jurisdicional, sendo a política judicializada de forma exponencial, verificando-se, por outro lado, o tratamento dispensado pelo Supremo Tribunal Federal e os próprios efeitos práticos dos discursos consagrados pelas decisões proferidas no meio social, destinatário final daquelas.

3 FEDERALISMO BRASILEIRO

Sabe-se que as discussões desenvolvidas nas grandes políticas públicas, dentre as quais se destacam aquelas relativas ao saneamento básico, dizem respeito, na realidade, à própria discussão federativa, podendo-se verificar que o Supremo Tribunal Federal tem sido chamado a dar um sentido, inclusive, aos dispositivos constitucionais que tratam das competências dos entes federados.

Pode-se dizer que o federalismo brasileiro se coloca como uma espécie de edifício em pleno processo de construção pelas vias legislativa e jurisprudencial, impondo-se a compreensão da questão política como intrínseca à questão federativa, cabendo ao Poder Judiciário, na maioria das vezes, o exercício de uma atividade integradora e harmonizadora dos dispositivos constitucionais relativos ao desenho das competências, esgotando-se o tema do federalismo num mero exercício hermenêutico.

Importante, contudo, que seja considerado o federalismo como algo muito além do mero exercício de competências constitucionalmente estabelecidas, mas como revelador de um processo e, dessa forma, necessariamente fluido, colocando-se tal pressuposto como condição para o enriquecimento do estudo e adequado entendimento do fenômeno, de modo que se consiga privilegiar modelo que não se esgote num viés de mera competição e disputas, consagrando-se outras espécies de arranjos institucionais, palcos de integração compartilhada e decisões construídas conjuntamente.

A busca da unidade na diversidade, resguardando-se a autonomia local, é algo que requer diálogo e um modelo efetivamente harmonizado, o que implicaria numa produção inaugural e inovadora no campo dos arranjos institucionais, construindo-se redes federativas e não hierarquias centralizadas, até porque uma padronização de soluções é, evidentemente, disfuncional na prática.

Colocadas tais considerações, pode-se dimensionar os desafios enfrentados no país nesse processo de construção de um federalismo em rede, notadamente quando se verifica que seu processo histórico foi marcado por acentuada tendência centralizadora e de concessão de barganhas, cujos complicadores ficam mais expostos quando a política se transfere para o universo anômalo do Poder Judiciário, o qual deveria atuar de forma excepcional e não corriqueira, sendo evidentemente campo impróprio para a fluidez e originalidade institucional já apontadas, até mesmo pelas próprias limitações de análise das grandes questões técnicas que estão envolvidas nas políticas públicas de maior complexidade e envergadura, não dispondo do devido aparato de *expertise*.

De qualquer forma, na prática brasileira, notadamente no cenário atual, o federalismo revelado pelo mundo dos fatos é aquele guiado por disputas e atritos, caracterizado por desequilíbrio federativo, no qual o governo central tenta assumir, por exemplo, a gestão exclusiva da pandemia, instaurando-se verdadeira queda de braços entre aquele, Estados e Municípios, já que a União busca esvaziar a atuação dos demais entes, acabando o Tribunal Constitucional por assumir a tutela do próprio Princípio Federativo.⁷

Não se pode ignorar, assim, a importância da jurisdição constitucional na defesa do Pacto Federativo, preservando-se a autonomia dos Estados, a qual se vê ameaçada pela edição de leis federais violadoras da independência,⁸ porém, o quadro acaba por revelar claro estado institucional patológico, o qual gera efeitos de diversas

⁷ MAZZUOLI, V. DE O.; FRAZÃO, H. A. Papel do Federalismo em Situações de Crise: o caso da pandemia da Covid-19. **Revista CEJ**, v. 24, n. 79, 29 out. 2020. Disponível em: <https://revistacej.cjf.jus.br/cej/index.php/revcej/article/view/2568>. Acesso em 23 de julho de 2021.

⁸ BASTOS, Elísio Augusto Velloso; DE SOUSA AMADOR, Joseane do Socorro. Jurisdição constitucional e controle normativo na defesa do pacto federativo na constituição brasileira de 1988. **Revista do Direito Público**, v. 15, n. 3, p. 142-161.

ordens, notadamente no que diz respeito a questões de segurança jurídica e estabilidade, pontos fundamentais para o desempenho das grandes políticas públicas, estabelecimento de arranjos e parcerias, obtenção dos vultosos recursos necessários, inclusive, junto à esfera privada, impondo-se que toda a problemática seja considerada no âmbito dos tribunais.

4 DEMANDAS CENTRAIS JULGADAS PELO SUPREMO TRIBUNAL EM MATÉRIA DE SANEAMENTO BÁSICO

4.1 Ação Direta de Inconstitucionalidade 1842/RJ

Partindo-se, em linhas gerais, da discussão relativa à instituição de região metropolitana e a questão de competência para saneamento básico, culminou-se com o não-reconhecimento de incompatibilidade entre a autonomia municipal e o interesse comum/compulsoriedade de integração metropolitana, sendo vitorioso o raciocínio acerca do caráter compulsório de participação do município em regiões metropolitanas,⁹ na mesma linha já consagrada pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal em julgamentos anteriores (ADI 1841/RJ, Rel. Min. Carlos Velloso, RT 20/09/2022; ADI 796/ES, Rel. Min. Néri de Silveira, DJ 17/12/1999).

Salientou-se o disposto no artigo 23, inciso IX da Constituição Federal, ao estabelecer a competência comum da União, Estados e Municípios para a melhoria das condições de saneamento básico, bem como, o fato que frequentemente a função do saneamento básico extrapola o interesse local, passando a ser de interesse comum no caso das regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, consoante disposto no artigo 25, §3º da Constituição Federal.¹⁰

Privilegiou-se, assim, a execução e planejamento da função pública do saneamento básico sob o aspecto, inclusive, da viabilidade econômica e técnica daqueles municípios menos favorecidos, o que não esvaziaria a autonomia municipal, dando-se ênfase ao conteúdo material e finalístico da possibilidade concreta de melhor desempenho da função e entrega consequente do serviço.

Consignou-se, igualmente, a ideia de que o interesse comum seria mais que a soma de cada interesse local envolvido, pois, a má condução da função do saneamento básico de um dos municípios pode colocar em risco todo o esforço do conjunto, além das consequências para a saúde pública de toda a região.

⁹ BRASIL, STF. Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.842/RJ, rel. Min. Luiz Fux, redator p/o acórdão Min. Gilmar Mendes, j. 06/03/2013, **DJe** 16/09/2013.

¹⁰ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República.

4.2 Ação Direta de Inconstitucionalidade 2077-3/BA

Discussão acerca de invasão de competências nos assuntos de interesse exclusivo dos municípios, já que o Estado da Bahia teria intervindo em matéria cuja competência e titularidade não lhe foram reservadas pelo ordenamento jurídico, verificando-se como ponto central de discussão a questão da titularidade na prestação do serviço de saneamento básico, correlacionando-se, inclusive, com a discussão objeto da ADI 1842-RJ,¹¹ a qual, igualmente, tratava de forma central acerca da titularidade na prestação do serviço.

Interessante se atentar para a preocupação constante no voto do rel. Min. Nelson Jobim, no sentido de que devem ser evitadas decisões divergentes no que diz respeito aos feitos mencionados, exatamente pelo fato de que se depara com temática essencial para o federalismo brasileiro, o que ensejaria necessidade de exame em companhia do julgamento da ADI 1842-RJ,¹² em que pese o objeto desta ser mais abrangente (titularidade no contexto delineado pelo artigo 25, §3º da Constituição Federal¹³), consagrando-se interpretação do citado dispositivo constitucional a partir do Princípio Federativo e conservação da autonomia municipal.

Importante serem mencionadas considerações constantes no voto do Min. Eros Grau no sentido de que a inovação trazida pela Constituição Federal no modelo de federação brasileira será a instituição pelo Estado-Membro de uma forma de administração regional, sem personalidade política, para o desempenho de funções de interesse comum, gerando-se relacionamento compulsório dos municípios limítrofes que compõem o agrupamento, sem que reste violada a autonomia municipal, cabendo ao Estado a organização, planejamento e execução dessas funções públicas.

Por outro lado, salientou o Min. Gilmar Mendes o reconhecimento da similaridade dos temas com aqueles da ADI 1842-RJ e igualmente com demais ADIs que cuidam da titularidade do serviço de saneamento básico, citando entendimento do Min. Maurício Corrêa no sentido de que o tema de saneamento básico enseja questões que extrapolam os interesses exclusivos dos Municípios, justificando-se a participação do Estado-Membro, em sintonia com o artigo 23, incisos II, VI, IX e XI

¹¹ BRASIL, STF. Ação Direta de Inconstitucionalidade 2077/BA, rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 30/08/2019, **DJe** 16/09/2019.

¹² BRASIL, STF. Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.842/RJ, rel. Min. Luiz Fux, redator p/o acórdão Min. Gilmar Mendes, j. 06/03/2013, **DJe** 16/09/2013.

¹³ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República.

da Constituição Federal¹⁴, sendo comum a competência no campo da saúde pública, meio ambiente, promoção de programas de saneamento básico e fiscalização de exploração dos serviços hídricos.

Ressalta o Min. Gilmar Mendes que a questão central toca a preservação dos valores constitucionais mais importantes, consubstanciados na autonomia municipal e integração dos serviços de saneamento básico, perquirindo-se a dicotomia interesse comum e local, a partir da autonomia municipal e integração metropolitana, fazendo paralelo entre os casos da Bahia e Rio de Janeiro, destacando, enfim, a questão do interesse comum e o saneamento básico, conforme o disposto no artigo 23, inciso IX da Constituição Federal.¹⁵

4.3 Ação Direta de Inconstitucionalidade 2095/RS

Entendeu-se que a criação da Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos do Rio Grande do Sul (AGERGS), não representaria afronta à autonomia do Chefe do Poder Executivo ou usurpação da competência da União, pois a legitimidade para se atuar na área do saneamento básico é comum entre União, Estados e Municípios,¹⁶ julgando-se improcedente o pedido, no qual se alegava contrariedade aos artigos 22, inciso XXVII, 30, inciso V, 35, *caput* e 84, inciso II todos da Constituição Federal.¹⁷

4.4 Ação Direta de Inconstitucionalidade 4454–PR

Reconhecida a invasão de competência do município para legislar sobre assuntos de interesse local, conforme artigo 30, incisos I e V da Constituição Federal,¹⁸ cabendo aos municípios a gestão dos assuntos de interesse local,¹⁹ editando leis em relação ao tema e titularidade dos serviços públicos de saneamento, estando reservada a escolha da forma de prestação dos citados serviços, se diretamente ou por delegação à iniciativa

¹⁴ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República.

¹⁵ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República.

¹⁶ BRASIL, STF. Ação Direta de Inconstitucionalidade 2095/RS, relatora Ministra Carmem Lúcia, j. 11/10/2019, **Dje** 26/11/2019.

¹⁷ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República.

¹⁸ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República.

¹⁹ BRASIL, STF. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4454/PR, relatora Ministra Carmem Lúcia, j. 05/08/2020, **Dje** 25/08/2020.

privada mediante prévia licitação, estabelecendo o artigo 30 da Constituição Federal competência expressa para a organização dos serviços de interesse local.

Ressalva o Min. Marco Aurélio em seu voto vencido que o sistema de distribuição de competências materiais e legislativas, privativas, concorrentes, comuns entre os entes da federação, conforme estabelecido pela Constituição Federal, é marcado pela complexidade, sendo o Supremo Tribunal Federal chamado a solucionar problemas de coordenação e sobreposição de atos normativos.

Acrescenta, por outro lado, voto do Min. Luiz Fux proferido no julgamento da ADIN 1842,²⁰ no sentido de que o saneamento é o único serviço público econômico arrolado nas competências materiais compartilhadas (artigo 23, Constituição Federal)²¹, possuindo os demais natureza social, afirmando o Min. Marco Aurélio que cabe aos Estados a coleta e distribuição canalizada da água potável, discordando que os três entes estejam igualmente habilitados para a prestação do serviço de saneamento básico.

Para tanto argumenta que tal desenho não se acomodaria à realidade, já que certas espécies de serviço de saneamento consubstanciam monopólio natural, restando inviável se conceber prestação ou delegação simultânea por mais de um ente, o que não atenderia à racionalidade do sistema jurídico, cabendo ao Supremo Tribunal Federal, inclusive, evitar nova guerra federativa, o que prejudicaria o alcance dos objetivos estabelecidos pela Constituição Federal relativos ao serviço de saneamento básico pela ausência de definição constitucional para se delimitar o alcance de cada ente.

Enfim, acrescenta o citado Ministro que o desejável, além do advento de lei complementar federal com o mesmo propósito, seria o recurso aos parâmetros tradicionalmente empregados para a resolução dos conflitos federativos, ressaltando, contudo, que o próprio critério da preponderância do interesse (local, regional e nacional ou geral), esbarra em conceitos indeterminados e na necessidade da análise concreta.

5 CONSIDERAÇÕES A PARTIR DAS DECISÕES APRESENTADAS

Fundamental, inicialmente, ser pontuada a questão da tensão entre o direito e a política em decorrência da redefinição dos papéis e atribuições de cada um dos poderes, em especial do Poder Judiciário, o qual acaba por experimentar um papel de protagonismo, inclusive, no âmbito da própria política, ao que se denominou de judicialização da política, retomando-se o debate acerca da relação constituição/democracia/arranjos políticos e institucionais nas democracias

²⁰ BRASIL, STF. Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.842/RJ, rel. Min. Luiz Fux, redator p/ o acórdão Min. Gilmar Mendes, j. 06/03/2013, **DJe** 16/09/2013.

²¹ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República.

contemporâneas atuando, inclusive, na criação de políticas públicas ao proferir decisões a respeito de conflitos e competências no âmbito da relação entre os entes federados.²²

O Supremo Tribunal Federal desempenha no país papel de árbitro e o principal mecanismo por meio do qual disputas federativas se desencadeiam é o da Ação Direta de Inconstitucionalidade, sabendo-se que a Constituição Federal de 1988 definiu um complexo quadro de repartição de atribuições, combinando descentralização administrativa e centralização legislativa.²³

Portanto, o Supremo Tribunal Federal vai desempenhar um papel mesmo de centralização/descentralização do arranjo federativo, contudo, pode-se perceber que o arranjo federativo consagrado no país contém elementos que propiciam a atuação da Corte Suprema como uma instituição que acaba por promover centralização ao decidir causas veiculadoras de palcos de disputas entre entes federados, até porque consagrada uma repartição constitucional de competências com um extenso rol de atribuições legislativas federais, sem falar na escolha de método de seleção dos seus membros, contando apenas com a participação de autoridades centrais.²⁴

Fato é que o papel do Judiciário como ator político central no julgamento de litígios entre os entes federados, certamente irá proporcionar impactos no próprio jogo federativo, verificando-se, inclusive, no período de 1988 a 2002, através de análise empírica dos julgamentos da ADINs promovidas pela União contra os Estados, que o Supremo Tribunal Federal contribuiu para o robustecimento do governo federal em detrimento dos governos estaduais.²⁵

Exatamente pela centralidade das Ações Diretas de Inconstitucionalidade como palcos de disputas federativas é que se optou pela respectiva análise no campo do saneamento básico, visto que, resta evidente a relação entre a mencionada política pública e o próprio jogo federativo praticado no país, impondo-se a compreensão do

²² CONSANI, Cristina Foroni. O Federalista e a democracia: revisitando a teoria da separação dos poderes e o papel do judiciário. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, v. 18, n. 18, p. 146- 181, 2015. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/article/view/608>. Acesso em: 04 jul. 2021.

²³ DE CAMARGO, Fernando Santos. Supremo Tribunal Federal e Federalismo: controle abstrato/concentrado de constitucionalidade como mecanismo para limitar a descentralização. **Sociologias Plurais**, v. 2, n. 2e, 2019. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/scplpr/article/view/64800>. Acesso em: 04 jul. 2021.

²⁴ DE CAMARGO, Fernando Santos. Supremo Tribunal Federal e Federalismo: controle abstrato/concentrado de constitucionalidade como mecanismo para limitar a descentralização. **Sociologias Plurais**, v. 2, n. 2e, 2019. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/scplpr/article/view/64800>. Acesso em: 04 jul. 2021.

²⁵ OLIVEIRA, Vanessa Elias de Poder judiciário: árbitro dos conflitos constitucionais entre estados e união. Lua Nova: **Revista de Cultura e Política [online]**. 2009, n., pp. 223-250. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ln/a/CjPhvXgGpjNSGcRvLRshYMM/?lang=pt>. Acesso em: 4 jul. 2021. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0102-64452009000300011>.

fenômeno político que se encontra por trás das manifestações, algo importante para se verificar de qual federalismo se está concretamente tratando.

As Ações Diretas de Inconstitucionalidade fazem parte do cotidiano da moderna democracia brasileira, servindo como recurso institucional estratégico, instituindo-se, na prática, a caracterização do Supremo Tribunal Federal como um verdadeiro Conselho de Estado do tipo prevalecente em países de configuração unitária,²⁶ sendo importante se atentar para o próprio manejo do instrumento normativo pelas forças políticas, revelando-se a duplicidade Direito/Política, sopesando-se, inclusive, discussões acerca de eventual deferência às escolhas políticas, em nome da própria heterogeneidade desses espaços.

O entendimento do fenômeno federativo brasileiro não é uma tarefa simples, até porque o país se destaca como uma das federações mais abrangentes, frisando-se que as discussões federativas sempre estiveram atreladas a questões práticas da vida política nacional, colocando-se intermediação entre teoria e prática, devendo-se promover uma reflexão sistemática das questões que envolvam a interface Estado/sociedade, recortando-se a partir das questões institucionais ligadas à elaboração, implementação, monitoramento e avaliação das políticas públicas no país,²⁷ o que enseja reflexão acerca da necessidade de se contextualizar e considerar o universo das escolhas políticas e administrativas notadamente quando se deslocam para o campo do Poder Judiciário.

Mesmo que não sejam o objeto central do presente trabalho, as disputas federativas travadas no cenário da Pandemia da COVID-19 são notórias, polarizando-se governo central/governos regionais e locais, acabando o Supremo Tribunal Federal por ter que exercer a já mencionada função de árbitro, contextualizando-se acentuada animosidade institucional e fragilidade do desejado espírito de cooperação e coordenação.

O Supremo Tribunal Federal acaba por desempenhar um papel na própria remodelagem do pacto federativo, até porque tem reforçado a autonomia dos entes subnacionais em detrimento da tradicional centralização no âmbito da União, em que pese robusta Jurisprudência a favor da União nos conflitos federativos, verificando-se, contudo, que a Suprema Corte tem contribuído para uma redefinição das relações institucionais

²⁶ VIANA, Luiz Werneck; BURGOS; Marcelo Baumann e SALLES, Paula Martins. Dezesete anos de judicialização da política. **Tempo Social** [online]. 2007, v. 19, n. 2, p. 39-85. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ts/a/Gm5Cm5Tv3br63xgNvJZX4wL/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 10 jul. 2021.

²⁷ LINHARES, Paulo de Tarso Frazão; MESSENERG, Roberto Pires; PALOTTI, Pedro. **Agenda de federalismo e relações intergovernamentais na Diest**: novas perspectivas teóricas e temáticas. 2021. Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/10640>. Acesso em: 10 jul. 2021.

entre os entes federados, ampliando espaços decisórios dos entes locais, principalmente quando se analisa sua atuação no contexto da Pandemia da COVID-19.²⁸

O país sempre foi marcado por tendência centralizadora do exercício do poder ao longo de sua trajetória histórica, dado fundamental para se entender o próprio país e suas instituições, não podendo ser simplesmente desacoplado tal referencial histórico.

A análise das ADINs objeto do presente estudo deixa transparecer que a grande discussão no campo do saneamento básico passa pela questão da titularidade, cujo termo em si mesmo já enfatiza o próprio caráter do poder, esquecendo-se, contudo, que a expressão também carrega respectivos ônus, ou seja, responsabilidade por entregar e servir, percebendo-se o apego ao termo titularidade, expressão do Direito Civil, o que gera equívocos, pois não se depara propriamente com domínio, mas exercício de verdadeira função.

A literatura sobre os conflitos federativos e as discussões transportadas para o âmbito jurisdicional acaba por se concentrar unicamente no aspecto da competência, realizando a Jurisprudência integração e harmonização do tema sob a preponderância do referido viés, culminando-se com trabalho repetitivo e de cunho meramente formalista, revelador de um exercício hermenêutico linear.

Decisões judiciais que afetam escolhas políticas tão relevantes não devem ser tratadas sem a correspondente consciência do encargo assumido, impactando sobre todo o sistema, o que exige prudência, apontando-se, inclusive, para a necessidade de se consagrar um modelo decisório do tipo compartilhado, superando-se não apenas alegações de suposta falta de legitimidade democrática, mas a própria falta de *expertise* do Judiciário, permitindo-se a participação dos atores sociais, políticos e constitucionais, corrigindo-se falhas estruturais e concretizando-se espaço colaborativo e plural.²⁹

6 CONCLUSÕES

Diante do fato que as disputas federativas chegam, inclusive, via Ação Direta de Inconstitucionalidade para apreciação pelo Supremo Tribunal Federal, ator fundamental no desenho da democracia constitucional contemporânea, importante que aquele lance mão de estratégias e discursos capazes de promoverem entendimento que se coloca além de aspectos formais e instrumentais, despertando-se atenção para

²⁸ LEITE, Glauco Salomao; CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. De árbitro a arquiteto: como o ativismo judicial pode redefinir o federalismo brasileiro? **Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano**, p. 67, 2020.

²⁹ LIMA, Flavia Danielle Santiago; DA CUNHA FRANÇA, Eduarda Peixoto. Repensando o papel da jurisdição nos litígios estruturais de interesse público: do ativismo antidialógico à decisão compartilhada. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, v. 22, n. 1, 2021.

o fato que o bem maior a ser tutelado e realizado, no caso do saneamento básico, é o da universalização do serviço, uma visão, portanto, materialista e substancial.

Deve-se valer de forma proveitosa do protagonismo retratado no presente trabalho, não se esquecendo das funções preventivas, modeladora e pedagógica próprias das decisões jurisdicionais, notadamente quando emanadas da Corte Suprema, consagrando-se linha argumentativa clarificadora e emancipadora da construção do desejado federalismo em rede.

Verificou-se na leitura de votos a preocupação de serem evitadas disputas federativas, mas exatamente por se tratar de serviço cuja prestação e ausência estão longe de afetar localidades e interesses restritos, notadamente num país como o Brasil com déficit gigantesco e palco facilitador da proliferação de doenças, que se exerça o *munus* constitucional sob uma ótica potencializadora da coordenação e sincronia federativas.

Soluções interpretativas baseadas em dicotomias, raciocínios exclusivos de titularidade e disputas federativas, visão estritamente econômica do saneamento básico e desconsideração da questão de saúde pública intrínseca e inafastável, são obviamente incapazes de colaborar para a saída de um cenário de disputas e ineficiência, não se tratando de tarefa fácil, todavia, as adversidades são próprias da dinâmica fática e esse exatamente o desafio colocado.

Quando se pensa em políticas públicas de saneamento básico e a busca por uma atuação coordenada e síncrona, ganha mais corpo a necessidade de se repensar, inclusive, questão de limites da própria atuação jurisdicional e aspectos de deferência às escolhas e opções delineadas na construção e implementação das mesmas, notadamente quando se tem noção de que o Judiciário não dispõe do melhor aparato técnico para avaliar adequadamente os contextos de efetividade/eficiência das escolhas concretizadas, devendo-se sempre ter em mira, consoante defendido no presente trabalho, uma visão materialista e finalística de maximização da universalização do serviço de saneamento básico e, conseqüentemente, do próprio modelo federativo vivenciado no país e em pleno caminhar.

Deve-se, enfim, sempre ter em mente o ponto fundamental de que respostas apriorísticas e generalizantes são irrestritamente insuficientes no mundo do saneamento básico e, em contrapartida, do próprio federalismo, pois aqui se tem perfeita correspondência imagem/sombra e vice-versa, já que ao se observar um se enxerga o outro, uma conjugação necessária que deve ser tratada, inclusive, no âmbito jurisdicional, o que certamente representará o melhor exercício do papel do Poder Judiciário na modelagem do federalismo brasileiro.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. **RFD- Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, [S. l.], n. 21, jun. 2012. ISSN 2236-3475. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/1794>. Acesso em: 03 jul. 2021. DOI: <https://doi.org/10.12957/rfd.2012.1794>.

BARROSO, Luís Roberto. Contramajoritário, Representativo e Iluminista: Os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas / Countermajoritarian, Representative, and Enlightened: The roles of constitutional tribunals in contemporary democracies. **Revista Direito e Práxis**, [S. l.], v. 9, n. 4, p. 2171-2228, dez. 2018. ISSN 2179- 8966. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/30806>. Acesso em: 03 jul. 2021.

BASTOS, Elísio Augusto Velloso; DE SOUSA AMADOR, Joseane do Socorro. Jurisdição constitucional e controle normativo na defesa do pacto federativo na constituição brasileira de 1988. **Revista do Direito Público**. v. 15, n. 3, p. 142-161.

BRASIL, STF. Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.842/RJ, rel. Min. Luiz Fux, redator p/ o acórdão Min. Gilmar Mendes, j. 06/03/2013, **DJe** 16/09/2013.

BRASIL, STF. Ação Direta de Inconstitucionalidade 2077/BA, rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 30/08/2019, **DJe** 16/09/2019.

BRASIL, STF. Ação Direta de Inconstitucionalidade 2095/RS, relatora Ministra Carmem Lúcia, j. 11/10/2019, **DJe** 26/11/2019.

BRASIL, STF. Ação Direta de Inconstitucionalidade 2337/SC, rel. Min. Celso de Mello, j. 05/10/2020, **DJe** 10/10/2020.

BRASIL, STF. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4454/PR, relatora Ministra Carmem Lúcia, j. 05/08/2020, **DJe** 25/08/2020.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República.

CONSANI, Cristina Foroni. O Federalista e a democracia: revisitando a teoria da separação dos poderes e o papel do judiciário. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, v. 18, n. 18, p. 146- 181, 2015. Disponível em: <https://revistaelectronica.rdfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/article/view/608>. Acesso em: 04 jul. 2021.

DE CAMARGO, Fernando Santos. Supremo Tribunal Federal e Federalismo: controle abstrato/concentrado de constitucionalidade como mecanismo para limitar a descentralização. **Sociologias Plurais**, v. 2, n. 2e, 2019. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/scplpr/article/view/64800>. Acesso em: 04 jul. 2021.

JORGE, Nagibe de Melo. Ativismo judicial, discricionariedade e controle: uma questão hermenêutica? **Quaestio Juris**, Rio de Janeiro. v. 7, n. 2, p. 509-532, 2014. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/13423>. Acesso em: 03 jul. 2021.

LEAL, Mônica Clarissa Henning. Corte Interamericana de Direitos Humanos e Jurisdição Constitucional: judicialização e ativismo judicial em face da proteção dos direitos humanos e fundamentais? **Rev. Investig. Const**, Curitiba, v. 1, n. 3, p.123-140, set. 2014. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/40518>. Acesso em: 03 jul. 2021.

LEITE, Glauco Salomao; CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. De árbitro a arquiteto: como o ativismo judicial pode redefinir o federalismo brasileiro? **Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano**, p. 67, 2020.

LIMA, Flavia Danielle Santiago; DA CUNHA FRANÇA, Eduarda Peixoto. Repensando o papel da jurisdição nos litígios estruturais de interesse público: do ativismo antidialógico à decisão compartilhada. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, v. 22, n. 1, 2021.

LINHARES, Paulo de Tarso Frazão; MESSENBURG, Roberto Pires; PALOTTI, Pedro. **Agenda de federalismo e relações intergovernamentais na Diest**: novas perspectivas teóricas e temáticas. 2021. Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/10640>. Acesso em: 10 jul. 2021.

MARQUES, Bruno; KHOURI, Paulo R. Roque A. Do ativismo no STF ao ativismo do TCU: é possível falar em ativismo legislativo no Brasil? **Brazilian Journal of Development**, v. 6, n. 3, p. 11091-11115, 2020.

MAZZUOLI, V. DE O.; FRAZÃO, H. A. Papel do Federalismo em Situações de Crise: o caso da pandemia da Covid-19. **Revista CEJ**, v. 24, n. 79, 29 out. 2020. Disponível em: <https://revistacej.cjf.jus.br/cej/index.php/revcej/article/view/2568>. Acesso em: 23 jul. 2021.

OLIVEIRA, Vanessa Elias de Poder judiciário: árbitro dos conflitos constitucionais entre estados e união. Lua Nova: **Revista de Cultura e Política [online]**. 2009, n., p. 223- 250. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ln/a/CjPhvXgGpjNSGcRvLRshYMM/?lang=pt>. Acesso em: 4 jul. 2021. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0102-64452009000300011>.

VIANA, Luiz Werneck; BURGOS; Marcelo Baumann e SALLES, Paula Martins. Dezesete anos de judicialização da política. **Tempo Social [online]**. 2007, v. 19, n. 2, p. 39- 85. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ts/a/Gm5Cm5Tv3br63xgNvJZX4wL/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 10 jul. 2021. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0103-20702007000200002>.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV**, São Paulo, p. 441-463. 2008. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdgv/a/6vXvWwkg7XG9njd6XmBzYzQ/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 03 jul. 2021.

O MARCO REGULATÓRIO DO SANEAMENTO BÁSICO E SUAS LEIS COMPLEMENTARES NA BUSCA DA UNIVERSALIZAÇÃO

Sara Bursztein *

RESUMO: Para um melhor entendimento da origem dos vieses à universalização do saneamento no Brasil é necessário conhecer o histórico dos serviços do saneamento no Brasil, as relações interinstitucionais que compõe as políticas públicas para o setor, o que preconiza o marco regulatório, em que consiste a regulação aplicada ao saneamento básico e o cenário atual do setor de saneamento básico.

Palavras-chave: Universalização. Saneamento. Regulação. Políticas públicas. Marco regulatório.

ABSTRACT: For a better understanding of the origin of biases towards the universalization of sanitation in Brazil, it is necessary to know the history of sanitation services in Brazil, the interinstitutional relations that make up public policies for the sector, which advocates the regulatory framework, which consists of regulation applied to basic sanitation and the current scenario of the basic sanitation sector.

Keywords: Universalization. Sanitation. Regulation. Public policies. Regulatory framework.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Histórico dos serviços de saneamento no Brasil. 2.1 O Código das Águas e a regulação do setor de saneamento de 1930 a 1960. 2.2 O Sistema Financeiro de Saneamento e o PLANASA: O novo modelo de regulação para o setor. 3 Relação interinstitucional do saneamento no Brasil. 4 Marco regulatório: a Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007. 5 Regulação aplicada aos serviços de saneamento básico. 6 O cenário atual do setor de saneamento básico no Brasil. 7 Discussões. 8 Conclusões.

1 INTRODUÇÃO

O setor de saneamento básico é caracterizado por alto grau de complexidade tanto nas suas relações intersetoriais e interinstitucionais de políticas públicas, como

* Engenheira Civil Sanitarista, UFRGS, Especialista em Gestão Ambiental e Economia Sustentável, Mestre em Gestão e Regulação de Recursos Hídricos e Doutoranda em Recursos Hídricos e Saneamento Ambiental.

nas questões técnicas, econômicas e operacionais. É essencial para a saúde e bem-estar da população no território onde se assenta.

Há uma década e meia, aproximadamente, havia um lento avanço nas políticas públicas do saneamento básico, com cobertura precária na maioria das cidades brasileiras, problemas de gestão, falta de viabilidade técnica-econômica em grande número de serviços. Na busca para atender essas demandas foi editado o marco regulatório do setor de saneamento básico, através da Lei nº 11.445/2007, que estabelece as diretrizes nacionais e a política federal preconizando que o titular do serviço terá que formular uma política de saneamento. Também deverá definir o ente responsável pela regulação e fiscalização dos serviços, fixar os deveres e os direitos dos usuários, entre outras atribuições. Seus instrumentos consistem no planejamento através da elaboração dos Planos de Saneamento Básico, nas três esferas governamentais; regulação e fiscalização, controle e participação social, através da regulação técnica, econômica e social operacionalizadas por agências reguladoras; e o sistema de informações.

A regulação dos serviços de saneamento básico é uma matéria recente e ainda pouco conhecida pelos administradores públicos. O presente artigo pretende apresentar um pouco do histórico do desenvolvimento do setor de saneamento básico no Brasil, as relações interinstitucionais que compõe as políticas públicas para o setor, o que preconiza o marco regulatório, em que consiste a regulação aplicada ao saneamento básico e o cenário atual do setor.

2 HISTÓRICO DOS SERVIÇOS DE SANEAMENTO NO BRASIL

Para compreender o atual cenário do setor de saneamento básico no Brasil é importante conhecer as heranças estruturais, que foram se consolidando pelas políticas públicas e a rede de interinstitucionalidade derivada das externalidades, características do saneamento básico.

A prestação dos serviços de saneamento básico no Brasil, ao longo do último século, teve diversos estágios de acordo com as transformações políticas, econômicas e sociais do país. Pode-se destacar:

2.1 O Código das Águas e a regulação do setor de saneamento de 1930 a 1960

O uso privado e desregulado da água até meados da década de 1930, sendo que, a partir daí começa a se estruturar a regulação com o Código das Águas (Decreto nº 24.643, de 10 de julho de 1934). No período dos anos 30 e 40, a crise dos serviços descentralizados e privados, devido ao descontrole e a completa

dispersão técnica e gerencial, foi resolvida pelo envolvimento direto do Estado. Na esfera federal não havia uma política para o setor, e sim várias de órgãos atuando isoladamente, através de apoio técnico na organização das autarquias municipais ao encargo da Fundação da SESP – Serviço Especial de Saúde Pública – vinculada ao Ministério da Saúde. No período que vai dos anos 30 aos 50 tem-se uma fase de gestão municipal dos serviços, onde a questão da regulação não se coloca, ou seja, há uma autorregulação. A partir dos anos 50, são lançadas as bases para as mudanças no setor de saneamento, com o surgimento das primeiras iniciativas de gestão centralizada a nível estadual, mediante as concessões dadas pelo poder municipal às empresas estaduais. Este modelo vai se consolidar a partir dos anos 60, quando se cria uma nova estrutura de gestão, onde a temática da regulação ganha novo sentido.

2.2 O Sistema Financeiro de Saneamento e o PLANASA: O novo modelo de regulação para o setor

A partir de 1964 é criado o Banco Nacional de Habitação - BNH, e, em 1966 é efetivada a reforma tributária e criado o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço – FGTS. Em 1967 o governo cria o Conselho Nacional de Saneamento, e o Fundo Nacional de Saneamento – FISANE. A elaboração da política nacional para o setor ficou a cargo do BNH, que deveria também gerir o FISANE. O BNH diagnosticou problemas como: ausência de recursos financeiros; aplicação dos recursos existentes a fundo perdido, e de maneira pulverizada; ação mal coordenada de uma multiplicidade de órgãos, submetidos a interferências políticas e burocráticas; a atribuição aos municípios os quais são o elo mais fraco da estrutura político-administrativa, a tarefa de execução de obras de implantação e a exploração das redes; a inexistência de um sistema tarifário adequado e realista.

Este diagnóstico serviu de base para a criação do Sistema Financeiro de Saneamento – SFS, integrado ao Sistema Financeiro de Habitação – SFH, responsável pelo repasse dos recursos do FGTS para o setor de saneamento através da operação, por uma mesma companhia, de um conjunto de sistemas municipais. Dentro desse modelo havia a adoção de um sistema tarifário realista, que fosse suportado pelas comunidades, e que ao mesmo tempo permitisse a manutenção e a expansão das redes locais.

A estrutura montada pelo SFH era composta na esfera federal pelo BNH, com as funções de: estabelecer normas complementares às expedidas pelo Ministério do Interior; analisar e aprovar os planos locais de saneamento básico; estabelecer as normas relativas ao SFS; coordenar, orientar e inspecionar a execução dos serviços; exercer a inspeção técnica, contábil, financeira e de custos dos serviços prestados pelas empresas estaduais. O BNH detinha ainda o controle sobre o acesso a

financiamentos, o que lhe permitia intervir sobre o planejamento local. O organismo responsável pela gestão dos fundos destinados ao saneamento era a Carteira de Operações do Sistema Financeiro de Saneamento – COSAN, organismo que na estrutura interna do Banco possuía uma grande autonomia.

Para cada Estado foram criadas Companhias Estaduais, empresas de economia mista onde o Estado era acionista majoritário, geridas pelo direito privado. As Companhias deveriam ser constituídas pelo Estado, com aval do BNH, e a partir daí deveriam realizar funções, tais como: obter junto aos municípios a concessão dos serviços, estabelecidas através de contrato; elaborar um plano de saneamento para o Estado; elaborar planos anuais de investimento, que seriam submetidos à avaliação técnica e financeira da COSAN. A Companhia receberia empréstimos do BNH e do Fundo Estadual de Água e Esgoto – FAE para a realização de investimentos, onde cada agente financiador contribuiria com 50%.

Nesta estrutura aos municípios cabia apenas delegar a gestão dos serviços às Companhias Estaduais, para poderem ser incluídos nos planos e terem acesso aos financiamentos do BNH. Destaca-se que a Constituição de 1967 mantém a autonomia municipal para a organização dos serviços de interesse local. Porém, o sistema era um forte incentivo para que concedessem os serviços às Companhias Estaduais. Nesse período a função de regulação era exercida pelo BNH, com uma abrangência bem maior do que apenas o controle de tarifas.

Nas décadas de 60 e 70 se aprofunda a estruturação do setor de saneamento básico com a criação do Sistema Financeiro de Saneamento – SFS, do Plano Nacional de Saneamento – PLANASA, e de entidades de caráter paraestatal ligadas aos poderes público estadual e federal. Essas entidades incorporaram as funções de regulação e prestação de serviços de saneamento básico através de maior centralização das políticas setoriais e transferência de grande parte da prestação dos serviços municipais para as Companhias Estaduais de Saneamento Básico – Cesbs. Esta estrutura se mantém estável até meados dos anos 80, desvinculada dos recursos hídricos regulamentados pelo Código das Águas.

Na década de 90 inicia a discussão de nova forma de regulação para o saneamento e recursos hídricos, com a busca de um modelo que possibilite a universalização dos serviços aliada à regulação. A perspectiva de diminuição da participação do poder público, na prestação de serviços e concessão a agentes privados, buscou um maior controle e cobrança pelo uso da água. Discutiu-se a criação de um novo marco regulatório com entes reguladores regionais e de um ente nacional, voltados para a questão dos recursos hídricos e saneamento básico. Como resultado dessas ações, no ano de 1997, foi instituída a Lei nº 9.433, responsável pela Política Nacional dos Recursos Hídricos e através da Lei nº 9.984 de 17 de julho de 2000 é

criada a Agência Nacional de Águas – ANA, entidade federal com a responsabilidade de implementar a Política Nacional de Recursos Hídricos e coordenar o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos.

Em 2007, com uma defasagem de dez anos em relação aos recursos hídricos, entra em vigor a Lei nº 11.445 que institui a Política Nacional de Saneamento Básico, que introduz a demanda da regulação, constituindo o marco legal para o setor e a retomada do planejamento setorial descentralizado, com a edição do Plano Nacional de Saneamento Básico – Plansab, publicado em 2014 e com previsão de ser revisado a cada quatro anos.

Em 15 de julho de 2020, o governo federal edita a Lei nº 14.026/2020 que atualiza o marco legal do saneamento básico e altera a Lei nº 9.984, de 17 de julho de 2000, para atribuir à Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico (ANA) competência para editar normas de referência sobre o serviço de saneamento, a Lei nº 10.768, de 19 de novembro de 2003, para alterar o nome e as atribuições do cargo de Especialista em Recursos Hídricos, a Lei nº 11.107, de 6 de abril de 2005, para vedar a prestação por contrato de programa dos serviços públicos de que trata o art. 175 da Constituição Federal, a Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007, para aprimorar as condições estruturais do saneamento básico no País, a Lei nº 12.305, de 2 de agosto de 2010, para tratar dos prazos para a disposição final ambientalmente adequada dos rejeitos, a Lei nº 13.089, de 12 de janeiro de 2015 (Estatuto da Metrópole), para estender seu âmbito de aplicação às microrregiões, e a Lei nº 13.529, de 4 de dezembro de 2017, para autorizar a União a participar de fundo com a finalidade exclusiva de financiar serviços técnicos especializados.

3 RELAÇÃO INTERINSTITUCIONAL DO SANEAMENTO NO BRASIL

Atualmente compete ao *Ministério do Desenvolvimento Regional*, através da Agência Nacional de Águas e Saneamento – ANA à titularidade das políticas públicas de saneamento, regulamentada pela Lei nº 11.445/07, e a lei complementar Lei nº 14.206/2020.

Além das competências do *Ministério do Desenvolvimento Regional* há uma forte interinstitucionalidade entre os Ministérios do Meio Ambiente, da Saúde e da Integração Nacional.

O *Ministério da Saúde* atua no setor de saneamento através da: Fundação Nacional da Saúde – FUNASA responsável pelo saneamento em municípios com população inferior a 50.000 habitantes, áreas rurais, quilombolas e áreas sujeitas a endemias; da Secretaria de Vigilância em Saúde que dispõe sobre o controle e vigilância da qualidade da água para consumo humano e seu padrão de potabilidade;

da Secretaria Especial de Saúde Indígena que atua em ações de vigilância e controle da qualidade da água para consumo humano nas aldeias e a Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA a quem cabe exercer a vigilância da qualidade da água nas áreas de portos, aeroportos e passagens de fronteiras terrestres.

Ao *Ministério de Integração Nacional* através de sua Secretaria de Infraestrutura Hídrica – SIH cabe gerir a execução de ações vinculadas aos Programas de Recursos Hídricos e Saneamento Básico¹. Além disso, a SIH executa ações que fazem parte do Programa de Gestão de Riscos e de Desastres.

A Secretaria de Infraestrutura Hídrica – SIH é orientada pela Política Nacional de Recursos Hídricos focada na problemática da carência de água para o consumo humano com reflexo na saúde pública, busca atuar em regiões com altos índices de mortalidade infantil e epidemias de doenças de veiculação hídrica. Atua em ações de gestão dos recursos hídricos, visando o fortalecimento das instituições e implementação de regras de governança capazes de gerir os estoques e fluxos de água, bem como da implantação de infraestrutura hídrica, compreendendo barragens, estações elevatórias, canais, adutoras e obras de macrodrenagem, que servem para a condução das águas captadas nas ruas, sarjetas e galerias. Dentre os programas geridos pela SIH está a elaboração do *Plano Nacional de Segurança Hídrica*², que visa definir critérios e intervenções em regiões com maior vulnerabilidade. Neste programa compete a ANA promover a articulação entre os órgãos fiscalizadores de barragens; (Incluído pela Lei nº 12.334/2010) - coordenar a elaboração do Relatório de Segurança de Barragens e encaminhá-lo, anualmente, ao Conselho Nacional de Recursos Hídricos – CNRH, de forma consolidada. (Incluído pela Lei nº 12.334/2010).

A SIH também conduz um programa dedicado à recuperação e manutenção das infraestruturas existentes. Com o objetivo de conservar suas capacidades funcionais, sua modernização e/ou ampliação e a segurança dos seus usuários, alinhado a Política Nacional de Segurança de Barragens – PNSB, definida na Lei nº 12.334, de 20 de setembro de 2010, que busca reduzir a possibilidade de acidentes relacionados ao rompimento de barragens.

4 MARCO REGULATÓRIO: a Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007

O marco regulatório da Política Nacional de Saneamento Básico, foi instituído a partir da Lei nº 11.445/2007, regulamentada pelo Decreto nº 7.217, de 21

¹ Disponível em: http://www.integracao.gov.br/c/document_library/get_file?uuid=85dc6839-9473-4067-ab78-2fb6186406da&groupId=10157.

² Disponível em: <http://www.brasil.gov.br/editoria/meio-ambiente/2014/08/governo-lanca-plano-nacional-de-seguranca-hidrica>.

de junho de 2010, que estabelece diretrizes nacionais para o setor, tendo como princípio fundamental a universalização e integralidade no acesso aos serviços. Amplia o conceito de saneamento básico e define os princípios da prestação dos serviços. Considera serviços de saneamento básico: “conjunto de serviços, infraestrutura e instalações operacionais de abastecimento de água potável, esgotamento sanitário, limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos e drenagem e manejo das águas pluviais” (**Art. 3º**).

No **Art. 9º** define que o *titular dos serviços* é responsável pela formulação da respectiva política pública de saneamento básico, devendo, elaborar os *planos de saneamento básico*, prestar diretamente ou delegar os serviços a terceiros, definir o regulador e fiscalizador conjuntamente com os procedimentos de sua atuação. Deve também garantir o atendimento as normas nacionais de potabilidade da água, estabelecer mecanismos de controle social e sistema de informações sobre os serviços, articulado com o Sistema Nacional de Informações em Saneamento.

O **Art. 11** define que são condições de *validade dos contratos* que tenham por objeto a prestação de serviços públicos de saneamento básico a existência de: plano de saneamento básico; de estudo comprovando a viabilidade técnica e econômico-financeira da prestação universal e integral dos serviços, nos termos do respectivo plano de saneamento básico; *normas de regulação que prevejam os meios para o cumprimento das diretrizes desta Lei, incluindo a designação da entidade de regulação e de fiscalização*; a realização prévia de audiência e de consulta pública sobre o edital de licitação, no caso de concessão, e sobre a minuta do contrato.

Ainda no **Art. 11 - § 3º** define que os contratos não poderão conter cláusulas que prejudiquem as atividades de regulação e de fiscalização ou o acesso às informações sobre os serviços contratados.

O **Art. 15** define quem pode exercer as atividades de regulação e fiscalização na prestação regionalizada de serviços públicos de saneamento básico, que são:

- I – por órgão ou entidade de ente da Federação a que o titular tenha delegado o exercício dessas competências por meio de convênio de cooperação entre entes da Federação, obedecido ao disposto no art. 241 da Constituição Federal;
- II – por consórcio público de direito público integrado pelos titulares dos serviços.

O **Art. 16** define quem poderá realizar a prestação regionalizada de serviços públicos de saneamento básico, a saber:

- I – órgão, autarquia, fundação de direito público, consórcio público, empresa pública ou sociedade de economia mista estadual, do Distrito Federal, ou municipal, na forma da legislação;
- II – empresa a que se tenham concedido os serviços.

No **Art. 48** são estabelecidas as diretrizes da política de saneamento básico que consistem em priorizar ações de equidade social e territorial no acesso ao saneamento básico; (...) *adotar a bacia hidrográfica como unidade de referência para o planejamento de suas ações*; implantar infraestrutura e serviços comuns a Municípios, buscando mecanismos de cooperação entre os mesmos.

O **Art. 52** define que a União elaborará, sob a coordenação do Ministério das Cidades: o *Plano Nacional de Saneamento Básico* – PNSB e os planos regionais de saneamento básico.

Os planos devem ser elaborados com horizonte de 20 (vinte) anos, avaliados anualmente e revisados a cada 4 (quatro) anos, preferencialmente em períodos coincidentes com os de vigência dos planos plurianuais.

No **Art. 53** é instituído o *Sistema Nacional de Informações em Saneamento Básico* – SINISA, com os objetivos de: coletar e sistematizar dados relativos às condições da prestação dos serviços; disponibilizar estatísticas, indicadores e outras informações relevantes para a caracterização da demanda e da oferta de serviços; permitir e facilitar o monitoramento e avaliação da eficiência e da eficácia da prestação dos serviços.

Em síntese a Lei nº 11.445/2007 preconiza a necessidade de: - elaboração dos Planos de Saneamento Básico nas três esferas governamentais; - submeter os prestadores dos serviços de saneamento básico a regulação; e – estabelecer o Sistema Nacional de Informações em Saneamento Básico – SINISA.

5 REGULAÇÃO APLICADA AOS SERVIÇOS DE SANEAMENTO BÁSICO

Em virtude de o saneamento básico constituir um serviço essencial sob regime de monopólio, a regulação deste setor deve ser bem estruturada a fim de garantir que os cidadãos não sejam privados do acesso ou paguem taxas excessivas pelos serviços prestados (BRITTO, 2001)³.

O Decreto nº 7.217/2010, **Art. 2º, Inc. II**, define:

³ BRITTO, A. L. N. P. A Regulação dos serviços de saneamento no Brasil: perspectiva histórica, contexto atual e novas exigências de uma regulação pública. In: **Encontro Nacional da ANPUR**. 9, 2001. Rio de Janeiro: Anais ANPUR, 2001, p. 1080-1093.

O termo regulação consiste em todo e qualquer ato, normativo ou não, que discipline ou organize um 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.

De acordo com GALVÃO JUNIOR e PAGANINI (2009)⁴. “O conceito de regulação é entendido como a intervenção do Estado nas ordens econômica e social com a finalidade de se alcançar eficiência e equidade, traduzidas como universalização na provisão de bens e serviços públicos de natureza essencial por parte de prestadores de serviço estatais e privados”.

De acordo com a Lei nº 11.445/2007, **Art. 22**, os *objetivos* da regulação são:

- I - estabelecer padrões e normas para a adequada prestação dos serviços e para a satisfação dos usuários;
- II - garantir o cumprimento das condições e metas estabelecidas;
- III - prevenir e reprimir o abuso do poder econômico, ressalvada a competência dos órgãos integrantes do sistema nacional de defesa da concorrência;
- IV - definir tarifas que assegurem tanto o equilíbrio econômico e financeiro dos contratos como a modicidade tarifária, mediante mecanismos que induzam a eficiência e eficácia dos serviços e que permitam a apropriação social dos ganhos de produtividade.

A regulação visa garantir que os serviços de saneamento básico obedeçam a um conjunto de obrigações de serviço público, que propiciem a universalidade de acesso aos serviços, com adequação em quantidade e qualidade, com continuidade e eficiência operacional, com adequação e equidade dos preços dos serviços.

Na Lei nº 11.445/2007, **Art. 21** são definidos os *princípios da função de regulação*:

- I - independência decisória, incluindo autonomia administrativa, orçamentária e financeira da entidade reguladora;
- II - transparência, tecnicidade, celeridade e objetividade das decisões.

A regulação dos serviços de saneamento básico envolve grande complexidade técnica e, justamente por isso, a Lei nº 11.445/2007 procurou assegurar

⁴ GALVÃO JUNIOR, A. C.; PAGANINI, W. S. Aspectos conceituais da regulação dos serviços de água e esgoto no Brasil. **Revista de Engenharia Sanitária e Ambiental**. v. 14, n. 1, p. 79-88, jan./mar. 2009.

que o ente de regulação exerça suas atribuições com independência em relação ao poder concedente e à empresa concessionária, a fim de garantir que as decisões estejam pautadas em critérios essencialmente técnicos e não políticos (ANDRADE; MAGALHÃES, 2016)⁵.

O modelo regulatório mais empregado é constituído por duas componentes a *regulação estrutural* dos setores que visa à contribuição para a organização, a regulamentação, a informação e a capacitação. E, a *regulação comportamental* dos operadores visa à regulação legal e contratual, econômica, de qualidade de serviço, de qualidade da água e da relação com os consumidores.

Segundo RIBEIRO (2017)⁶ o modelo de governo adotado deve ter capacidade para relacionar-se com o regulador (através dos procedimentos de regulação comportamental das entidades gestoras):

- Regulação legal e contratual;
- Regulação econômica;
- Regulação da qualidade do serviço;
- Regulação da qualidade da água para consumo humano;
- Regulação da interface com os utilizadores.

Para o exercício das atividades regulatórias, exige-se a criação de agências reguladoras independentes e autônomas que detenham *expertise* para monitorar as obrigações e metas dos contratos de concessão e do marco legal. Em face dos enormes desafios regulatórios, é fundamental serem as agências dotadas de estabilidade dos dirigentes, pessoal especializado, transparência das ações, clara atribuição de funções, e de mecanismos de cooperação com órgãos que tenham interface com as atividades reguladas (PIRES; PICCININI, 1999)⁷.

Cabe às agências regularem preços e seus mecanismos de atualização; quantidades ofertadas (grau de cobertura do serviço nas áreas urbanas e rurais), qualidade do produto ou serviço prestado.

⁵ ANDRADE, E.; MAGALHÃES, G.A. Regulação e controle dos serviços públicos de saneamento básico: agências reguladoras e controle social à luz da Lei n. 11.445/2007. **Revista do TCEMG**, Belo Horizonte, v. 34, n. 1, p. 84-102, jan./mar. 2016.

⁶ RIBEIRO, W. A. **Curso Supervisão da Regulação dos Serviços de Saneamento Básico: Eficiência e Sustentabilidade dos Prestadores de Serviço**. Brasília, Ministério das Cidades, 18-20 set. 2017.

⁷ PIRES, J. C. L.; PICCININI, M. S. **A regulação dos setores de infraestrutura no Brasil**. Rio de Janeiro: BNDES, 1999. p. 217- 260. Disponível em: http://www.bndes.gov.br/conhecimento/livro/eco90_07.pdf.

O Art. 23 da Lei nº 11.445/2007 define a *abrangência da entidade reguladora*, que editará normas relativas às dimensões técnica, econômica e social de prestação dos serviços, contemplando:

- I - padrões e indicadores de qualidade da prestação dos serviços;
- II - requisitos operacionais e de manutenção dos sistemas;
- III - as metas progressivas de expansão e de qualidade dos serviços e os respectivos prazos;
- IV - regime, estrutura e níveis tarifários, bem como os procedimentos e prazos de sua fixação, reajuste e revisão;
- V - medição, faturamento e cobrança de serviços;
- VI - monitoramento dos custos;
- VII - avaliação da eficiência e eficácia dos serviços prestados;
- VIII - plano de contas e mecanismos de informação, auditoria e certificação;
- IX - subsídios tarifários e não tarifários;
- X - padrões de atendimento ao público e mecanismos de participação e informação;
- XI - medidas de contingências e de emergências, inclusive racionamento;

Segundo WALD e MORAES (1999)⁸ “As competências conferidas aos entes regulatórios apresentam certas peculiaridades quanto à sua natureza e à sua extensão. A eles são conferidas as atribuições administrativas relacionadas à fiscalização dos serviços e ao cumprimento das condições ditadas pelos contratos de concessão, abrangendo desde o controle sobre a fixação de tarifas até as sanções de natureza disciplinar. Além das que têm por objeto a instituição de condutas competitivas, como mecanismo de estímulo à eficiência e forma de evitar os abusos do poder econômico. O quadro das competências atribuídas nos marcos regulatórios oferece uma ampla gama de poderes regulamentares, tanto em matéria de segurança e de procedimentos técnicos, medição e faturamento dos consumos, controle e uso de medidores, acesso a imóveis de terceiros e qualidade dos serviços prestados, quanto em matéria de aplicação de sanções”.

Os níveis territoriais possíveis da regulação encontrados podem ser: regulador nacional, reguladores regionais / estaduais ou reguladores municipais.

A regulação a nível nacional é a mais habitual nos países médios e pequenos geograficamente, a nível regional é a mais habitual nos países geograficamente grandes e a nível local é muito pouco habitual.

⁸ WALD, A.; MORAES, L. R. de. Agências reguladoras. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 36, n. 141, p. 143-172, jan./mar. 1999.

A regulação nacional em detrimento à regional e a local possui a vantagem de oferecer uma visão global do setor, uniformização de: regras, procedimentos e interpretações; de modelo regulatório; da capacidade regulatória; potencialização do *benchmarking* e diminuição do risco de captura com racionalização dos recursos regulatórios.

Para minorar as desvantagens da regulação regional face à nacional é necessário dotar de instrumentos institucionais e jurídicos, para possibilitar depreender uma visão global do setor e uniformização de regras, procedimentos e interpretações, de modelo regulatório e da capacidade regulatória.

Os modelos de regulação autorizados pela Lei nº 11.445/2007 são: a regulação por entes estaduais, por entes municipais e por consórcios de regulação. A principal vantagem do modelo regulatório estadual está na maior propensão a ganhos de escala e de escopo. Os ganhos de escala são decorrentes da amplitude de atuação do ente regulador dentro de um mesmo serviço público, enquanto os ganhos de escopo se referem à pluralidade de serviços regulados pelo mesmo ente (PLANSAB, 2014)⁹.

O modelo estadual permite a redução dos custos da regulação por serviço público e a existência de órgão colegiado de dirigentes, bem como a possibilidade de vencimentos compatíveis para o quadro técnico, sem forte impacto no valor das tarifas. Além, da troca de *expertise* adquirida entre os serviços públicos regulados para obtenção de resultados mais eficientes e céleres. Por outro lado, o distanciamento dos entes estaduais em relação ao serviço público e aos usuários acarreta a necessidade de previsão de mecanismos mais eficientes para garantir, para o primeiro, a eficiência e celeridade da regulação, e, para o segundo, o acesso à regulação pela sociedade.

Nesse sentido, e voltado para o setor de saneamento básico, o ente regulador pode dividir sua competência fiscalizadora com o Poder Executivo Municipal, deixando para este a inspeção direta e constante dos serviços (fiscalização direta), enquanto o ente ficará incumbido da fiscalização indireta e aplicação de penalidades. Também poderá ser dividida a competência de resolução de conflitos, quando os municípios poderão receber as solicitações de ouvidoria (reclamações, consultas, etc.) e encaminhá-las ao ente regulador. Para tanto, é necessário prever a criação de canal de comunicação específico entre o município e o ente regulador, bem como de um sistema de informações, para que esta possa monitorar remotamente os níveis de adequação dos serviços. Por fim, é preciso tomar os devidos cuidados em relação à independência, considerando o risco de influência do chefe do Poder Executivo Estadual sobre serviços que não seriam de sua titularidade (PLANSAB, 2014).

⁹ BRASIL, Ministério das Cidades. Secretaria Nacional de Saneamento Ambiental. **Plano Nacional de Saneamento Básico**: PLANSAB. Mais Saúde com Qualidade de Vida e Cidadania. Brasília: 2014. 220 p.

As vantagens do modelo regulatório municipal, se comparadas ao estadual, são as proximidades com o serviço público, a facilidade de fiscalização constante e a participação dos usuários no controle social. Em contrapartida, no que tange aos aspectos econômico-financeiro e técnico, a falta de escala e de escopo pode conduzir à inviabilidade da regulação. Ademais, baixos salários levam à baixa qualidade técnica da atividade da regulação, pela falta de interesse por parte do pessoal qualificado e pela forte influência do prestador de serviços. Com efeito, tal situação pode também se reproduzir no âmbito das entidades reguladoras estaduais. Em razão disso, é natural que os entes municipais venham a ser dirigidos por apenas um indivíduo, o que vai de encontro ao desenho regulatório já traçado, facilitando a captura e podendo configurar a gestão personalista, com efeitos na estabilidade do serviço. Assim, o ente regulador municipal poderia buscar formas de reduzir ou diluir os custos da regulação. Com efeito, ele pode valer-se da delegação de outros serviços públicos de municípios vizinhos (ganhos de escala), bem como outros serviços de titularidade municipal (ganhos de escopo). Cabe apenas observar os devidos cuidados para evitar a perda da proximidade com o serviço e com os usuários, que é sua principal vantagem, e a ingerência política de um município sobre serviços de outros municípios.

O consórcio público regulador é a inovação trazida pela Lei nº 11.445/2007, em matéria de arranjo institucional da regulação, e está previsto no capítulo referente à prestação regionalizada. Essa modalidade de gestão associada, ao lado da celebração de convênios de cooperação, está prevista constitucionalmente no **art. 241**, com a redação dada pela Emenda Constitucional no 19/98, e recentemente disciplinada na Lei Federal nº 11.107/2005 e seu Decreto nº 6.017/2007. O modelo consorciado para a regulação tem propensão a trazer as vantagens dos dois modelos já vistos, minimizando as desvantagens de cada um com uma forma intermediária de atuação. É necessário, nesse sentido, fazer projeção do tamanho do ente regulador, da área a ser abrangida, do escopo da regulação e dos custos incorridos.

É inegável que se trata de modelo recente, ainda com três experiências no País, em processo de institucionalização. O consórcio público, para ser instituído, necessita da edição de um grande número de documentos, entre eles as leis de criação dos entes a se consorciarem e os contratos de rateio, que disciplinarão os repasses financeiros para a entidade consorciada. Outros entraves previsíveis encontram-se na forma de escolha do quadro dirigente e do processo de decisões, que poderá gerar conflitos de caráter político, e na insegurança da continuidade do consórcio quando da ocorrência de mudanças de governo, em razão de seu caráter pactuado.

Cumprе destacar a situação em que o consórcio público regulador combina suas funções com as funções de prestação dos serviços públicos de saneamento básico. Deve se avaliar se, quando não é criado exclusivamente para exercer as atividades de

regulação e fiscalização, tenha sua independência decisória violada no próprio ato de criação do consórcio, devido à falta de isenção de ânimo na atividade decisória, que deve sempre estar voltada para o interesse público.

Por fim, permanece o desafio de se desenvolverem as bases para modelos regulatórios específicos para os serviços de limpeza pública e manejo de resíduos sólidos, guardando consonância com tudo que foi detalhado no Plano Nacional de Resíduos Sólidos - PNRS, bem como para manejo das águas pluviais urbanas, uma vez que toda a tradição da regulação concentra-se nos serviços de abastecimento de água potável e de esgotamento sanitário.

Experiências em sistemas de indicadores tem demonstrado grande complexidade na elaboração desta ferramenta, tanto no campo operacional quanto no gerencial. Por considerar que a construção do indicador envolve elaboração de normas, definição de metodologias, comunicação com a população, pré-requisitos operacionais, entre outros (...) (XIMENES, 2007)¹⁰.

Os serviços de saneamento básico caracterizam-se por serem insubstituíveis e possuem produtos heterogêneos com potenciais economias de escala, gama e processo. Possuem ativos criados para situações de ponta, de valor elevado e longa duração, com elevada imobilização. Também requerem longo período de recuperação do capital, com baixa elasticidade procura/preço (monopólios naturais ou legais), ou seja, a quantidade procurada é pouco sensível a variações do preço.

Este setor tem que enfrentar diversos desafios, com graus de complexidade diversos, que requerem soluções diferentes. Por exemplo, ao defrontar-se com construção de “novas” cidades há necessidade de reabilitação/reforço das zonas urbanas e de cobertura das zonas periurbanas e das zonas rurais.

O ciclo de vida destas infraestruturas é constituído por planejamento, concepção e projeto, construção, exploração e reabilitação.

As prioridades começam a centrar-se na gestão de ativos com a exploração e reabilitação dos sistemas.

A gestão patrimonial de infraestruturas tem um papel relevante na melhoria da política pública do setor e conseqüentemente no cumprimento dos objetivos de desenvolvimento sustentável.

¹⁰ XIMENES, M. M. de A. F. **A ABAR e a construção de instrumentos para a regulação.** ABAR: Regulação: Indicadores para a prestação de serviços de água e esgoto. 2.ed. / Alceu de Castro Galvão Júnior, Alexandre Caetano da Silva, Editores - Fortaleza: Expressão Gráfica e Editora Ltda., 2006.

6 O CENÁRIO ATUAL DO SETOR DE SANEAMENTO BÁSICO NO BRASIL

O lento avanço na execução de políticas públicas de saneamento básico no passado recente, incluído o baixo atendimento, a gestão ineficiente e a insustentabilidade técnica e econômica da maioria dos serviços, pode ser creditado, em grande parte, à falta de diretrizes normativas legais de âmbito nacional, que orientassem os entes federativos quanto à concepção jurídico-institucional e à organização e execução administrativa de suas políticas para esse setor essencial e de grande importância socioeconômica (PEIXOTO, 2013)¹¹.

O cenário descrito por PEIXOTO induziu a edição da Lei nº 11.445/2007, considerada o marco regulatório para o setor de saneamento básico com o objetivo de preencher a lacuna de ordenamento legal.

A partir da Lei nº 11.445/2007 que definiu a necessidade de elaborar os planos de saneamento básico nas três esferas governamentais, em 2014 foi concluído o Plano Nacional de Saneamento Básico – PLANSAB.

O Plano Nacional de Saneamento Básico – PLANSAB estabeleceu metas de curto, médio e longo prazos para a universalização dos serviços de saneamento básico no Brasil (para 2018, 2023 e 2033). Para abranger os quatro componentes do saneamento básico (abastecimento de água potável, esgotamento sanitário, manejo de resíduos sólidos e drenagem das águas pluviais urbanas), foram estabelecidos 23 indicadores para o país e suas cinco macrorregiões. Esses indicadores possuem metas progressivas de expansão e de qualidade dos serviços, que servirão para acompanhar a execução do Plano, tendo como referência o ano de 2010 (DIEESE, 2016)¹².

7 DISCUSSÕES

Ao longo da pesquisa sobre a regulação do setor de saneamento no Brasil, desde a sua origem na década de 30, passando pelo marco regulatório através da edição da Lei nº 11.445, de 05 de janeiro de 2007 até os dias atuais. Podem ser identificadas práticas arraigadas que vigoram e que podem se constituir em empecilhos na consecução das metas da Política Nacional de Saneamento Básico através do que preconiza o Plano Nacional de Saneamento Básico – PLANSAB, para atingir a universalização até o ano 2030.

¹¹ PEIXOTO, J. B. **Saneamento básico**: política, marco legal e instrumentos de gestão dos serviços. Fundação Vale. 2013. 16 p.

¹² DIEESE, Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos. Visão geral dos serviços de água e esgotamento sanitário no Brasil. **Estudos e Pesquisas**. Nº 82 – set. 2016.

Em 1967 o BNH diagnosticou problemas como:

ausência de recursos financeiros; aplicação dos recursos existentes, a fundo perdido, e de maneira pulverizada; ação mal coordenada de uma multiplicidade de órgãos, submetidos a interferências políticas e burocráticas; a atribuição aos municípios, elo mais fraco da estrutura político-administrativa, a tarefa de execução de obras de implantação e a exploração das redes, a inexistência de um sistema tarifário adequado e realista.

Decorridos mais de 50 anos deste diagnóstico, ele é muito atual, persistindo todos os problemas enumerados. Em alguns aspectos as dificuldades aumentaram com a introdução da legislação ambiental e a baixa qualidade técnica dos projetos. Portanto, mesmo disponibilizando recursos, que segundo agentes do governo federal existem, mas faltam projetos adequados, reforça a ideia de carência de qualificação técnica acompanhada de visão holística.

Discussões do cunho social e político sobre o saneamento se seria dever do Estado ou prestação de serviço, também serviram para polarizar posturas e/ou coalizões de interesses antagônicos, interferiram intensamente no desenho final das políticas e dificultaram o avanço da política nacional de saneamento. Os aspectos sociais, através de setores organizados, também implicaram em uma nova definição das relações com o Estado.

Além das discussões de cunho ideológico o setor de saneamento é constituído por diversos segmentos de representatividade reunidos em associações com posturas divergentes que acarretam entraves no avanço das políticas públicas.

A alta pulverização do setor e o elevado número de agentes envolvidos tornam ainda mais desafiador o desenvolvimento e a execução de políticas públicas. As mudanças estruturais precisam atingir e sensibilizar, por exemplo, os mais de cinco mil municípios brasileiros. Os municípios encontram, ainda, maiores dificuldades de capacitação e atração de pessoal técnico qualificado, dificultando um salto de qualidade e inovação nos serviços de saneamento (CNI, 2015)¹³.

Os sistemas de abastecimento de água e esgotamento sanitário ensejam investimentos vultosos nas obras de engenharia e ativos, que não podem ser removidos no término do período de concessão, além de haver a impossibilidade de escolha por parte do usuário, o que caracteriza um monopólio natural.

¹³ CNI. Confederação Nacional da Indústria. **Burocracia e Entraves ao Setor de Saneamento**. – Gerência Executiva de Infraestrutura. Gerente de Infraestrutura: Wagner Cardoso. Equipe: Ilana Ferreira e Danna Dias. Publicação da Confederação Nacional da Indústria. Brasília. 2015.

Esta questão configura mais uma polêmica em torno dos serviços de saneamento básico, servindo de argumento aos contrários à privatização, em contrapartida os favoráveis defendem que o setor privado possa buscar uma maior eficiência através de redução de perdas, custos e tarifas para o usuário final, que deva ocorrer no momento da concorrência e com a aplicação dos instrumentos regulatórios.

“Nos últimos anos, todos os monopólios naturais têm sido questionados. Quando públicos, pelas interferências políticas na gestão das empresas, pelas indefinições de fronteira entre produção e regulação, pela burocracia gerencial e captura de parcela significativa da renda monopolista pelos funcionários das empresas, etc.. Quando privados, pela ineficiência da regulação, principalmente decorrente da assimetria de informações, pelo abuso da posição monopólica e apropriação de renda excessiva, além do risco de captura dos reguladores pelas empresas” (PEREIRA, 1998)¹⁴.

A questão da indefinição da fronteira entre a produção e regulação só existirá se a regulação implantada não atender os princípios que a regem. O modelo regulatório do brasileiro se constitui em desafios para a independência das agências reguladoras, pelo risco da captura dos reguladores, tanto por empresas privadas como públicas, da mesma forma a assimetria das informações existem em ambas.

De acordo com ALVES (2015)¹⁵ “As atividades regulatórias estão sob risco constante de desviar do foco no interesse público. A teoria da captura indica soluções para afastar influências externas de particulares (captura econômica) e do próprio setor público (captura política)”.

RANDALL (1987)¹⁶ afirma que serviços tipicamente providos por agências públicas ou regulados pelo Estado possuem essas características de monopólio natural. Assim, quando a máxima eficiência produtiva exige a presença de um produtor único, o governo deve garantir que empresas não utilizem seu poder monopolista tanto para gerar lucros excessivos, quanto para restringir quantidade e qualidade dos serviços providos.

A questão do lucro excessivo não existe no setor de saneamento básico, por se tratar de um serviço de infraestrutura que afeta a saúde pública com forte apelo social, onde são praticadas tarifas cruzadas pelas Companhias Estaduais de

¹⁴ PEREIRA, D. S. P. *et al.* Instrumentos para regulação e controle da prestação dos serviços de saneamento. In: **Série Modernização do Setor Saneamento**, 10. Brasília: Ministério do Planejamento e Orçamento, Secretaria de Política Urbana/IPEA. 1998 b

¹⁵ ALVES, R. J. R. O modelo regulatório do Brasil e a Teoria da Captura desafios para a independência das agências reguladora. **Revista Eletrônica Jus.com.br**. 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/40743>. Acesso em: 22 ago. 2018.

¹⁶ RANDALL, A. **Resource economics**: an economic approach to natural resource and environmental policy. 2. ed. New York: John Wiley & Sons, 1987. 434 p.

Saneamento Básico - Cesbs para beneficiar sistemas inviáveis técnica economicamente. O que gera por parte de Municípios autossuficientes seu desligamento das Companhias Estaduais de Saneamento Básico – Cesbs, agravando as dificuldades financeiras das Companhias bem como a possibilidade de ampliação da cobertura. É necessário que se busque um modelo que propicie a universalização aliada à saúde financeira das companhias de saneamento. A discussão em torno da privatização ou parcerias público-privada está polarizada por diferentes associações representando seus respectivos interesses. O argumento mais discutível sobre a privatização, através de chamada pública, é justamente sobre a possível falta de interesse por parte das empresas privadas em operar sistemas deficitários.

8 CONCLUSÕES

A regulação é importante instrumento para a avaliação dos serviços, especialmente quanto à sua eficiência e eficácia.

A boa atuação do regulador aumenta a economicidade e a eficácia do gasto federal em saneamento.

Destaca-se que a regulação forte é um inibidor de empresas sem a devida qualificação para atuar no setor, ou seja, a partir de uma regulação séria e bem estruturada estará se propiciando serviços de acordo com os preceitos do marco regulatório, sejam eles públicos ou privados.

A exemplo das experiências internacionais se faz necessária uma coordenação a nível federal assumida pela ANA em 2020, para uniformizar procedimentos regulatórios, coordenar e alimentar informações sobre as atividades regulatórias, imprescindíveis para o planejamento e gestão dos serviços de saneamento.

A questão da titularidade municipal para municípios de pequeno porte, foram criadas alternativas em blocos, porém os arranjos que estão sendo definidos não preponderam critérios técnicos, que são imprescindíveis para otimizar recursos e efetividade de atendimento.

O estado da arte da regulação do setor de saneamento básico no Brasil apresenta um panorama de dificuldades e entraves, primeiro por se tratar de uma atividade ainda pouco conhecida e em fase de implantação; ocasionado por práticas arraigadas; falta de independência, com visível influência entre reguladores e regulados. Segundo, pela forma como vem sendo conduzida através de agências multissetoriais com ênfase na regulação econômica e social, em detrimento da regulação técnica operacional. As agências multissetoriais originalmente não atuavam no setor de saneamento e foram se adaptando para tal, porém com quadro técnico insuficiente e com um grau de conhecimento aquém do exigível para uma regulação adequada.

Outra fragilidade da regulação técnica operacional é a sua dependência em relação aos Planos Municipais de Saneamento Básico, que muitas vezes não correspondem às necessidades que demandaram a sua elaboração.

Sugere-se que a obrigatoriedade da existência do Plano Municipal de Saneamento Básico para submeter os serviços de saneamento a regulação, em primeiro momento deveria ser dispensado, uma vez que a atividade regulatória pode propiciar um diagnóstico mais preciso dos serviços e servir de instrumento de planejamento quando da elaboração do plano.

A GESTÃO DOS RESÍDUOS SÓLIDOS E A SUA SUSTENTABILIDADE ECONOMICO-FINANCEIRA NO MARCO REGULATÓRIO DE SANEAMENTO BÁSICO

MANAGEMENT OF SOLID WASTE AND ITS ECONOMIC AND FINANCIAL SUSTAINABILITY IN THE REGULATORY FRAMEWORK OF BASIC SANITATION

Sebastião Sérgio da Silveira *

Marcelo Rodrigues Mazzei *

RESUMO: O presente trabalho objetiva analisar a regulação instituída pelo Marco Regulatório de Saneamento Básico quanto à contraprestação remuneratória do serviço de manejo de resíduos sólidos urbanos, como forma de garantir uma sustentabilidade econômico-financeira que permita a manutenção e expansão dos serviços visando à universalização do acesso.

Palavras-chave: Resíduos Sólidos. Sustentabilidade econômica. Remuneração. Taxa. Universalização.

ABSTRACT: This paper aims to analyze the regulation established in the Basic Sanitation Regulatory Framework regarding the remuneration of the urban solid waste management service to ensure economic and financial sustainability that allows the maintenance and expansion of services aimed at universal access.

Keywords: Solid Waste. Economic sustainability. Remuneration. Tax. Universalization.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 A sustentabilidade econômica como pilar da universalização do serviço de manejo de resíduos sólidos na Lei nº 14.026/2020. 3 A

* Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo. Professor Titular e Coordenador do Curso de Pós-Graduação (Doutorado e Mestrado) em Direitos Coletivos e Cidadania da Universidade de Ribeirão Preto (UNAERP) e Professor Doutor do Departamento de Direito Público da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto (FDRP-USP). Pós-Doutor pela Universidade de Coimbra (Portugal), Doutor e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

* Procurador do Município de Ribeirão Preto-SP. Doutorando e Mestre em Direitos Coletivos e Cidadania pela Universidade de Ribeirão Preto-SP. Especialista em Processo Civil.

taxa e a tarifa como instrumento de cobrança do serviço de manejo de resíduos sólidos: Tema 903 do STF (RE nº 847.429). 4 Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

O marco regulatório de saneamento básico reformulado pela Lei nº 14.026/2020 tem como premissa básica o estabelecimento de metas de universalização do acesso aos serviços integrados de saneamento básico como forma de o Estado¹ garantir na prática os direitos fundamentais da população², em especial o direito à dignidade, o direito à saúde, o direito à moradia e ao direito saneamento básico adequado³.

A Assembleia da ONU em julho de 2010, através da Resolução A/RES/64/292, declarou a água limpa e segura e o saneamento básico um direito humano essencial para gozar plenamente a vida e todos os outros direitos humanos. Posteriormente, a Resolução nº 15/9 do Conselho de Direitos Humanos da ONU proclama o direito à água e saneamento básico como exigíveis legalmente para os Estados, que devem mediante instrumentos buscar a gradual concretização do acesso seguro à água e implantação de saneamento básico adequado.

Atualmente, dentre os 17 objetivos de desenvolvimento sustentável, a ONU previu como sexto objetivo assegurar a disponibilidade e gestão sustentável da água e saneamento básico universal, estabelecendo como meta até 2030 o acesso a

¹ “Se o Estado renunciasse à atividade prestacional no âmbito dos direitos fundamentais, surgiria uma ‘negatividade do real’. (...) No Estado prestacional, são criados instrumentos para um desenvolvimento geral de interesses por meio dos direitos fundamentais. (...) Se o – eficiente – Estado prestacional não existe nenhuma possibilidade ou realidade de direitos fundamentais. (...) O Estado prestacional, promotor dos direitos fundamentais, é a resposta ao déficit de direitos fundamentais sociais”. (HÄBERLE, Peter. **Direitos Fundamentais no Estado Prestacional**. Tradução: Fabiana Okchstein Kelbert e Michael Dietmar Donath. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021. p. 59-65).

² “La radicación en la Constitución de la garantía relativa al sí y quid de los derechos sociales permite afirmar que la discrecionalidad del legislador por lo que se refiere al cómo y al cuándo no es en absoluto plena e incuestionable” (BALDASSARRE, Antonio. **Los derechos sociales**. Tradução: Santiago Perea Latorre. Peru: Universidad Externado de Colombia, 2001. p. 197)

³ “O saneamento básico, tal como refere Chagas Pinto, opera como uma campo de atuação adequado ao combate simultâneo da pobreza e da degradação do ambiente, de modo que a efetividade dos serviços de abastecimento de água e de esgotamento sanitário integra, direta ou indiretamente, o âmbito normativo de diversos direitos fundamentais (mas especialmente dos direitos sociais), como o direito à saúde, o direito à habitação decente, o direito ao ambiente, o ‘emergente’ direito à água (essencial à dignidade humana), bem como, em casos mais extremos, também o direito à vida” (SARLET, Ingo Wolfgang e FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito Constitucional Ambiental**: constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente, 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 132-133).

saneamento e higiene adequados e equitativos para todos, com atenção especial para as mulheres, jovens e pessoas em situação de vulnerabilidade.

Diante dessas metas de ampliação, o marco regulatório de saneamento básico prevê instrumentos de garantia da universalização dos serviços públicos de saneamento, com especial ênfase à essencialidade do equilíbrio econômico que garanta o cumprimento das metas de universalização do acesso aos serviços através da cobertura financeira que possibilite a capacidade de investimentos por parte do Poder Público e por parte dos entes particulares prestadores do serviço.

A instrumentalização da sustentabilidade econômica que garanta a manutenção e investimentos de universalização dos serviços passa obrigatoriamente pela regulação de modelos de cobrança da contraprestação devida pela fruição desses serviços.

O marco regulatório de saneamento básico estabelece expressamente os instrumentos da taxa e tarifa como meios de cobrança para sustentação financeira dos investimentos para manutenção e ampliação da rede de infraestrutura existente.

Especificamente quanto ao serviço de manejo de resíduos sólidos⁴, que é o principal escopo deste estudo, tem-se que conforme dados fornecidos no 18º Diagnóstico do Manejo de Resíduos Sólidos Urbanos⁵ (2019) disponível no sistema nacional de informações sobre saneamento do Ministério do Desenvolvimento Regional (SNIS), onde 3.712 Municípios participaram, é possível ver que 92,1% dos domicílios na área urbana desses Municípios foram atendidos por algum tipo de coleta de resíduos sólidos.

Houve, porém, retração do número de domicílios atendidos de 2018 a 2019, com déficit de aproximadamente 157 mil domicílios que passaram a não ser atendidos pelo serviço de manejo de resíduos sólidos urbanos.

Quanto aos métodos e instrumento, tem-se uma diversidade na cobrança, que ocorre em sua maioria através da instituição de taxa cobrada no mesmo documento que o Imposto Predial e Territorial Urbano (83,3%). Aproximadamente 11,11% dos Municípios cobram a taxa de manejo de resíduos sólidos urbanos no mesmo documento de cobrança do serviço de água e esgoto, sendo que apenas 5,3% dos Municípios utilizam documento exclusivo (5,3%). A cobrança por tarifa correspondente somente a 0,2% dos Municípios.

⁴ “A despeito de seu relevante papel na tutela do meio ambiente e do bem-estar social, o adequado tratamento e manejo dos resíduos sólidos insere-se entre os setores de infraestrutura que mais severamente se ressentiram de políticas públicas eficientes, durante muitos anos, no Brasil” (BICALHO, Alécia Paolucci Nogueira. Resolutividade das políticas públicas de resíduos sólidos por gestão associada via Parceria Público-Privada. In: MILARÉ, Édís *et al.* (coord.). **Infraestrutura no Direito do Ambiente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 388).

⁵ BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Regional. **Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento: 18º Diagnóstico do Manejo de Resíduos Sólidos Urbanos – 2019**. Brasília: SNS/MDR, 2020. Acesso em: 10 out. 2021. Disponível em: www.snis.gov.br. Acesso em: 22 jul. 2021.

Esses números são importantes para se estabelecer não somente a estimativa de investimentos para ampliação dos serviços de saneamento básico por Região do Brasil, mas também para concluir a correlação inerente entre a cobrança pelo serviço e a sua universalização.

A Região Nordeste é a região com menor índice de Município que implantaram a cobrança do serviço de manejo de resíduos sólidos (7,8%), sendo consequentemente a região com maior déficit de atendimento à população. Do outro lado, a Região Sudeste é a que apresentou maior número de domicílios atendidos pelo serviço de manejo de resíduos sólidos, sendo a região que mais Municípios cobram pelo serviço (84%).

Nesse contexto é importante analisar como as disposições normativas introduzidas pela Lei nº 14.026/2020 se relacionam com a devida sustentabilidade econômica necessária ao Poder Público ou os seus delegatários, justamente para garantir a manutenção e a ampliação do serviço de manejo de resíduos sólidos e o cumprimento das metas de universalização estabelecidas no marco regulatório do saneamento básico.

2 A SUSTENTABILIDADE ECONÔMICA COMO PILAR DA UNIVERSALIZAÇÃO DO SERVIÇO DE MANEJO DE RESÍDUOS SÓLIDOS NA LEI Nº 14.026/2020

O art. 29 da Lei nº 11.445/2007 (com redação da Lei nº 14.026/2020) é expresso ao assegurar aos serviços públicos de saneamento básico a sustentabilidade econômico-financeira por meio da remuneração pela cobrança dos serviços⁶, estabelecendo em seu inciso II que os serviços de limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos será remunerado por taxa, tarifa ou outros preços públicos decorrentes do regime de prestação do serviço ou de suas atividades.

Como forma de por em prática essa remuneração pelos serviços, o art. 35, § 2º da Lei nº 11.445/2007 (com redação da Lei nº 14.026/2020), estabelece que a não proposição de instrumento de cobrança pelo titular do serviço de limpeza urbana e de manejo de resíduos sólidos, no prazo de 12 (doze) meses de vigência da lei⁷

⁶ “Para a efetivação da universalização dos serviços há também um importante componente a ser considerado, a disciplina adequada sobre a cobrança pela prestação dos serviços de saneamento, que permita, de um lado, a eficiência e sustentabilidade econômica (artigo 2º, VII), ao passo que a cobrança seja acessível, solidária e equilibrada em vista a capacidade contributiva do indivíduo (art. 3º, VII)” (AURÉLIO, Bruno e SILVA, Renan Sona. Sustentabilidade econômica e social. *In*: DAL POZZO, Augusto Neves (Coord.). **O novo marco regulatório do saneamento básico**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 479-497).

⁷ Publicada em 16.07.2020.

configurará renúncia de receita e exigirá a comprovação de atendimento, pelo titular do serviço, do disposto no art. 14 da Lei Complementar nº 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal), observadas as penalidades constantes da referida legislação no caso de eventual descumprimento.

Essa disposição normativa é clara ao compelir o titular do serviço público de manejo de resíduos sólidos, sob pena de configuração de renúncia de receita, a proporem instrumentos de cobrança pelo serviço (taxa ou tarifa), dentro do prazo fixada (12 meses a partir da vigência da lei), como forma de garantir a sustentabilidade econômica do ciclo prestacional do serviço, incluindo a manutenção da infraestrutura e a universalização do acesso (garantia de investimentos)⁸.

A redação do art. 35, § 2º dá margem a alguns questionamentos. O primeiro é quanto a terminologia empregada de “não-proposição” de instrumento de cobrança pelo titular do serviço de limpeza urbana e de manejo de resíduos sólidos.

Por “não-proposição” dá-se a ideia de que não é necessária a efetiva cobrança dentro do prazo fixado de 12 meses, bastando para não caracterizar renúncia de receita a proposição do instrumento de cobrança, mesmo que não ocorra a efetiva cobrança no período fixado. Assim, com relação à taxa, por exemplo, que depende da observância obrigatória dos princípios limitadores da tributação, como a legalidade e a anterioridade comum e nonagesimal, basta ao Poder Executivo promover o mero encaminhamento de projeto de lei ao Poder Legislativo dentro do prazo fixado para descaracterizar a renúncia de receita, uma vez que há limitação constitucional do início da cobrança efetiva da taxa, sujeita aos princípios constitucionais de limitação ao poder estatal de tributar.

⁸ “Todas essas disposições trazidas pela Lei 14.026/2020 ao Marco Legal do Saneamento Básico representam inequivocamente a preocupação em assegurar aos prestadores a remuneração adequada, de modo a propiciar os investimentos e melhorias necessárias (e muito urgentes) no sistemas de infraestrutura e em sua operação, de forma equilibrada e racional para o usuário, para o próprio prestador, bem como para o orçamento público, que deve ser desonerado de gastos que podem ser devidamente remunerados por meios de cobrança próprios” (GUREVICH, Eduardo Isaías e ROSA, Vanessa. Remuneração dos Serviços. *In*: OLIVEIRA, Carlos Roberto de e GRANZIERA, Maria Luiza Machado (Org.). **Novo Marco do Saneamento Básico no Brasil**. Indaiatuba: Editora Foco, 2021. p. 146-147).

Quanto à tarifa, tem-se que ela não ostenta natureza tributária⁹, caracterizando-se como contraprestação pelo uso facultativo e efetivo de determinado serviço, não havendo que se falar em “tarifa compulsória” ou em “taxa facultativa”¹⁰.

Por não ostentar natureza tributária, a não instituição de tarifa na forma do art. 35, § 2º não poderá configurar renúncia de receita para fins de incidência do art. 14 da Lei de Responsabilidade Fiscal, que não é aplicável a débitos não-tributários. A renúncia de receita tratada pelo art. 14 da Lei de Responsabilidade Fiscal deve ser entendida como “a desistência do direito sobre determinado tributo, por abandono ou desistência expressa do ente federativo competente para sua instituição”¹¹.

Ainda existe outro questionamento que merece destaque. A Lei nº 11.445/2007 - que é lei ordinária - não poderia equiparar renúncia de receita não tributária (tarifa) à renúncia de receita tributária, conforme expressamente previsto no caput do art. 14 da Lei de Responsabilidade Fiscal - que é lei complementar -, pois se assim atuasse, estaria ferindo o devido processo legislativo ao alterar texto de lei complementar através de lei ordinária. Inexiste hierarquia entre lei ordinária e lei complementar¹², devendo o conflito ser resolvido através da matéria e da competência determinada expressamente para cada espécie legislativa¹³.

⁹ “Configurando-se determinada contraprestação como preço público, segue as regras que regulamentam o respectivo setor, conforme o regime legal, mas não às limitações e institutos próprios dos tributos. Qualificando-se como taxa, cobrada compulsoriamente por força da prestação de serviço público de utilização compulsória do qual o indivíduo não possa abrir mão, sua exigência está sujeita às limitações constitucionais ao poder de tributar (art. 150 da CF: legalidade, isonomia, irretroatividade, anterioridade, vedação do confisco) e às normas gerais de direito tributário (CTN), ou seja, ao regime jurídico tributário” (PAULSEN, Leandro **Curso de direito tributário completo**. 11ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. Livro digital - E-pub).

¹⁰ MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 85.

¹¹ VALDER DO NASCIMENTO, Carlos; MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). **Comentários à Lei de Responsabilidade Fiscal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 228-229.

¹² “Contribuição social sobre o faturamento - COFINS (CF, art. 195, I). 2. Revogação pelo art. 56 da Lei 9.430/96 da isenção concedida às sociedades civis de profissão regulamentada pelo art. 6º, II, da Lei Complementar 70/91. Legitimidade. Inexistência de relação hierárquica entre lei ordinária e lei complementar. Questão exclusivamente constitucional, relacionada à distribuição material entre as espécies legais. Precedentes. 4. A LC 70/91 é apenas formalmente complementar, mas materialmente ordinária, com relação aos dispositivos concernentes à contribuição social por ela instituída. ADC 1, Rel. Moreira Alves, RTJ 156/721. 5. Recurso extraordinário conhecido mas negado provimento”. (STF, RE 377457, Relator(a): Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 17/09/2008. Tema nº 71 de Repercussão Geral)

¹³ “O Plenário do Supremo Tribunal Federal considerou constitucional o art. 56 da Lei nº 9.430/1996, que revogou o art. 6º, II, da Lei Complementar 70/1991. Decidiu-se que inexiste hierarquia entre lei complementar e lei ordinária em matéria tributária, uma vez que a reserva para utilização do instrumento legislativo previsto no art. 59, II, da Constituição é definida em razão da

Cabe ressaltar que a competência residual é relegada à lei ordinária e a competência explícita para a lei complementar¹⁴ (*numerus clausus*), sendo que esta última somente será necessária quando expressamente constante na Constituição Federal, Estadual ou na Lei Orgânica do Município. Não pode o legislador, em matérias que a Constituição Federal reservou a regulamentação à lei complementar - estabelecendo, consequentemente, quórum legislativo mais rígido - a opção pela regulamentação por lei ordinária, que possui quórum legislativo menor.

O art. 163, inciso I da Constituição Federal reserva à lei complementar dispor sobre finanças públicas, sendo que o art. 165, § 9º, inciso II reserva à lei complementar estabelecer normas de gestão financeira e patrimonial da administração direta e indireta. Essas matérias, reservadas à lei complementar, abarcam a renúncia de receita, que está inserida no campo da gestão financeira da Administração Pública.

Há na Constituição Federal clara reserva à lei complementar para dispor sobre renúncia de receita financeira, que se encontra regulamentada no art. 14 da Lei Complementar nº 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal), não podendo o legislador, por meio de lei ordinária (Lei nº 14.026/2020), ampliar o alcance da norma contida no caput do art. 14 para equiparar a renúncia de receita não-tributária (tarifa) à renúncia de receita tributária. Essa interpretação esbarra na inconstitucionalidade por vício formal em decorrência da ofensa ao devido processo legislativo, pois há da usurpação por lei ordinária da regulamentação de matéria reservada constitucionalmente à lei complementar.

Ultrapassadas essas questões, reforçando a obrigatoriedade da cobrança para remuneração do serviço de manejo de resíduos sólidos, a Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico (ANA), responsável pela instituição de normas de referência para regulação dos serviços de saneamento básico (art. 1º da Lei nº 9.984/2000), que são de

matéria (art. 146 da Constituição). 2. Agravo regimental a que se nega provimento. (STF, RE 558780 AgR, Relator(a): Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 07/04/2015).

¹⁴ “De há muito se firmou a jurisprudência desta Corte no sentido de que só é exigível lei complementar quando a Constituição expressamente a ela faz alusão com referência a determinada matéria, o que implica dizer que quando a Carta Magna alude genericamente a “lei” para estabelecer princípio de reserva legal, essa expressão compreende tanto a legislação ordinária, nas suas diferentes modalidades, quanto a legislação complementar”. (STF, ADI 2028 MC, Relator(a): Moreira Alves, Tribunal Pleno, julgado em 11/11/1999).

observância obrigatória pelas entidades reguladoras¹⁵ escolhidas pelo titular do serviço¹⁶ (arts. 22, 23 e 25-A da Lei nº 11.445/2007) - especialmente para obter financiamentos com recursos públicos federais (art. 50, inciso III da Lei nº 11.445/2007) - publicou a Resolução ANA nº 79 de 14 de junho de 2021, que aprovou a Norma de Referência nº 01, Que dispõe sobre o regime, a estrutura e parâmetros de cobrança pela prestação do serviço público de manejo de resíduos sólidos urbanos (SMRSU).

O item 6.1.3 da Resolução ANA nº 79 de 14 de junho de 2021, que aprovou a Norma de Referência nº 01, estabelece que se até a data de 31 de dezembro de 2021 não houver o instrumento de cobrança definido no contrato de concessão ou por Decreto do Poder Público titular do serviço, a entidade reguladora do Serviço de Manejo de Resíduos Sólidos Urbano (SMRSU) deve consultar o titular ou a estrutura de prestação regionalizada quanto à sua intenção de instituí-lo. Caso, após 60 dias, não haja resposta ou ela seja negativa, a entidade reguladora do SMRSU, que possuir atribuição legal, deve definir a tarifa do SMRSU, seguindo as diretrizes desta Norma de Referência.

Quanto aos contratos que tenham por objeto a prestação de serviços públicos de saneamento básico, é condição de validade a estipulação de condições de sustentabilidade e equilíbrio econômico-financeiro da prestação dos serviços em regime de eficiência, incluindo o sistema de cobrança e a composição de taxas e tarifas e seu sistemático reajuste (art. 11, inciso IV, alíneas “a” e “b” da Lei nº 11.455/2007).

Como visto, há uma ampla normatização que compele o titular do serviço de manejo de resíduos sólidos a instituir o devido instrumento de cobrança do serviço, justamente para reforçar a correlação entre a universalização do acesso ao serviço (metas progressivas e graduais de expansão dos serviços) e seu efetivo custeio, em uma clara concepção de responsabilidade¹⁷ social onde somente com o pagamento da

¹⁵ “As agências reguladoras são órgãos autônomos e independentes de Direito Público, criadas por lei específica, de natureza autárquica especial, que desempenham a função reguladora, derivada do poder estatal, de atividades concedidas, permitidas ou autorizadas à iniciativa privada, mediante procedimentos administrativos. A natureza jurídica das agências reguladoras no Brasil pode se resumir em: regulação, promoção; fiscalização, sanção, juízo administrativo ou arbitragem; ouvidoria e divulgação” (GUERRA, Glauco Martins. *Agências Reguladoras no Brasil: Princípio da Legalidade e Regulação*, 2ª ed. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (coord.). **Direito regulatório**: temas polêmicos. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 320).

¹⁶ Independentemente da prestação direta do serviço pelo titular, delegação ou concessão do serviço, deverá o titular do serviço definir uma entidade reguladora, que será responsável pela regulação e fiscalização da prestação do serviço de manejo de resíduos sólidos urbanos (art. 8º, § 5º e art. 9º, inciso II da Lei nº 11.445/2007).

¹⁷ “O clamor pelo desincentivo aos direitos e o incentivo às responsabilidades é menos útil do que pretendem os que a ele se dedicam, pois dá a impressão de que o balanço entre direitos e responsabilidades é um jogo de soma zero: um aumento num lado acarreta automaticamente uma diminuição no outro. Obscurece-se assim o fato essencial de que, no sistema jurídico norte-americano, os direitos são serviços públicos que o Estado deve fornecer e pelos quais

contraprestação devida é que será possível manter a sustentabilidade econômica que permita o acesso a todos quanto a esses serviços¹⁸.

3 A TAXA E A TARIFA COMO INSTRUMENTOS DE COBRANÇA DO SERVIÇO DE MANEJO DE RESÍDUOS SÓLIDOS: Tema 903 do STF (RE nº 847.429)

A taxa, tarifa e outros preços públicos são os instrumentos jurídicos previstos no art. 29 da Lei nº 11.445/2007 para assegurar aos serviços públicos de saneamento básico a sustentabilidade econômico-financeira por meio da remuneração pela cobrança dos serviços.

A taxa é tributo, sendo sujeito às regras e aos princípios de limitação do poder de tributar¹⁹ (art. 150, incisos I e III, alíneas “a”, “b” e “c” da Constituição Federal), como os princípios da irretroatividade, legalidade estrita e anterioridade (comum e nonagesimal). O fato gerador da taxa é a utilização, efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível²⁰ (art. 145, inciso II da Constituição Federal e arts. 77 a 79 do Código Tributário Nacional).

deve prestar contas, em troca dos tributos responsavelmente pagos pelos cidadãos comuns. Se essas responsabilidades entrassem em colapso, os direitos são seriam protegidos. O intercâmbio entre direitos iguais e cooperação social é um dos elementos essenciais das políticas liberal-democrática. Os direitos sintetizam a atuação do governo responsável e da cidadania bem informada. O fato de esses direitos terem seus custos demonstra que eles dependem de algo que podemos chamar de ‘virtude cívica’. Os norte-americanos só possuem direitos na medida em que, no conjunto, se comportam como cidadãos responsáveis” (HOLMES, Stephen e SUSTEIN, Cass Robert. **O custo dos direitos**: por que a liberdade depende dos impostos. Tradução: Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019. p. 122).

¹⁸ SUNSTEIN, Cass Robert. **Las cuentas pendientes del sueño americano**: Por qué los derechos sociales y económicos son más necesarios que nunca. Tradução: Ana Bello. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2018. p. 234.

¹⁹ SOARES DE MELO, José Eduardo. **Contribuições sociais no Direito Tributário**, 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 57.

²⁰ O conceito de serviço divisível e específico também é importante para diferenciar o serviço público *stricto sensu* e a atividade de infraestrutura: “A postulação do princípio da inespecificidade caminha em uníssono com a do princípio da indivisibilidade. Novamente, por contraposição: serviços públicos em sentido estrito são serviços específicos e divisíveis. São prestados a um destinatário certo ou, aos menos, identificável. Atividades de infraestrutura são indivisíveis e, a reboque, inespecíficas: são destinadas à coletividade em geral, a toda a sociedade, não sendo relevante identificar a quantidade efetiva de serviço usufruído pelo particular” (DAL POZZO, Augusto Neves. **O Direito Administrativo da Infraestrutura**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2020. p. 168).

A Súmula Vinculante nº 19²¹ preconiza que a taxa cobrada exclusivamente em razão dos serviços públicos de coleta, remoção e tratamento ou destinação de lixo ou resíduos provenientes de imóveis, não viola o artigo 145, II, da Constituição Federal.

Quanto à base de cálculo da taxa de manejo de resíduos sólidos, o Supremo Tribunal Federal consolidou o entendimento através da Súmula Vinculante nº 29²² de que é possível a utilização de elementos típico da base de cálculo de impostos, desde que não exista a integral coincidência entre eles. É possível, portanto, a utilização da metragem do imóvel (que integra a base de cálculo do IPTU) como elemento da base de cálculo da taxa de manejo de resíduos sólidos²³.

Pela atual redação do art. 35 da Lei nº 11.455/2007, complementada pelo item 5.4.1.2 da Resolução ANA nº 79 de 14 de junho de 2021 (Norma de Referência nº 01), a taxa (base de cálculo) e a tarifa (matriz), instituídas como contraprestação do serviço de manejo de resíduos sólidos, poderão utilizar na sua estrutura remuneratória as características dos lotes e as áreas que podem ser neles edificadas (dimensões dos lotes, área construída e outros parâmetros construtivos), o peso ou o volume médio coletado por habitante ou por domicílio, o consumo de água e a frequência da coleta.

Independentemente do modelo de cobrança instituído (taxa ou tarifa), o *caput* do art. 35 da Lei nº 11.455/2007 determina que serão considerados no valor fixado a destinação adequada dos resíduos coletados e do nível de renda da população da área atendida (calculado de forma isolada ou combinada).

A Resolução ANA nº 79 de 14 de junho de 2021 (Norma de Referência nº 01) estabelece que para definição do nível de renda poderá ser utilizado como parâmetros, dentre outros, o bairro ou região do imóvel e a inscrição do usuário no cadastro único para programas sociais (item 5.4.1.1).

O *caput* do art. 35 acertadamente deixa claro a aplicação do princípio da capacidade contributiva²⁴ à taxa de manejo de resíduos sólidos, que deverá

²¹ Originada do julgamento do Tema de Repercussão Geral nº 146 (STF, RE nº 576.321 QO-RG, rel. Min. Ricardo Lewandowski, **DJe** 13/02/2009).

²² Súmula vinculante 29: É constitucional a adoção, no cálculo do valor de taxa, de um ou mais elementos da base de cálculo própria de determinado imposto, desde que não haja integral identidade entre uma base e outra.

²³ “O Supremo Tribunal Federal (STF) fixou entendimento no sentido da constitucionalidade da taxa de remoção de lixo domiciliar, inclusive da respectiva base de cálculo, atrelada à área do imóvel. Precedentes”. (STF, ARE 1253680 AgR, Relator(a): Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 29/06/2020).

²⁴ “Nada impede que também as taxas e a contribuição de melhoria sejam graduadas segundo a capacidade econômica dos contribuintes, tendo em vista, afinal, o princípio da igualdade” (CARRAZZA, Roque Antônio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**, 29ª ed. Malheiros: São Paulo, 2013. p. 96). No mesmo sentido: “Em suma, a mensuração da taxa pode e deve levar em conta o custo do serviço, mas terá como fronteira intransponível a condição econômica e financeira de quem paga a conta – ou seja, o contribuinte. Logo, por essa óptica,

obrigatoriamente observar na fixação do valor parâmetros e categorias escalonadas de valores condizentes com o nível de renda da população da área atendida. Ultrapassasse²⁵, dessa forma, a celeuma acerca da aplicabilidade ou não do princípio da capacidade contributiva às taxas²⁶, que há muito tempo já foi superada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal²⁷.

A tarifa é sujeita ao regime jurídico de Direito Privado, consistindo na principal – mas não única em razão da possibilidade de receitas acessórias – contraprestação decorrente do contrato de concessão de serviços públicos (art. 175 da Constituição Federal). Regra-se pela Lei Geral de Concessões (Lei nº 8.987/95) e Lei de Diretrizes Nacionais para o Saneamento Básico (Lei nº 11.455/2007, com redação da Lei nº 14.026/2020).

A concessão é prestada por conta e risco do concessionário, que obtém sua remuneração através da tarifa e receitas acessórias previstas no edital e contato de concessão do serviço público, mantendo-se a titularidade do serviço em nome do Estado, já que somente a execução do contrato é realizada.

assim os demais gravames, a quantificação das taxas e das contribuições de melhoria deve levar em conta a capacidade do contribuinte, sob pena de atritar esse importante postulado constitucional de índole tributária” (JARDIM, Eduardo Marcial Ferreira. Sistema Tributário Nacional na Constituição da República. In: TANAKA, Sônia Yuriko Kanashiro (Coord.). **Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 496).

²⁵ “Embora o dispositivo seja restrito aos impostos, a espécie mais importante do gênero tributo, a abrangência do princípio da capacidade contributiva é maior. Esse conceito traduz a aptidão de o indivíduo ser sujeito passivo de tributos e, com isso, concorrer para os gastos públicos. A rigor, portanto, a capacidade contributiva é o motor operacional do princípio da igualdade na esfera tributária, tendo o condão, por isso mesmo, de realizar o próprio valor justiça. (...) Por ser do homem a capacidade de contribuir, a sua medição é pessoal, sendo absolutamente desimportante intrometer no assunto a natureza jurídica das espécies tributárias. É errado supor que, sendo a taxa um tributo que tem por fato jurígeno uma atuação do Estado, só por isso, em relação a ela não há falar em capacidade contributiva. Ora, a atuação do Estado é importante para dimensionar a prestação, nunca para excluir a consideração da capacidade de pagar a prestação, atributo do sujeito passivo e não do fato jurígeno. O próprio STF admite pacificamente a aplicação do princípio da capacidade contributiva às taxas” (COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de Direito Tributário Brasileiro**, 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. Livro Eletrônico).

²⁶ “Para que la tasa sea legítima, y no arbitraria, tiene que existir una discreta y razonable proporción entre el monto exigido y las características generales de la actividad vinculante. (...) “Lo que en cambio resulta jurídicamente inadmisibile es que la graduación de la tasa tenga en cuenta la mayor o menor riqueza del obligado, o sea, en otros términos, su capacidad contributiva” (VILLEGAS, Héctor. Curso de Finanzas, **Derecho Financeiro y Tributario**, 7ª ed. Buenos Aires: Ediciones Deplama, 1999. p. 101-102).

²⁷ Nesse sentido: STF, RE 232393, Relator(a): Carlos Velloso, Tribunal Pleno, julgado em 12/08/1999 e ADI 5374, Relator(a): Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 24/02/2021.

A definição da tarifa deve atender aos preceitos legais de forma a garantir o equilíbrio econômico-financeiro do contrato e assegurar investimentos e eficiência dos serviços, permitindo sua continuidade²⁸, respeitando, entretanto, o direito dos usuários à prestação adequada, eficiente e segura do serviço, com respeito à modicidade do valor tarifário.

O art. 29, § 4º da Lei nº 11.445/2007 autoriza na hipótese de prestação dos serviços sob regime de concessão que as tarifas e preços públicos sejam arrecadados pelo prestador diretamente do usuário (inclusive no mesmo documento da cobrança da contraprestação do fornecimento de água e esgotamento sanitário), sendo essa arrecadação facultativa em caso de taxas.

Na hipótese da prestação dos serviços sob o regime de delegação à entidades diversas do que o titular do serviço, estabelece o § 3º do art. 35 da Lei nº 11.455/2007 que o titular deverá obrigatoriamente demonstrar a sustentabilidade econômico-financeira da prestação dos serviços ao longo dos estudos que subsidiaram a contratação desses serviços e deverá comprovar, no respectivo processo administrativo, a existência de recursos suficientes para o pagamento dos valores incorridos na delegação, por meio da demonstração de fluxo histórico e projeção futura de recursos.

A par da constante celeuma doutrinária e jurisprudencial²⁹, a diferenciação da taxa e tarifa decorre da compulsoriedade legal quanto à utilização do serviço³⁰.

²⁸ “(...) o princípio da sustentabilidade impõe a fixação de tarifas que cubram todos os custos, inclusive investimentos, melhoria e expansão do serviço (para tornar possível o cumprimento das metas fixadas em contrato) (...). (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Cobrança de tarifa independentemente da conclusão do mecanismo de tratamento do esgoto: exame dos aspectos de constitucionalidade e legalidade. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 13, n. 53, p. 233-263, jul/set. 2013. p. 249).

²⁹ “*La tasa es indudablemente el tributo más cercano a los ingresos de derecho privado, denominados precios y de allí que la distinción entre uno y otro sea uno de los más intrincados problemas del derecho tributario*” (SACCONE, Mario Augusto. **Manual de Derecho Tributario**. Buenos Aires: La Ley, 2002, p. 248).

³⁰ “Taxa e preço público diferem quanto à compulsoriedade de seu pagamento. A taxa é cobrada em razão de uma obrigação legal enquanto o preço público é de pagamento facultativo por quem pretende se beneficiar de um serviço prestado” (STF, RE nº 556.854/AM, Rel. Min. Cármen Lúcia, **DJ**, 30/06/2011).

Se a lei estabelecer que o serviço público seja de fruição compulsória, sua remuneração será feita pela instituição de taxa³¹. Se o serviço for de adesão facultativa, pode ser remunerado através de tarifa³².

Pela própria natureza do serviço de manejo de resíduos sólidos urbanos, especialmente visto como instrumento para combater a degradação ambiental³³ e promover o direito à saúde da população atendida³⁴, tem-se que a maioria das legislações estaduais e municipais estabelece a sua caracterização como serviço de adesão compulsória por parte do gerador dos resíduos³⁵.

³¹ Se a ordem jurídica obriga a utilização de determinado serviço, não permitindo o atendimento da respectiva necessidade por outro meio, então, é justo que a remuneração correspondente, cobrada pelo Poder Público, sofra as limitações próprias dos tributos. O contribuinte estará seguro de que o valor dessa remuneração há de ser fixado por critérios definidos em lei” (MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Constitucional Tributário**, 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 87).

³² “Enquanto os tributos têm como fonte exclusiva a lei e se caracterizam pela compulsoriedade, os preços públicos constituem receita originária decorrente da contraprestação por um bem, utilidade ou serviço numa relação de cunho negocial em que está presente a voluntariedade (não há obrigatoriedade do consumo). A obrigação de prestar, em se tratando de preço público, decorre da vontade do contratante de lançar mão do bem ou serviço oferecido. Por isso, a fixação do preço público independe de lei; não sendo tributo, não está sujeito às limitações do poder de tributar” (PAULSEN, Leandro. **Curso de direito tributário completo**, 11ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. Livro digital - E-pub).

³³ “É sabido que, entre as atividades que integram o serviço público de limpeza urbana, o ciclo que se inicia com a coleta, transporte, tratamento e disposição final dos resíduos sólidos apresenta um papel fundamental na sociedade, pois visa diminuir os impactos negativos à saúde humana, assim como no meio ambiente, envolvendo um conjunto de operações e métodos de altíssimo custo, necessários para a utilização correta das legislações aplicáveis aos resíduos sólidos, que disciplinam desde a sua produção até seu destino final”. (LEITE JÚNIOR, Edgard Hermelino e BUCCOLO, Márcia. Delegação dos serviços de limpeza urbana e de manejo de resíduos sólidos no novo marco regulatório de saneamento básico. In: Lei Federal nº 14.026/2020. In: DAL POZZO, Augusto Neves (coord.). **O Novo Marco Regulatório do Saneamento Básico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 455).

³⁴ “O saneamento básico e a sua configuração jurídico-constitucional como direito (e dever) fundamental do indivíduo e da coletividade, além de serviço público essencial – e, portanto, dever do Estado –, acaba atuando como uma espécie de ponte normativa entre o mínimo existencial social e a proteção ambiental” (SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito Constitucional Ambiental**: constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente, 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 133).

³⁵ “A compulsoriedade da fruição do serviço público nasce da lei. Esta, no entanto, não tem total liberdade para impor, aos administrados, o dever de utilizar todo e qualquer serviço público. Antes, tal obrigatoriedade deve respaldar-se num valor ou interesse público prestigiado pela Constituição. Assim, a lei pode e deve obrigar os administrados a fruírem, dentre outros, dos serviços públicos de vacinação, de coleta de esgotos, de coleta domiciliar de lixo, de fornecimento domiciliar de água potável. Por quê? Porque, nestes casos, está em jogo a saúde pública, um dos valores que a

Cumpra lembrar que é possível à legislação específica estadual ou municipal atribuir ao próprio gerador a responsabilidade pelo manejo de determinados resíduos produzidos, como ocorre geralmente com os resíduos de serviços de saúde e congêneres, os resíduos da construção civil e os resíduos de óleos e gorduras de origem vegetal ou animal e uso culinário de grandes restaurantes, onde é possível por lei determinar a responsabilidade do gerador quanto à coleta, transporte, transbordo e destinação dos resíduos produzidos, sem que exista monopólio ou compulsoriedade na utilização do serviço público prestado diretamente ou por delegação.

Nesse sentido o art. 3º, inciso XII da Lei nº 12.305/2010, que instituiu a Política Nacional de Resíduos Sólidos, conceitua a logística reversa como instrumento de desenvolvimento econômico e social caracterizado por um conjunto de ações, procedimentos e meios destinados a viabilizar a coleta e a restituição dos resíduos sólidos ao setor empresarial, para reaproveitamento, em seu ciclo ou em outros ciclos produtivos, ou outra destinação final ambientalmente adequada (art. 8º, inciso III da Lei nº 12.305/2010). Essas disposições instrumentalizam a responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida dos produtos, que é um dos princípios regentes da própria Política Nacional de Resíduos Sólidos (art. 6º, inciso VII da Lei nº 12.305/2010).

A questão relativa à possibilidade de delegação, mediante contrato de concessão, do serviço de coleta e remoção de resíduos domiciliares, bem como a natureza jurídica da remuneração de tais serviços, no que diz respeito à essencialidade e à compulsoriedade, está submetida a julgamento no Supremo Tribunal Federal em sede de repercussão geral (Tema nº 903 – Recurso Extraordinário nº 847.429/RG, Relator Min. Dias Toffoli).

Nesse Recurso Extraordinário já consta parecer da Procuradoria-Geral da República entendendo ser inconstitucional, à luz do conceito de taxa e do princípio da legalidade tributária, a delegação do serviço de coleta e remoção de resíduos domiciliares mediante concessão, que pressupõe a remuneração do concessionário por tarifa³⁶.

Constituição brasileira prestigiou”. (CARRAZZA, Roque Antônio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**, 29ª ed. Malheiros: São Paulo, 2013. p. 616).

³⁶ Consta o seguinte trecho do referido parecer da PGR: “Ao determinar o texto constitucional que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (art. 5.º–II da Constituição), veda-se, salvo melhor entendimento, qualquer possibilidade de que o Estado interfira na órbita do cidadão para impor-lhe obrigações que não tenham amparo em lei. Essa diretriz não se circunscreve ao campo tributário, impondo-se igualmente às obrigações de fazer – a exemplo da obrigação de tratar poluentes e lixo industrial, sob pena de aplicação de sanções administrativas ou penais. Portanto, antes de se relacionar com a noção de taxa, o tema ora examinado conecta-se profundamente com o princípio da legalidade, impedindo que serviços obrigatórios de coleta e remoção de lixo domiciliar possam ser delegados, por concessão ou permissão. A descentralização de serviços públicos por delegação tem como desdobramento necessário a incidência do regime tarifário, essencial à manutenção

A doutrina se divide quanto à questão sobre a natureza jurídica da remuneração do serviço de manejo de resíduos sólidos, com parte sustentando o cabimento exclusivo de taxa quando compulsório o serviço prestado³⁷ e outra parte arguindo pela possibilidade de cobrança de tarifa ou preço público quando houver concessão desse serviço, mesmo diante de seu caráter compulsório³⁸.

do equilíbrio econômico-financeiro das concessões. Além disso, por definição, taxas são cobradas exclusivamente em razão da prestação de serviços diretamente pelo Poder Público. Também seria absolutamente heterodoxo permitir que, fixada a taxa de limpeza por lei, na forma exigida pela Constituição, transferisse-se sua cobrança ao concessionário, mediante delegação da capacidade tributária ativa, uma vez que, como regra, apenas entes públicos podem ser dotados dessa capacidade”.

³⁷ “Se a ordem jurídica obriga a utilização de determinado serviço, não permitindo o atendimento da respectiva necessidade por outro meio, então, é justo que a remuneração correspondente, cobrada pelo Poder Público, sofra as limitações próprias dos tributos. O contribuinte estará seguro de que o valor dessa remuneração há de ser fixado por critérios definidos em lei. (...) À liberdade que tem o Poder Público na fixação do preço público corresponde a liberdade do cidadão de utilizar, ou não, o serviço correspondente. Se o cidadão não tem essa liberdade, o Poder Público deve estar igualmente limitado pela ordem jurídica no pertinente aos critérios para fixação do valor a ser cobrado, que será um tributo” (MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Constitucional Tributário*, 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 87). No mesmo sentido: “Em síntese: serviço público específico e divisível e ato de polícia endereçado a alguém só podem ser remunerados por meio de taxa. Este quadro não se altera se os serviços forem prestados mediante concessão ou permissão. A política tarifária, a que alude o art. 175, parágrafo único, III, do Diploma Fundamental, deve ser realizada não pelo utente do serviço público, mas pela pessoa política que o concedeu ou permitiu. Melhor dizendo, o destinatário imediato desta norma constitucional não é o fruidor do serviço público concedido ou permitido, mas o Poder Público concedente ou permitente. Enfim, exige o art. 145, II, da Carta Magna que, se a pessoa política que presta um serviço público ou pratica um ato de polícia quiser obter dinheiro por isto, deverá fazê-lo por meio de taxa (de serviço ou de polícia, conforme a hipótese), sempre observado o regime jurídico tributário” (CARRAZZA, Roque Antônio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*, 29ª ed. Malheiros: São Paulo, 2013. p. 621-623).

³⁸ “Nunca se supôs, porém, que a compulsoriedade do serviço pudesse configurar obstáculo à sua prestação sob regime de concessão. Esse raciocínio contrariaria o art. 175 da Constituição Federal, que prevê amplamente a realização de serviços públicos sob regime de concessão sem excepcionar os serviços de limpeza urbana ou outros de utilização obrigatória. Também não seria compatível com os objetivos e valores constitucionais, que, em certos casos, pressupõem a obrigatoriedade de utilização do serviço público. Quando submetida a regime de concessão, que engloba disciplina destinada à proteção da lucratividade da exploração do serviço pelo concessionário, a prestação de serviços públicos de limpeza urbana enseja a cobrança de tarifa (não de taxa) pelo concessionário junto aos usuários dos serviços(...). A cobrança pela Administração Pública e o repasse dos valores correspondentes ao concessionário desvirtuaria, desde logo, o regime da concessão - que se caracteriza necessariamente pela ausência de pagamento direto do concessionário pela Administração Pública. A concessão supõe a possibilidade de o concessionário exigir diretamente dos usuários a remuneração pelos serviços. (...) Ou seja, afirmar que serviço público, ainda quando concedido, tem de ser remunerado através de taxa conduz à impossibilidade da concessão. A aplicação ampla do art.

A pacificação do entendimento jurídico acerca da questão quando do julgamento do Tema de repercussão geral nº 903 trará maior segurança jurídica aos titulares e delegatários do serviço de manejo de resíduos sólidos, bem como aos próprios usuários do serviço.

4 CONCLUSÃO

A normatização prevista no marco regulatório de saneamento básico, reformulado pela Lei nº 14.026/2020 reforça a obrigatoriedade por parte dos titulares dos serviços públicos integrados ao conceito de saneamento básico de instituírem efetivamente os respectivos instrumentos de cobrança pelos serviços.

A realidade brasileira demonstra que poucos são os entes federativos que instituíram a cobrança pelo serviço de manejo de resíduos sólidos. Quanto aos entes federativos que instituíram alguma forma de cobrança, percebe-se que na maioria dos casos o valor cobrado não é condizente com o efetivo custo operacional, inexistindo concreto planejamento que dê suporte à universalização do acesso ao serviço à população.

Há em vários casos, o perceptível entrave político em razão da impopularidade de medidas que onerem mais ainda a população usuária do serviço. O resultado, entretanto, dessa inércia política na instituição da cobrança ou reajuste da cobrança deficitária resulta no descumprimento de essenciais direitos fundamentais da população atendida.

A importância da adequada prestação do serviço de manejo e resíduos sólidos perpassa pela proteção ao meio ambiente e da saúde coletiva, além de propiciar evolução no aspecto social como fonte geradora de renda.

A metas de universalização do acesso e melhoria da eficiência na prestação do serviço depende obrigatoriamente da garantia de uma sustentabilidade econômico-financeira apta a permitir maiores investimentos no setor.

A tipicidade da cobrança pelos serviços de manejo de resíduos sólidos (taxa ou tarifa), ainda encontra séria controvérsia no âmbito jurídico, especialmente com relação à questão da possibilidade de delegação do serviço mediante contrato de concessão e a natureza jurídica da remuneração no que diz respeito à essencialidade e à compulsoriedade. Essa questão está submetida a julgamento no Supremo Tribunal

145, inc. 11, da CF/88 conduziria à ineficácia do art. 175. Mais ainda, estaria vedada a possibilidade de aplicação de um instituto explicitamente consagrado pela Constituição. Por todos esses fundamentos, a remuneração do concessionário de serviços públicos de limpeza urbana somente pode ter a natureza jurídica de tarifa, não submetida ao regime tributário que caracteriza a taxa” (JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar A. Guimarães. Concessão de serviços públicos de limpeza urbana. **Revista de Direito Administrativo (FGV)**, Rio de Janeiro, nº 219, jan./mar. 2000. p. 283-286).

Federal em sede de repercussão geral (Tema nº 903 – Recurso Extraordinário nº 847.429/RG, Relator Min. Dias Toffoli), cujo julgamento trará maior segurança jurídica para os titulares do serviço, delegatários e usuários.

Como visto, sem que exista um concreto cumprimento por parte dos titulares do serviço quanto às normas relativas à garantia da sustentabilidade econômica do serviço de manejo de resíduos sólidos, torna-se inviável o cumprimento das metas de eficiência e universalização dos serviços de saneamento básico estabelecidas no marco regulatório de saneamento básico reformulado pela Lei nº 14.026/2020.

REFERÊNCIAS

AURELIO, Bruno; SILVA, Renan Sona. Sustentabilidade econômica e social. *In*: DAL POZZO, Augusto Neves (coord.). **O novo marco regulatório do saneamento básico**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 479-497.

BALDASSARRE, Antonio. **Los derechos sociales**. Tradução: Santiago Perea Latorre. Peru: Universidad Externado de Colombia, 2001.

BICALHO, Alécia Paolucci Nogueira. Resolutividade das políticas públicas de resíduos sólidos por gestão associada via Parceria Público-Privada. *In*: MILARÉ, Édís *et al.* (coord.). **Infraestrutura no Direito do Ambiente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 388-412.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Regional. **Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento: 18º Diagnóstico do Manejo de Resíduos Sólidos Urbanos – 2019**. Brasília: SNS/MDR, 2020. Acesso em: 10 out. 2021. Disponível em: www.snis.gov.br. Acesso em: 22 jul. 2021.

CARRAZZA, Roque Antônio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**, 29ª ed. Malheiros: São Paulo, 2013.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de Direito Tributário Brasileiro**, 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. Livro Eletrônico.

DAL POZZO, Augusto Neves. **O Direito Administrativo da Infraestrutura**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2020.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Cobrança de tarifa independentemente da conclusão do mecanismo de tratamento do esgoto: exame dos aspectos de constitucionalidade e legalidade. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 13, n. 53, p. 233-263, jul./set. 2013.

GUERRA, Glauco Martins. Agências Reguladoras no Brasil: Princípio da Legalidade e Regulação, 2ª ed. *In*: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (coord.). **Direito regulatório: temas polêmicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 295-338.

GUREVICH, Eduardo Isaías e ROSA, Vanessa. Remuneração dos Serviços. *In*: OLIVEIRA, Carlos Roberto de; GRANZIERA, Maria Luiza Machado (org.). **Novo Marco do Saneamento Básico no Brasil**. Indaiatuba: Editora Foco, 2021. p. 141-151.

HÄBERLE, Peter. **Direitos Fundamentais no Estado Prestacional**. Tradução: Fabiana Okchstein Kelbert e Michael Dietmar Donath. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021.

HOLMES, Stephen e SUSTEIN, Cass Robert. **O custo dos direitos: por que a liberdade depende dos impostos**. Tradução: Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019.

JARDIM, Eduardo Marcial Ferreira. Sistema Tributário Nacional na Constituição da República. *In*: TANAKA, Sônia Yuriko Kanashiro (Coord.). **Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 475-535.

JUSTEN FILHO, Marçal e PEREIRA, Cesar A. Guimarães. Concessão de serviços públicos de limpeza urbana. **Revista de Direito Administrativo (FGV)**, Rio de Janeiro, nº 219, p. 271-292, jan./mar. 2000.

LEITE JÚNIOR, Edgard Hermelino e BUCCOLO, Márcia. Delegação dos serviços de limpeza urbana e de manejo de resíduos sólidos no novo marco regulatório de saneamento básico. *In*: Lei Federal nº 14.026/2020. *In*: DAL POZZO, Augusto Neves (coord.). **O Novo Marco Regulatório do Saneamento Básico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 441-460.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Constitucional Tributário**, 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

PAULSEN, Leandro. **Curso de direito tributário completo**, 11ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. Livro digital - E-pub.

SACCONE, Mario Augusto. **Manual de Derecho Tributario**. Buenos Aires: La Ley, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang e FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito Constitucional Ambiental**: constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente, 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

SOARES DE MELO, José Eduardo. **Contribuições sociais no Direito Tributário**, 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

SUNSTEIN, Cass Robert. **Las cuentas pendientes del sueño americano**: Por qué los derechos sociales y económicos son más necesarios que nunca. Tradução: Ana Bello. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2018.

VALDER DO NASCIMENTO, Carlos; MARTINS, Ives Gandra da Silva. (Coord.). **Comentários à Lei de Responsabilidade Fiscal**, 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

VILLEGAS, Héctor. **Curso de Finanzas, Derecho Financeiro y Tributario**, 7ª ed. Buenos Aires: Ediciones Deplama, 1999.

ACESSO À ÁGUA POTÁVEL: uma sinuca de bico, em tempos sombrios de COVID-19

Thelmo de Carvalho Teixeira Branco Filho*

Amanda Francieli de Almeida*

Tadeu Fabrício Malheiros*

RESUMO: O presente texto tem foco no direito e na saúde ambiental, face à ocorrência de tempos sombrios, que toda a sociedade vem encarando, na busca pelo acesso à água e por melhor qualidade de vida, diante da Covid – 19. O objetivo deste artigo é refletir sobre os impactos desta pandemia, no município de São Paulo, sobretudo, no que tange ao acesso à água, elemento vital, já que sem ela não há, para nenhum cidadão, vida digna. Neste sentido foi realizado o levantamento de dados oficiais, bem como a análise documental e a etnografia digital. Desse estudo pode-se concluir que, não obstante, em 2010, o direito à água potável já tenha sido regulamentado pela Assembleia Geral da ONU, esta já era considerada, no Brasil, um direito indispensável ao ser humano, desde a Constituição de 1988. Entretanto, resulta evidente que, ao analisar os índices de acesso à água, encontrados em nosso país, estamos longe de concretizar tal desiderato, dadas às condições altamente vulneráveis de grande parte de nossas comunidades, condições estas terrivelmente agravadas, por essa pavorosa pandemia. É, por isso e tão só por isso, que diante desse trágico panorama, pode-se afirmar que, ao tratar deste tema encontramos-nos numa sinuca de bico.

Palavras-chave: Acesso à água. Saúde ambiental. Covid-19. Saneamento básico. Universalização.

* Pós Doutorando junto ao Programa Centro de Síntese Cidades Globais (IEA - USP) - Universidade de São Paulo. Professor Visitante na Universidade Federal do Rio Grande – FURG – FADIR e Professor da Rede do programa de Pós Graduação Mestrado Profissional em Rede Nacional para Ensino das Ciências Ambientais – Associada USP. Doutor em Direito Difusos e Coletivos – PUC/SP. Membro do WATERLAT-GOBACIT.

* Engenheira Ambiental e doutoranda no Programa de Ciências da Engenharia Ambiental da Universidade de São Paulo (PPGSEA-USP). Professora nos cursos de engenharia da Libertas Faculdades Integradas.

* Etnoengenheiro, com doutorado em Saúde Pública pela Universidade de São Paulo. Atualmente é professor associado da Escola de Engenharia de São Carlos da Universidade de São Paulo (USP).

1 INTRODUÇÃO

No Brasil, o acesso à água potável é um direito assegurado pela Constituição Cidadã, atrelado ao direito à saúde e ao meio ambiente sadio. A Carta Magna atribui ao Sistema Único de Saúde (SUS) a participação na formulação de políticas e na execução de ações de saneamento básico (abastecimento de água), além da colaboração na proteção do meio ambiente.

Além disso, compete ao Estado a proteção do meio ambiente, a melhoria das condições de saneamento básico, e o estabelecimento de diretrizes para o desenvolvimento urbano incluindo o abastecimento de água, foco deste artigo, dentre outros (BRASIL, 1988).

A crise de saúde ambiental contemporânea se aprofunda com o estabelecimento da Covid-19, afetando diferentes dimensões da vida e escancarando problemas crônicos da sociedade brasileira.

Pandemias são fontes de instabilidade, incerteza e crises que podem tornar visíveis características da ordem social frequentemente opacas à investigação (DINGWALL, HOFFMAN e STANILAND, 2013) e percepção popular. A atual pandemia escancara urgências da sociedade de risco e insustentabilidade global, bem como a necessidade da reflexão e debate público sobre o presente e futuro da humanidade, das cidades e da natureza, no planeta pós-covid.

Enquanto uma das principais recomendações da Organização Mundial da Saúde (OMS), para conter a disseminação do vírus é lavar as mãos com água e sabão, cerca de 2,2 bilhões de pessoas não têm acesso à água. De acordo com os dados da OMS (2019), a escassez de água potável, saneamento e higiene é responsável pela morte de 1,9 milhões de pessoas todos os anos, número que deve crescer com o advento do novo coronavírus.

As cidades globais tornaram-se os principais epicentros da pandemia nos contextos regionais e nacionais, pela grande circulação de pessoas e densidade populacional. O vírus se difundiu, inicialmente, no hemisfério Norte e sua chegada, nas periferias das grandes metrópoles, reforça a hipótese de que as populações socialmente vulneráveis, são as que mais tendem a sofrer tais impactos. É o que se vê na literatura sobre as mudanças climáticas.

A metodologia deste artigo de reflexão levou em conta o levantamento de dados oficiais, aliado à análise documental e a etnografia digital.

2 OS MEANDROS DO ACESSO À ÁGUA E A INTERFACE COM A SAÚDE PÚBLICA

Apesar de o Brasil concentrar cerca de 12% da água doce disponível no mundo, cerca de 35 milhões de brasileiros (16,4% da população total) não têm acesso à água tratada no país, conforme dados de 2018 (SNIS, 2018). Levando em consideração a qualidade do acesso, o número chega a 81 milhões de pessoas com acesso precário¹ à água (IAS, 2020).

Diante da crise de saúde pública, devido à pandemia do vírus Sars-CoV-2, a urgência da universalização do saneamento básico mostra-se imprescindível.

A quantidade de casos e óbitos de Covid-19 notificados têm sua maior ocorrência na Região Metropolitana de São Paulo (RMSP). Esse epicentro da pandemia concentra 21 milhões de habitantes e 54,35% do PIB paulista (dados de 2016 da EMPLASA, 2020), o que indica a hipercentralização do desenvolvimento econômico nessa área conurbada, contrastando com a situação precária das águas de seus rios e córregos.

Não obstante, os índices de abastecimento de água do Estado de São Paulo serem superiores à média nacional (96,2% e 89,9%, respectivamente), conforme o Quadro 1, os números absolutos apontam 1,7 milhões de pessoas sem acesso à rede de água.

Quadro 1: Números e índices sobre acesso à água em várias escalas e localidades.

	Parcela da população com acesso a água tratada	Número de pessoas sem acesso a água tratada
MUNDO	71,0%	2,2 bilhões
BRASIL	83,0%	33,7 milhões
Estado de São Paulo	96,2%	1,7 milhões
RMSP	98,7%	280,4 mil
Cidade de São Paulo	99,3%	85,2 mil

Fonte: Tabela produzida pelos autores com dados do SNIS (2018).

Os dados relativos da metrópole indicam uma cobertura de 98,7% em abastecimento de água (SNIS, 2018). No entanto, em termos absolutos, isso significa mais de 280 mil pessoas sem acesso à água tratada na RMSP.

¹ O Instituto Água e Saneamento (2020) considera como acesso precário, aqueles casos, além da falta total de acesso, em que não se atende padrões de potabilidade e apresentam intermitências seja proveniente de redes de distribuição, água de poço sem canalização, cisterna, chafariz ou carro pipa.

Na atual crise, para combater a pandemia da Covid-19, a Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo (SABESP), responsável pelo abastecimento de água, em grande parte do estado e da região metropolitana, informou que aumentou em 5% o fornecimento de água residencial, passando de 130 L/pessoa para 137 L/pessoa. Anunciou também que isentou dois milhões de pessoas da tarifa social para o trimestre abril/junho, bem como doou 3.800 caixas d'água para moradores sem acesso a reservatório, 10 mil unidades de álcool gel, 200 mil sabonetes em barra, 10 mil sabonetes líquidos, 5 mil kits de higiene e 2,5 mil kits de alimentação em parceria com empresas privadas, prefeituras e organizações da sociedade civil. Além disso, instalou 315 lavatórios públicos e 14 bebedouros em diferentes pontos da capital, cidades do interior e litoral, como forma de ajudar a população a manter os hábitos de higienização das mãos (SABESP, 2020).

A Covid-19 é considerada uma enfermidade (BRASIL, 2020b) que, inexoravelmente, está ligada à água, sobretudo a potável, elemento vital e imprescindível no que concerne à higiene de cada um, o que atinge, principalmente, a população menos favorecida. Para que haja uma melhora significativa e menos perturbadora a estes cidadãos, parte dos recursos provenientes dos rendimentos da SABESP são destinados ao FMSAI – Fundo Municipal de Saneamento Ambiental e Infraestrutura, o qual tem uma parcela destinada à Habitação de interesse social e regularização fundiária, como indicado na Figura 1 (SÃO PAULO, 2021).

Figura 1: Fundo Municipal de Saneamento Ambiental e Infraestrutura.



Fonte: FMSAI – Habitação. SÃO PAULO, 2021.

Vale consignar que o Município de São Paulo e o Governo do Estado de São Paulo acordaram destinar R\$300 milhões, captados pelo FMSAI, voltados às ações de combate à saúde e ao coronavírus (SÃO PAULO, 2020a).

Empinotti e Ferrara (2020) indicam que, apesar da doença ter chegado primeiramente nos bairros ricos do município, os distritos com índices mais elevados de mortalidade são os periféricos, onde se concentra a população negra, de baixa renda, com necessidade de deslocamento para trabalhar e com menor acesso ao serviço de saúde.

Oficialmente, há mais de 85 mil pessoas sem acesso à água tratada na cidade de São Paulo (SNIS, 2018). A ausência de informações específicas sobre esses domicílios privados do direito à água dificulta uma análise aprofundada, bem como ações precisas para mitigação da degradação da saúde ambiental e de doenças como à Covid-19. Estas pessoas certamente têm estratégias diferenciadas para conseguir água, sejam soluções improvisadas de conexão clandestina em redes de abastecimento de água, uso de redes informais de água, compra de caminhão pipa, poços, etc, mas que carregam um problema em comum: exclusão do sistema oficial de serviço de abastecimento de água e risco mais elevado de saúde pública.

Nesse sentido, avaliar o acesso ao serviço de abastecimento de água pode ser um importante meio para monitorar as vulnerabilidades socioambientais (QUEIROZ, CARVALHO e HELLER, 2020) e coletar dados específicos, incluindo variáveis de gênero e raça, podem fornecer subsídio empírico para integrar políticas públicas, que procurem interromper ciclos históricos de injustiças voltadas a saúde ambiental.

Do ponto de vista jurídico-constitucional, o abastecimento de água é uma política pública indispensável para a realização de diversos direitos sociais, em especial do direito à saúde e do direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado (RIBEIRO, 2015).

3 O PRINCÍPIO DA UNIVERSALIZAÇÃO E POLÍTICAS PÚBLICAS FRENTE À PANDEMIA

Desde quando foi detectado o primeiro caso de covid-19 em solo brasileiro, os riscos associados às formas de prevenção são observados de forma desigual em todo país. A população de áreas irregulares e com renda mais baixa está sujeita a sofrer mais as consequências da pandemia. O princípio da universalização trata de assegurar que a água potável seja fornecida para todos, independentemente de condição social, econômica ou cultural, gênero ou etnia.

Diante desse princípio, os prestadores de saneamento de todo o território brasileiro se viram diante do desafio de garantir a manutenção dos seus serviços públicos

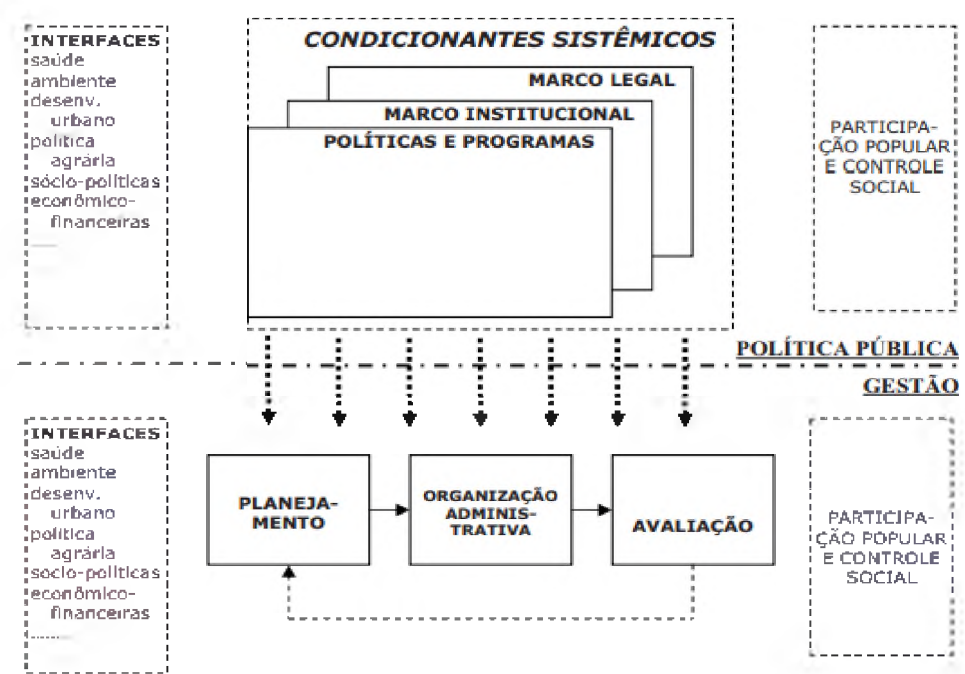
de abastecimento de água para uma população acometida pela retração econômica e, portanto, sem capacidade de pagar pelo serviço. Portanto, os atores do setor (titulares dos serviços, prestadores e reguladores) encadearam ações voltadas à proteção de seus funcionários e dos usuários, especialmente os mais vulneráveis economicamente. Segundo Capodeferro e Smiderle (2020), para a proteção dos funcionários, a medida preferida pelas companhias estaduais foi a restrição do atendimento presencial nas unidades de atendimento, adotada por 88% dos estados. Com relação à proteção financeira do usuário, as medidas mais empregadas foram a suspensão do corte por inadimplência (88%), seguida pela isenção da cobrança da tarifa social (62%).

Além disso, muitos problemas urbanos têm origem na desconexão entre as políticas públicas brasileiras. Devido à importância do saneamento básico faz-se imperioso trazer o tema das políticas públicas para a efetivação de sua universalização. Conforme Souza (2006), política pública é o campo do conhecimento que busca, ao mesmo tempo, colocar o governo em ação e/ou analisar essa ação. E, quando necessário, as políticas públicas também têm por objetivo propor mudanças no rumo das ações do governo. Assim, pode-se dizer que as políticas públicas se constituem no momento em que os governos democráticos colocam seus propósitos e plataformas eleitorais em ação produzindo mudanças reais na sociedade.

No entanto, salienta-se que o governo não é o único ator à frente da formulação e do desenvolvimento das políticas públicas, pois “Inúmeros atores envolvem-se neste processo como partidos políticos, organizações não governamentais, instituições públicas e privadas podendo assim serem considerados como agentes de políticas públicas” (CUNHA, 2017, p. 25).

Heller e Castro (2007) apresentam que as políticas públicas de saneamento compreendem dois diferentes níveis de formulação e implementação (Figura 2): o nível da política pública em si, onde estabelece e pratica seus marcos políticos, legais e institucionais, geralmente sem seu nível central; e o nível da gestão, que se refere à organização dos serviços, podendo ser realizado no nível local ou não, a depender da concepção adotada.

Figura 2: Diagrama de relações entre as dimensões das políticas.



Fonte: Heller e Castro (2007).

Segundo Lima e D’Ascenzi (2013), o plano para a implementação de uma política pode ser definido como um conjunto de disposições (área, atores e extensão de recursos) e é importante porque provê conceitos do problema alvo da política pública. Portanto, criam-se expectativas a respeito dos resultados da política e, a partir disso, buscam-se mudanças com o intuito de modificar possíveis falhas de elaboração e implementação.

De acordo com Maltez e Assumpção (2021), na prática, constata-se a falta de integração de políticas públicas, como a dos recursos hídricos, por exemplo. De acordo com os mesmos autores:

De pouco adianta todo um novo marco regulatório sem uma adequada governança integrada, inclusive dos ecossistemas, pois são eles que permitem o funcionamento dos ciclos das águas. Em outras palavras, pouco adianta a concepção de participação da iniciativa privada sem um rigoroso controle de proteção ambiental, o que inclui a proteção de áreas de preservação permanente que protegem os recursos hídricos. (MALTEZ; ASSUMPÇÃO, 2021, p. 419).

Portanto, as modificações da Lei nº 14.026/2020, devem ser pensadas de acordo com a necessidade de uma gestão integrada e participativa. Dessa forma, o maior desafio é a governança, entendida como o arranjo entre os diferentes níveis de governo e que inclui tanto os aspectos ambientais e sociais quanto os aspectos relacionados à saúde da população.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os agudos problemas sociais contemporâneos intensificaram e ficaram ainda mais em evidência com o aparecimento da Covid-19.

O acesso à água tornou-se uma pauta importante, nesse contexto pandêmico, pela sua centralidade no combate à Covid-19 e outras doenças, como também como indicador da vulnerabilidade extrema, presente em grande parte da população brasileira.

De mais a mais, o relatório das Nações Unidas - ONU (2020) comenta que a falta de saneamento básico priva as pessoas de elementar medida de prevenção contra o vírus, que consiste na lavagem frequente das mãos. É notória a desvantagem, em relação à população mais vulnerável, uma vez que sequer possuem acessibilidade, ao elemento essencial para a medida preventiva, que é a água.

Sendo assim, os componentes dessa escala urbana são obrigados a buscar água fora de seus territórios, acabando por se expor com maior frequência ao coronavírus.

A universalização do direito humano à água passa por mudanças estruturais, na cultura política e administrativa de instituições públicas e privadas. O debate público, amplo e democrático, sobre saúde ambiental, é fundamental para a superação efetiva dos desafios da sustentabilidade, em sua integralidade econômica, social e política, haja vista a urgência do fornecimento de água segura para a população, durante não só a pandemia, mas sobretudo, neste tempo sombrio.

Uma série de políticas emergenciais, além do necessário isolamento físico-social, poderá ser adotada, com intuito de mitigação do contágio, principalmente, entre as populações, menos abastadas.

Destaca-se, ainda, a necessidade de maior transparência e robustez no monitoramento deste acesso, pois este indicador de estar conectado à rede de distribuição de água, não dá garantia de acesso pleno à água (na quantidade e qualidade necessárias à proteção da saúde pública).

Em tempos de crises a prática dos rodízios, por exemplo, atinge de forma mais cruel à população vulnerável, expondo as desigualdades presentes.

Logo, pode-se concluir que, não obstante, em 2010, o direito à água potável já tenha sido regulamentado pela Assembleia Geral da ONU, esta já era considerada, no Brasil, um direito indispensável ao ser humano, desde a Constituição de 1988.

Entretanto, resulta evidente que, ao analisar os índices de acesso à água, encontrados em nosso país, estamos longe de concretizar tal desiderato, dadas às condições altamente vulneráveis de grande parte de nossas comunidades, condições estas terrivelmente agravadas, por essa pavorosa pandemia. É, por isso e tão só por isso, que diante desse trágico panorama, pode-se afirmar que, ao tratar deste tema encontramos-nos numa sinuca de bico.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988, 292 p.

BRASIL. Ministério da Saúde. 2020b. Disponível em: <https://coronavirus.saude.gov.br/sobre-a-doenca>. Acesso em: 11 jun. 2021.

CAPODEFERRO, M. W.; SMIDERLE, J. J. A resposta do setor de saneamento no Brasil à Covid-19. **Revista Brasileira de Administração**, Rio de Janeiro, v. 54, jul./ago. 2020.

DINGWALL, R., HOFFMAN, L. & STANILAND, K. Introduction: why a Sociology of Pandemics? **Sociology of Health & Illness**, v. 35, n. 2, p. 167-173. 2013.

EMPINOTTI, V. & FERRARA, L. Segurança Hídrica e a COVID-19 na Macrometrópole Paulista: da política do corpo ao território. *In*: JACOBI, P. ANJOS, L.A.P., SANTANA-CHAVES, I.M., TRAVASSOS, L.R.G.F.C. (org.) Dilemas Socioambientais. **Dossiê Covid-19**. V.20., 2020.

EMPLASA. **Sobre a RMSP**. Disponível em <https://emplasa.sp.gov.br/RMSP>. Acesso em: 23 abr. 2020.

HELLER, L., CASTRO, J. E. Política Pública de Saneamento: Apontamentos Teórico-Conceituais. **Revista Brasileira de Engenharia Sanitária e Ambiental**, v. 12, n° 3, p. 284-295, jul./set. 2007.

IAS – INSTITUTO ÁGUA E SANEAMENTO. **Saneamento 2020**: Passado, presente e possibilidades de futuro para o Brasil. Disponível em: <https://www.aguaesaneamento.org.br/saneamento-2020/>. Acesso em: 12 jun. 2021.

LIMA, L. L.; D'ASCENZI, L. Implementação de Políticas Públicas: perspectivas analíticas. **Revistas de Sociologia e Política**, v. 21, n. 48, p. 101-110, dez. 2013.

MALTEZ, R. T., ASSUMPÇÃO, L. A. O desafio da efetividade e integração do serviço de esgotamento sanitário e da proteção ecológica à luz do novo marco do saneamento: estudo de caso: prestação do serviço na região de guarulhos. Livro **Novo marco Regulatório do Saneamento básico no Brasil**: Estudos sobre a nova lei nº 14.026/2020. São Paulo, Editora Quartier Latin, 2021. p. 397-420.

OMS – Organização Mundial da Saúde. **Water, Sanitation, Hygiene and Health**. A primer for Health Professionals. 2019. Disponível em: <https://www.who.int/news-room/fact-sheets/detail/sanitation>.

QUEIROZ, V.C.; CARVALHO, R.C. & HELLER, L. New Approaches to Monitor Inequalities in Access to Water and Sanitation: The SDGs in Latin America and the Caribbean. **Water**, v. 12, n. 931, 2020.

RIBEIRO, W. A. O saneamento básico como um direito social. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 13, n. 52, p. 229-251, out./dez. 2015.

SABESP – Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo. **Ações da SABESP no combate ao Corona Vírus**. Disponível em: <http://site.sabesp.com.br/site/imprensa/noticias-detalle.aspx?secaoId=65&id=8299>. Acesso em: 10 jun. 2021.

SNIS – Sistema Nacional de Informação sobre Saneamento. 2018. Disponível em: <http://www.snis.gov.br/>. Acesso em: 10 jun. 2021.

SABESP. Notícias – **Sabesp vai distribuir 1.200 caixas-d'água em Paraisópolis**. 2020. Disponível em: <http://site.sabesp.com.br/site/imprensa/noticias-detalle.aspx?secaoId=65&id=8296>. Acesso em: 10 jun. 2021.

SÃO PAULO. Prefeitura de São Paulo. Secretaria Municipal de Urbanismo e Licenciamento. **Habitação – Notas**. 2020a. Disponível em: <http://www.capital.sp.gov.br/noticia/prefeitura-podera-investir-r-300-mi-de-fundo-municipal-contra-covid-19>. Acesso em: 11 jun. 2021.

SÃO PAULO. Prefeitura de São Paulo. Secretaria Municipal de Habitação – FMSAI. **Mapas das Intervenções**. 2020b. Disponível em: <https://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/habitacao/fmsai/index.php?p=224922>. Acesso em: 11 jun. 2021.

SÃO PAULO. PREFEITURA DE SP. CIDADE DE SÃO PAULO. Secretarias. **Habitação – FMSAI**. 2021. Disponível em: <https://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/habitacao/fmsai/apresentacao/index.php?p=145635>. Acesso em: 12 jun.- 2021.

SOUZA, C. Políticas Públicas: uma revisão da literatura. **Dossiê Sociedade e Políticas Públicas, Sociologias**, v. 16, p. 20-45, jul./dez. 2006.

ANOTAÇÕES SOBRE O MARCO REGULATÓRIO DO SANEAMENTO BÁSICO NO BRASIL (LEI Nº 14.026 DE 15 DE JULHO DE 2020)

Theophilo Antonio Miguel Filho*

O novo marco regulatório do saneamento básico no Brasil foi introduzido pela Lei nº 14.026, de 15/07/2020. O atual regramento altera a Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007, que estabelecia as diretrizes nacionais para o saneamento básico no país.

O maior objetivo na atualização do marco legal do saneamento básico é a universalização desse serviço público, já que, conforme dados divulgados pelo Instituto Trata Brasil¹, cerca de 35 milhões de brasileiros não possuem acesso à água potável e quase 100 milhões não têm serviço de coleta de esgotos.

De acordo também com os dados do Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento - SNIS, 83,7% da população conta com atendimento dos serviços de abastecimento de água, sendo que as regiões Sudeste, Sul e Centro-Oeste possuem o índice por volta de 90%; já as regiões Norte e Nordeste apresentam atendimentos de 57,5% e 73,9%, respectivamente. Por fim, a situação de atendimento com rede coletora de esgoto é realmente bastante precária, atingindo apenas 54,1% da população².

1 INTRODUÇÃO SOBRE SERVIÇOS PÚBLICOS E O PAPEL DO ESTADO

Na migração do Estado Liberal ao Social, modificou-se profundamente o seu papel. De mero mantedor da paz/segurança e defensor das liberdades negativas, o Estado passou a assumir tarefas públicas primando pela justiça social. Nesse cenário,

* Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Mestre em Direito da Administração Pública pela Universidade Gama Filho, Especialista em Direito Processual Civil e Direito Sanitário pela Universidade de Brasília, Bacharel em Teologia e Professor Adjunto da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (Direito Processual Civil, Direito Internacional Privado e Improbidade Administrativa), Coordenador Científico da Comissão de Direito Internacional da Escola de Magistratura Regional Federal (Emarf) do Tribunal Regional Federal - 2ª. Região, possui Curso de Extensão em Propriedade Intelectual pela PUC/RJ e é Desembargador Federal do Tribunal Regional Federal da Segunda Região.

¹ O Instituto Trata Brasil é uma OSCIP - Organização da Sociedade Civil de Interesse Público, formado por empresas com interesse nos avanços do saneamento básico e na proteção dos recursos hídricos do país.

² <http://snis.gov.br/painel-informacoes-saneamento-brasil/web/painel-setor-saneamento>.

o serviço público adquire extrema relevância e surge, na França, a Escola do Serviço Público, também denominada Escola Realista ou de Bordeaux.

Gaston Jèze e Léon Duguit, juristas da Escola do Serviço Público, acreditavam que o serviço público seria o critério definidor do próprio Direito Administrativo em si, tamanha a sua importância.

Segundo Jèze, o Direito Administrativo traduz-se no conjunto de regras relativas aos serviços públicos, uma vez que em todos os países civilizados existe a prestação de serviço público e para disciplinar o seu bom funcionamento faz-se necessário o uso dessas regras jurídicas especiais. Tal regramento especial, por sua vez, é fundamental para satisfazer rapidamente e de forma mais completa as necessidades da sociedade, visto que deve sempre prevalecer o interesse público. Por outro lado, no direito privado, a igualdade das partes, como regra geral, impede o prevalecimento de uma sobre a outra.³

Porém, o grande número de atividades assumidas pelo Estado tornou-se excessivamente oneroso para a máquina pública. A solução seria que o Estado deixasse de prestá-los sempre diretamente.

Assim, face às dificuldades do Estado em atender por completo as políticas públicas de serviços essenciais que a coletividade necessita, houve a outorga dos serviços públicos ao setor privado.

No Brasil, a prestação de serviços públicos compete ao Estado, direta ou indiretamente, sob o regime de concessão ou permissão, conforme dispõe o art. 175 da Constituição Federal de 1988.

De acordo com o renomado autor brasileiro, José dos Santos Carvalho Filho⁴, serviço público consiste em toda atividade prestada pelo Estado ou por seus delegados, basicamente sob regime de direito público, com vistas à satisfação de necessidades essenciais e secundárias da coletividade.

Ainda segundo o autor, os serviços públicos visam a um interesse público e se incluem como um dos objetivos do Estado. Por tal razão, são criados e regulamentados pelo Poder Público, a quem incumbe a fiscalização. O Estado, por sua conveniência, transfere os encargos da prestação de serviços públicos a outras pessoas, nunca abdicando do controle sobre elas.

Marçal Justen Filho define serviço público como uma atividade pública administrativa de satisfação concreta de necessidades individuais ou transindividuais, materiais ou imateriais, vinculadas diretamente a um direito fundamental,

³ JÈZE, Gaston. **Los principios generales del derecho administrativo**. Tradução de Julio M San Millan Almagro. Buenos Aires: Depalma, 1949, v. I e II.

⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 30. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016.

insuscetíveis de satisfação adequada mediante os mecanismos da livre iniciativa privada, destinada a pessoas indeterminadas, qualificada legislativamente e executada sob regime de direito público⁵.

Apesar de a execução dos serviços públicos, sob a perspectiva da Administração Pública Gerencial, incumbir à iniciativa privada, cabe ao Estado regular, inspecionar e, caso necessário, sancionar. Assim, o Estado, de único executor dos serviços públicos, passa a atuar na atividade regulatória dessas atividades.

Sobre o saneamento básico, especificamente, trata-se constitucionalmente e legalmente de um serviço público. A qualificação de uma atividade como serviço público, portanto, pressupõe a inadequação dos mecanismos da livre iniciativa privada para satisfação completa das necessidades correspondentes. Dessa forma, incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou não, a prestação do referido serviço público.

2 COMPETÊNCIA

Um ponto importante a ser analisado sobre o tema proposto é a competência, haja vista ser a federação o modelo adotado no nosso país.

Assim, por definição, temos serviços comuns e serviços privativos. Serviços privativos são aqueles atribuídos a apenas uma esfera da federação. Por outro lado, serviços comuns são os que podem ser prestados por mais de uma esfera federativa.

A Lei nº 11.445/2007, a qual dispunha sobre as diretrizes gerais do saneamento básico, previu que, haja vista a natureza do serviço específico, os entes federativos devem prestá-lo pelo regime de gestão associada, previsto no art. 241 da CRFB/88, inclusive por intermédio da celebração de consórcios públicos.

Sobre o tema, ora abordado, cabe a reprodução dos seguintes artigos constitucionais:

Art. 21. Compete à União:

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;

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,

⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 10. ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

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;

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.

A Lei Maior estabelece a competência privativa da União para promover as diretrizes na matéria.

No entanto, o art. 30, inciso V, prevê cláusula genérica, segundo a qual compete ao município prestar os serviços de interesse local. É justamente neste artigo que se fundamenta a competência municipal para a prestação do serviço de saneamento básico, devido à predominância do interesse local.

Na ADI nº 1842/RJ, de relatoria do Ministro LUIZ FUX (Julgamento: 06/03/2013 e Publicação: 16/09/2013; Órgão julgador: Tribunal Pleno) a questão da competência foi assim definida, conforme os trechos destacados:

(...) O interesse comum e a compulsoriedade da integração metropolitana não são incompatíveis com a autonomia municipal. O mencionado interesse comum não é comum apenas aos municípios envolvidos, mas ao Estado e aos municípios do agrupamento urbano. O caráter compulsório da participação deles em regiões metropolitanas, microrregiões e aglomerações urbanas já foi acolhido pelo Pleno do STF (ADI 1841/RJ, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 20.9.2002; ADI 796/ES, Rel. Min. Néri da Silveira, DJ 17.12.1999). **O interesse comum inclui funções públicas e serviços que atendam a mais de um município, assim como os que, restritos ao território de um deles, sejam de algum modo dependentes, concorrentes, confluentes ou integrados de funções públicas, bem como serviços supramunicipais.** 4. Aglomerações urbanas e saneamento básico. O art. 23, IX, da Constituição Federal conferiu competência comum à União, aos estados e aos municípios para promover a melhoria das condições de saneamento básico. Nada obstante a competência municipal do poder concedente do serviço público de saneamento básico, o alto custo e o monopólio natural do serviço, além da existência de várias etapas – como captação, tratamento, adução, reserva, distribuição de água e o recolhimento, condução e disposição final de esgoto – que comumente ultrapassam os limites territoriais de

um município, indicam a existência de interesse comum do serviço de saneamento básico. **A função pública do saneamento básico frequentemente extrapola o interesse local e passa a ter natureza de interesse comum no caso de instituição de regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, nos termos do art. 25, § 3º, da Constituição Federal. Para o adequado atendimento do interesse comum, a integração municipal do serviço de saneamento básico pode ocorrer tanto voluntariamente, por meio de gestão associada, empregando convênios de cooperação ou consórcios públicos, consoante o arts. 3º, II, e 24 da Lei Federal 11.445/2007 e o art. 241 da Constituição Federal, como compulsoriamente, nos termos em que prevista na lei complementar estadual que institui as aglomerações urbanas.** A instituição de regiões metropolitanas, aglomerações urbanas ou microrregiões pode vincular a participação de municípios limítrofes, com o objetivo de executar e planejar a função pública do saneamento básico, seja para atender adequadamente às exigências de higiene e saúde pública, seja para dar viabilidade econômica e técnica aos municípios menos favorecidos. Repita-se que este caráter compulsório da integração metropolitana não esvazia a autonomia municipal. (...) 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....

O novo marco regulatório pautou-se no entendimento proferido pelo Supremo Tribunal Federal, regulamentando que a competência sobre o serviço de saneamento básico é municipal, mas a função pública deste serviço frequentemente pode extrapolar o interesse local e passar a ter natureza de interesse comum.

Pela nova lei (Lei nº 14.026/2020), a prestação regionalizada dos serviços de saneamento básico pode ser estruturada nas seguintes formas:

- 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);
- 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;

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.

Logo, pode-se dizer que a nova lei estimula a prestação integrada dos serviços de saneamento básico. Isso deve-se ao fato de que municípios com menor capacidade financeira poderiam acabar por fracassar nas metas de universalização do serviço, pois jamais seriam considerados atrativos por empresas interessadas na prestação indireta via contrato de concessão.

3 A NOVA LEI E O PAPEL DA ANA

Uma das maiores inovações trazidas pelo novo marco é o novo papel da ANA - Agência Nacional de Águas, agora denominada Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico - na supervisão regulatória no setor de saneamento, objetivando prover um direcionamento regulatório para um setor.

A ANA, além da sua atribuição originária na Política Nacional de Recursos Hídricos, passa a “instituir normas de referência para a regulação dos serviços de saneamento básico”, alterando o artigo 3 da Lei 9.984/2000.

As principais funções atribuídas à ANA podem ser agrupadas em três categorias principais: (I) elaboração de diretrizes regulatórias para o setor, inclusive sobre governança regulatória; (II) fortalecimento da regulação infranacional, por meio de treinamentos e elaboração de manuais; (III) mediação e arbitramento de conflitos envolvendo concessionárias de água, municípios e agências reguladoras.

A ANA veio para sedimentar regras de referência para o setor nas suas questões principais, conferindo uniformidade regulatória, o que garante segurança jurídica, pois, como a competência é municipal existe hoje uma multiplicidade de entidades fiscalizadoras e normas.

O legislador objetivou, assim, uniformizar nacionalmente a regulação do setor, a partir da atribuição de competência à ANA para instituição de normas de referência que apresentem regras claras e uniformes e se prestem a orientar a atuação de Estados e Municípios.

À ANA caberá dispor sobre temas relevantes como regulação tarifária dos serviços de saneamento básico; padrões de qualidade e eficiência na prestação dos serviços, na manutenção e operação dos sistemas de saneamento básico; padronização dos instrumentos negociais de prestação dos serviços públicos de saneamento básico firmados entre o titular do serviço público e o delegatário; metas de universalização;

parâmetros para determinação de caducidade na prestação dos serviços públicos de saneamento básico, dentre outros.

Para estimular a adoção das normas da ANA, a nova lei prevê inclusive que será obrigatória a verificação de tal adesão para a contratação de financiamentos com recursos da União ou com recursos geridos ou operados por órgãos ou entidades da administração pública federal.

Sobre o tema, o Supremo Tribunal Federal já foi instado a se manifestar por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.536, distribuída, por prevenção ao Ministro Luiz Fux, não julgada até o presente momento.

Entre os argumentos da referida ação, destaca-se que a norma fere o pacto federativo concentrando unilateralmente na União as prerrogativas regulatórias do setor. Ademais, a nova lei, de certa forma, acabaria por pressionar os Municípios a respeitarem as determinações da ANA ou, do contrário, poderão não ter mais acesso aos recursos públicos da União.

4 PROIBIÇÃO DOS CONTRATOS DE PROGRAMA NO SETOR DE SANEAMENTO BÁSICO

Como analisado anteriormente, os serviços públicos podem ser executados diretamente ou indiretamente.

O serviço de saneamento básico, quando não prestado por entidade que integre a administração do titular, dependerá da celebração de contrato de concessão, precedido de licitação, ficando vedada a sua disciplina mediante contrato de programa, convênio, termo de parceria ou outros instrumentos de natureza precária.

Destaca-se neste contexto a alteração promovida pela Lei nº 14.026/20 na Lei nº 11.107/05 ao estabelecer que os contratos de prestação de serviços públicos de saneamento básico deverão observar o artigo 175 da Constituição da República, vedada a formalização de novos contratos de programa para esse fim. Quanto aos contratos de programa regulares vigentes, a nova ordem legal dispõe que eles permanecem em vigor até o advento do seu termo final.

O novo marco, portanto, extinguiu a modalidade de contrato de programa, que era o contrato feito direto pela concessionária estadual com os municípios sem a devida licitação.

Assim, o marco legal trouxe maior competitividade para o setor: como se abstrai do novo artigo 10 da Lei nº 11.445/2007, tornou obrigatória a concorrência, mediante licitação, para que se selecione a proposta mais vantajosa para a prestação dos serviços de saneamento básico, obrigando as estatais a competir em igualdade de condições com as empresas privadas por esses contratos.

E, dessa contraposição à estrutura histórica pró-estatais, acredita-se na abertura do mercado à iniciativa privada e, conseqüentemente, um cenário de maior disputa concorrencial que tenda a trazer benefícios. Primeiro, pretende-se um aumento dos investimentos, porquanto empresas privadas investem historicamente mais que os prestadores públicos, segundo, um aumento da eficiência decorrente da concorrência implementada no setor⁶.

Porém, questiona-se na ADI nº 6.492 (apensada à ADI nº 6.536) a violação ao artigo 241 da Constituição da República, uma vez que encerrada a possibilidade de contratos de programa para prestação de serviço de saneamento básico, institui-se o contrato de concessão como único possível.

5 CONCLUSÃO

O que se espera do novo marco legal do saneamento básico é a universalização do serviço para a população, ou seja, a distribuição de água de qualidade para todos e a coleta e tratamento do esgoto, a um preço justo, para se proporcionar uma melhor qualidade de vida aos brasileiros.

A concretização da meta de universalização do sistema de saneamento básico no país é extremamente necessária para se garantir os direitos humanos primários do cidadão efetivando-se a justiça social.

Para atingir seus objetivos a nova lei focou em uniformizar regras, definir padrões, reestruturar a atividade regulatória, incrementar a segurança jurídica e aumentar a competição, haja vista a obrigatoriedade de abertura de licitação. Espera-se, portanto, um fortalecimento do setor.

No entanto, não se pode esquecer que alguns pontos explorados neste artigo a respeito do novo marco regulatório ainda dependem da análise da Suprema Corte, como a violação ao pacto federativo; a extrapolação dos limites da ANA e a proibição dos contratos de programa.

REFERÊNCIAS

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 30. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016.

⁶ REVISTA DE DIREITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, ISSN 2595-5667, a. 5, v. 1, n. 3, Dossiê Temático: Estado e Políticas Públicas, 2020, p. 301.

SNIS. Sistema Nacional de Informações Sobre Saneamento. 2021. Disponível em: <http://snis.gov.br/painel-informacoes-saneamento-brasil/web/painel-setor-saneamento>.

JÈZE, Gaston. **Los principios generales del derecho administrativo**. Tradução de Julio M San Millan Almagro. Buenos Aires: Depalma, 1949, v. I e II.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 10. ed. ver. atul. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

REVISTA DE DIREITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, a. 5, v. 1, n. 3, Dossiê Temático: Estado e Políticas Públicas, 2020. ISSN 2595-5667.

A LEI N.º 14.026/2020 E OS DESAFIOS PARA A UNIVERSALIZAÇÃO DO SANEAMENTO BÁSICO NA REGIÃO NORTE DO PAÍS

Thiago Flores dos Santos*

Thiago Augusto Hiromitsu Terada*

RESUMO: Por meio do presente artigo se avaliou as principais alterações introduzidas pela Lei n.º 14.026, de 15 de julho de 2020, nos contratos de concessão de serviços de abastecimento de água e coleta e tratamento de esgotos sanitários, fazendo-se necessária a criação de um ambiente regulatório que confira segurança jurídica aos contratos em vigor, para o alcance das metas estabelecidas na legislação que conduzirão à universalização do saneamento do básico.

Palavras-chave: Saneamento Básico. Contratos de Concessão. Equilíbrio Econômico-financeiro. Meio Ambiente. Saúde Pública.

ABSTRACT: This article assesses the main changes introduced by Law No. 14.026, of July 15, 2020, in the concession contracts for water supply and sewage collection and treatment services, making it necessary to create a regulatory environment that provides legal security to the contracts in force, in order to achieve the goals established in the legislation that will lead to the universalization of basic sanitation.

Keywords: Basic Sanitation. Concession Agreements. Economic-financial balance. Environment. Public Health.

* Gerente Jurídico e Regulatório da Águas de Manaus e Águas de São Francisco. É Graduado em Direito pela Universidade Nilton Lins (2004). Possui Pós Graduação em Direito Civil e Processual Civil pelo Centro Integrado de Educação Superior do Amazonas – CIESA (2006), Pós Graduação em Direito Penal e Processual Penal pela Universidade Federal do Amazonas – UFAM (2007), Mestrado em Direito Ambiental pela Universidade do Estado do Amazonas – UEA (2011), Especialização em MBA em Perícia, Auditoria e Gestão Ambiental pelo Instituto de Pós Graduação – IPOG (2015) e Doutorado em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza – UNIFOR (2020).

* Diretor Presidente da Águas de Manaus e Águas de São Francisco. É Graduado em Relações Internacionais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2005). Possui Especialização em Administração pela Fundação Getúlio Vargas (SP) (2010) e MBA em *Global Business and Sustainability* pela *Universita Cattolica Del Sacro Cuore* – Milão (2011).

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Desenvolvimento. 2.1 O saneamento básico no Brasil e as externalidades positivas. 2.2 As metas de saneamento básico e o equilíbrio econômico financeiro dos contratos de concessão em vigor. 2.3 A cooperação institucional como ferramentas para a universalização do saneamento básico na Região Norte do Brasil. 3 Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

Inegavelmente, ao editar a Lei n.º 14.026, de 15 de julho de 2020, o legislador brasileiro instituiu um microssistema jurídico relevante para a universalização do saneamento básico no país, conferindo arranjos institucionais para o alcance de padronização e eficácia no cumprimento de metas, ao mesmo tempo em que buscou-se conferir maior segurança jurídica para o alcance dos objetivos estabelecidos na legislação.

A Lei n.º 14.026, de 15 de julho de 2020 altera diversos dispositivos do denominado Marco Legal do Saneamento Básico, instituído por meio da Lei n.º 11.445, de 05 de janeiro de 2007, sendo incorporados neste instrumento normativo objetivos e metodologias que possibilitarão o redirecionamento do Poder Público e da sociedade para a universalização do saneamento básico.

Assim, propõe-se por meio do presente artigo a avaliação das principais alterações introduzidas pela Lei n.º 14.026, de 15 de julho de 2020, sob a ótica da necessidade de universalização do saneamento básico nos Estados da Região Norte do país e da necessária segurança jurídica para os contratos de concessão em vigor, uma vez que, se por um lado há urgência na melhoria da qualidade de vida da população a ser alcançada por meio da universalização, por outro, há necessidade de se prever mecanismos regulatórios que confirmem segurança jurídica aos contratos de concessão em vigor ao mesmo tempo em que se fará necessária a conjugação de esforços do Poder Público e sociedade, diante das metas estabelecidas no marco legal no saneamento.

Utiliza-se como metodologia no presente trabalho científico a pesquisa bibliográfica, em livros, revistas científicas especializadas e outras fontes de consulta, bem como, do método dedutivo, do geral ao particular, para a análise da problemática proposta. Escolheu-se a pesquisa exploratória como técnica, em que buscar-se-á o levantamento de dados e informações que demonstram a problemática a ser enfrentada para a universalização do saneamento na Região Norte do país.

O presente trabalho possibilita uma reflexão sobre os desafios impostos a partir da edição da Lei n.º 14.026, de 15 de julho de 2020 às concessões de serviços de abastecimento de água e coleta e tratamento de esgotos sanitários, especialmente, da Região Norte do país, de modo que se crie um ambiente regulatório favorável ao

alcance das metas relacionadas à universalização do saneamento básico, o que é essencial à melhoria do IDH e da qualidade de vida para a população neste relevante espaço territorial do Brasil.

2 DESENVOLVIMENTO

2.1 O saneamento básico no Brasil e as externalidades positivas

A garantia de condições adequadas de saneamento básico para a população sempre foi um desafio no Brasil, diante de diversos fatores, como o crescimento desordenado das cidades, o volume de investimentos necessários e o desinteresse político neste tipo de atividade, o que resultava na baixa alocação de recursos financeiros para as ações necessárias à estruturação de sistemas de saneamento e resultou em um cenário de degradação das condições ambientais nas cidades e deterioração da qualidade de vida, principalmente, para as populações mais vulneráveis socialmente.

Conforme o previsto no inciso I do art. 3º da Lei n.º 11.445, de 05 de janeiro de 2007, alterada pela Lei n.º 14.026, de 15 de julho de 2020, o saneamento básico é conceituado como o conjunto de serviços públicos, infraestrutura e instalações operacionais de abastecimento de água potável, esgotamento sanitário, limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos, e também de drenagem e manejo das águas pluviais urbanas¹.

A percepção da sociedade acerca da importância de ações necessárias à universalização do saneamento básico tem sido alterada ao longo das décadas, de

¹ 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

modo que, atualmente, correlaciona-se o investimento em saneamento básico à melhoria da qualidade de vida, impulsionando o legislador brasileiro à edição de normas jurídicas, tais como a Lei n.º 11.445, de 05 de janeiro de 2007 e a Lei n.º 14.026, de 15 de julho de 2020, que instituíram o denominado “Marco Legal do Saneamento Básico”.

Expandir o saneamento básico ou ampliar progressivamente o acesso de todos os domicílios ao saneamento, conforme o proposto nas referidas normas jurídicas conduzirá efetivamente para a melhoria da qualidade de vida da população, das condições ambientais nos municípios brasileiros e dos indicadores de desenvolvimento humano da sociedade, possibilitando o exercício mais efetivo da dignidade da pessoa humana, princípio previsto no inciso III do art. 1º da Constituição da República de 1988.

As metas de universalização propostas nas referidas normas jurídicas estão em absoluta conformidade com os Objetivos do Desenvolvimento Sustentável – ODS, instituídos no âmbito da Organização das Nações Unidas – ONU adotada pelo Brasil em 2015, durante a Cúpula das Nações Unidas sobre o Desenvolvimento Sustentável, os quais impõe a atuação estratégica e coordenada visando a melhoria dos padrões globais de sanidade do ambiente, seja ele humano, natural ou artificial.

Registre-se que os objetivos instituídos por meio dos ODS são globais, mas os problemas e dificuldades para alcançá-los são locais, variando-se as mesmas de acordo com as diferenças culturais, geográficas e de medidas de desenvolvimento social, econômico e ambiental, podendo-se identificar uma diversidade de níveis de desenvolvimento humano em um mesmo município, estado e país, o que muitas vezes exterioriza a desigualdade social, tão característica do Brasil.

Neste sentido, urge mencionar a importância dos indicadores sociais, dentre os quais destaca-se o Índice de Desenvolvimento Humano – IDH, criado no âmbito do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD por Mahbub ul Haq, com a colaboração do economista indiano Amartya Sen, ganhador do Prêmio Nobel de Economia de 1998, como ferramenta de avaliação das condições de vida, que por sua vez, pode ser utilizado para a mensuração dos desafios para o cumprimento das metas instituídas no marco legal do saneamento básico e dos ODS propriamente.

Destaque-se que conforme os dados do PNUD o Índice de Desenvolvimento Humano – IDH da Região Norte do país encontra-se em 0,683, enquanto que o IDH do Brasil é de 0,759², havendo a necessidade da melhoria das condições de vida nesta região que possui o maior espaço geográfico do país e relativa densidade demográfica,

² Disponível em: <https://blog.faculdaedemacapa.com.br/idh-da-regiao-norte/>. Acesso em: 01 nov. 2021.

o que dificulta ainda mais a instituição de políticas públicas que elevem o indicador em questão, diante da vastidão territorial e da distribuição da população na região.

Acrescente-se que em relação ao saneamento básico, que conduz à melhoria do IDH, uma vez que a falta de saneamento afeta a saúde, o desempenho escolar e a produtividade dos brasileiros, a Região Norte do país apresenta os piores indicadores, segundo dados apurados pelo Instituto Trata Brasil, representando 22% de tratamento de esgoto, em detrimento de 33,7% da Região Nordeste, 55,5% da Região Sudeste, 47% da Região Sul e 56,8% da Região Centro Oeste, bem como, em relação ao acesso à água, na Região Norte, 57,5% da população é abastecida com água tratada, enquanto que o percentual é de 73,9% da população abastecida com água tratada no Nordeste, 91,1% no Sudeste, 90,5% na Região Sul e 89,7% na Região Centro Oeste³.

Dentre as medidas que conduzirão à melhoria do IDH e das condições de vida na Região Norte do país, inclui-se a universalização do saneamento básico, que deverá ser implementada até 31 de dezembro de 2033, mediante o atendimento de 99% da população com acesso à água potável e de 90% da população com coleta e tratamento de esgotos, nos termos do art. 11-B da Lei n.º 11.445, de 05 de janeiro de 2007, instituído a partir das alterações produzidas por meio da Lei n.º 14.026, de 15 de julho de 2020.

Tais metas representam um desafio no país diante dos índices atuais de saneamento conforme o referido acima. Conforme Edis Milaré (2015, p. 1.146) não é novidade que comunidades inteiras, no Brasil, sequer têm acesso ao abastecimento de água e que a prestação dos serviços de saneamento básico requer mobilização e organização de aparato significativo, envolvendo desde a aprovação orçamentária, até a efetivação de projetos complexos, muitas vezes de demorada maturação⁴.

A problemática em questão torna-se mais relevante quando se analisa os municípios da Região Norte do Brasil, dos quais muitos ainda sofrem pelo isolamento geográfico e pela ausência ou deficiência de estruturas de infraestrutura de água, energia, transportes, saúde, educação, tratamento de resíduos sólidos, dentre outros. O investimento em saneamento básico nos municípios da Região Norte representará a redução da evasão escolar, a melhoria das condições de saúde da população e, com isso, desenvolvimento econômico, social e ambiental nesta importante região do país.

³ Disponível em: <https://www.tratabrasil.org.br/pt/saneamento/principais-estatisticas>. Acesso em: 02 nov. 2021.

⁴ MILARÉ, Edis. **Direito do Ambiente**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

2.2 As metas de saneamento básico e o equilíbrio econômico financeiro dos contratos de concessão em vigor

As metas de universalização do saneamento básico que foram previstas no art. 11-B da Lei n.º 11.445, de 05 de janeiro de 2007 (Marco Legal do Saneamento Básico)⁵ incluídas por meio da Lei n.º 14.026, de 15 de julho de 2020, vem resultando na alteração dos contratos de concessão em vigor com a assunção pelos atuais concessionários de obrigações de investimentos que não foram previstas no momento de celebração dos instrumentos contratuais.

A alteração dos referidos contratos, quando necessária, deverá ser realizada até 31 de março de 2022 conforme o previsto no § 1º do art. 11-B da Lei n.º 11.445, de 05 de janeiro de 2007. No inciso III do §2º do referido dispositivo está previsto o aditamento dos contratos já licitados, inclusive no que diz respeito a eventual reequilíbrio econômico financeiro, a ser realizado em comum acordo com as concessionárias.

Celso Antônio Bandeira de Mello (2007, p. 619-620), sobre o assunto leciona que o “equilíbrio econômico-financeiro (ou equação econômico-financeira) é a relação de igualdade formada, de um lado, pelas obrigações assumidas pelo contratante no momento do ajuste e, de outro, pela compensação econômica que lhe corresponderá. A equação econômico-financeira é intangível”⁶.

Por sua vez, para Marçal Justen Filho (2002, p. 449-450) “a tutela ao equilíbrio econômico financeiro dos contratos administrativos destina-se a beneficiar a própria Administração. Se os particulares tivessem de arcar com as consequências de todos os eventos danosos possíveis, teriam de formular propostas mais onerosas”⁷. Por tal motivo que a temática em questão é amplamente tratada na doutrina e na legislação, como necessária e essencial aos contratos firmados pela Administração Pública.

A manutenção do equilíbrio econômico financeiro dos contratos de concessão é imprescindível para se estabelecer uma relação de correspondência entre os encargos não previstos inicialmente no contrato impostos ao concessionário e a necessidade de cumprimento dos objetivos e metas estabelecidas neste contrato. Não se pode admitir que haja a imposição de encargos pela Administração Pública ao

⁵ 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.

⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

⁷ FILHO, Marçal Justen. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 9ª.ed., São Paulo: Dialética, 2002.

concessionário sem que haja a previsão de formas de recompor o equilíbrio contratual, sob pena de afetar os objetivos propostos nestes instrumentos.

Logo, não reequilibrar um contrato de concessão diante de eventos e situações imprevisíveis que afetam a equação econômica e financeira dessas avenças é atentatório ao interesse público e aos objetivos estabelecidos nesses instrumentos, afetando tanto o concessionário que poderá não ter condições de manter a qualidade e eficiência na prestação dos serviços públicos propostos quanto a sociedade que poderá vir a sofrer pela falta ou deficiência na prestação dos serviços públicos sob a responsabilidade do concessionário. Por tais aspectos faz-se imprescindível a realização de estudos e análises técnicas permanentes da equação econômico financeira, especialmente, nos contratos de concessão de longo prazo.

Conforme Egon Bockmann Moreira e Rafaella Peçanha Guzela (2016, p. 340) assegurar o equilíbrio econômico financeiro dos contratos de concessão não significa tratar de vantagens do investidor (concessionário) em detrimento da Administração ou dos usuários, mas em benefício do projeto de concessão pública, havendo que ser reconhecido o equilíbrio econômico financeiro dos contratos enquanto garantia do interesse público, na medida em que se protege o projeto concessionário e as relações que dele derivam⁸.

Continuam os mesmos autores (2016, p. 341) que assegurar o equilíbrio econômico financeiro dos contratos “(...) não significa tratar de vantagens do investidor (concessionário) em detrimento da Administração ou dos usuários, mas em imediato benefício do projeto concessionário”. Deste modo, para Egon Bockmann Moreira e Rafaella Peçanha Guzela (2016, p. 341) o equilíbrio dessa equação instaura situação de equivalência, comutatividade, por intermédio de uma relação capaz de dialogar com cenários que se alteram, até pela improbabilidade de contrato firmado no presente tutelar de maneira precisa e exauriente a realidade que será vivenciada ao longo de décadas de execução.

Faz-se necessário também mencionar que a manutenção do equilíbrio econômico financeiro também possibilita o estabelecimento de um ambiente saudável de negócios ao investidor privado, que decide participar de um processo licitatório para a prestação de serviços públicos e compromete-se com investimento e metas de qualidade e eficiência mediante a retribuição financeira, que no caso do saneamento básico, dar-se por meio de taxa ou tarifa.

⁸ MOREIRA, Egon Bockmann; GUZELA, Rafaella Peçanha. Contratos administrativos de longo prazo, equilíbrio econômico financeiro e taxa interna de retorno. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). **Contratos administrativos, equilíbrio econômico financeiro com a taxa interna de retorno**: a lógica das concessões e parcerias público-privadas. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

Por fim, se faz importante registrar que também está previsto no § 2º do art. 9º da Lei n.º 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, que dispõe sobre o regime de concessão e prestação de serviços públicos, que os contratos de concessão poderão prever mecanismos de revisão de tarifas a fim de manter-se o equilíbrio econômico financeiro, sendo usual nas referidas espécies de contratos a existência de cláusulas que assegurem a manutenção do equilíbrio contratual.

2.3 A cooperação institucional como ferramentas para a universalização do saneamento básico na Região Norte do Brasil

Deve-se reconhecer que a meta de universalização do saneamento básico até 31 de dezembro de 2033 é um desafio que requer uma atuação proativa de todas as partes envolvidas, ou seja, tanto os empreendedores quanto os órgãos dos Poderes Judiciário, Legislativo e Executivo e a sociedade em geral devem cooperar e atuar de forma conjunta para o alcance da universalização do saneamento básico, mediante a assunção e cumprimento de responsabilidades diferenciadas.

Se por um lado o empreendedor deve realizar os investimentos necessários para a manutenção de uma estrutura e prestação de serviços públicos, os órgãos públicos devem atuar de modo a preservar o equilíbrio da equação econômica financeira dos contratos, e os usuários, por sua vez, possuem a obrigação de manter-se adimplentes com as tarifas ou taxas públicas, além de se conectarem às redes existentes e serem agentes de transformação deste sistema, cobrando e exigindo a adequada prestação de serviços.

A ausência de reajustes tarifários devidos, a imposição de encargos não previstos em contrato, a deficiência na regulação de soluções contratuais que levam ao equilíbrio do contrato de concessão são alguns dos fatos que afetam o equilíbrio econômico financeiro dos contratos de concessão vigentes e podem resultar na frustração de investimentos previstos e até mesmo, em algumas situações na precarização na prestação dos serviços públicos.

Do mesmo modo, quando se trata das metas para a universalização do saneamento básico, faz-se necessário um processo amplo de divulgação e informação à população acerca das obrigações estabelecidas em lei, tal como, a obrigação de se conectarem aos sistemas disponíveis, sob pena de multas ou outras penalidades legais, conforme o estabelecido no art. 45, §§ 5º e 6º da Lei n.º 11.445, de 05 de janeiro de 2007 (Marco Legal do Saneamento Básico), inclusas por meio da Lei n.º 14.026, de 15 de julho de 2020⁹.

⁹ “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

A participação popular é essencial para o alcance das metas de universalização, havendo a necessidade da adoção de abordagens diferenciadas pela concessionária, para que a população compreenda e se engaje para o alcance dos objetivos previstos nesta política pública. Neste sentido, ações de conscientização e ampla divulgação deverão ser realizadas pelas concessionárias de abastecimento de água e coleta e tratamento de esgotamento sanitário, devendo ser previstos nos contratos de concessão incentivos para o alcance da meta.

Registre-se que não há no Marco Legal do Saneamento qualquer disposição que obrigue as concessionárias à realização de ações de conscientização sobre os deveres dos usuários na interligação aos sistemas de esgotamento que serão implementados, todavia, tais medidas devem ser inclusas nos contratos de concessão com a previsão de contrapartidas contratuais para a adequada execução desta atividade pelas concessionárias.

Em relação aos desafios para o cumprimento das metas de universalização instituídas no Marco Legal do Saneamento, registre-se as dificuldades adicionais de implementação aos estados da Região Norte do país, seja pelas dificuldades geográficas, pelos baixos índices de desenvolvimento econômico e social, pelo amplo espaço geográfico da região, pelas condições ambientais e de acesso à bens existentes, dentre outras dificuldades que se impõem nesta área específica do país.

A Região Norte detém a maior cobertura florestal do planeta, abrigando uma rica diversidade biológica e cultural, sendo também formada por núcleos urbanos desenvolvidos, com pujante atividade comercial e industrial, bem como, por unidades de conservação, reservas indígenas, inúmeros núcleos populacionais pequenos, denominados comunidades ribeirinhas, compostas por um quantitativo reduzido de habitações que de forma dispersa estão instaladas nas margens de rios e igarapés da região, por vezes, não tendo acesso à energia, água potável, transporte público e outras benesses oferecidas nas metrópoles.

Há um esforço governamental para que essas populações possam cada vez mais conviver de forma harmônica com o meio ambiente, por meio do

taxas, tarifas e outros preços públicos decorrentes da disponibilização e da manutenção da infraestrutura e do uso desses serviços.

§ 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 reúso e de captação de água de chuva, nos termos do regulamento.

§ 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.

desenvolvimento de práticas que promovam a conservação, dentro de uma lógica de utilização de instrumentos econômicos que valorizam os serviços ambientais fornecidos pela floresta em pé.

Nesse sentido, o autor Virgílio Viana (2006, p. 135) sustenta que há necessidade de criação de uma nova racionalidade econômica para a conservação das florestas fora dos parques nacionais, a partir da proteção da floresta pelos próprios moradores da Amazônia, por meio da rentabilidade do manejo florestal em relação ao desmatamento para a agropecuária e a extração predatória de madeira e produtos não madeireiros¹⁰.

A biodiversidade é fonte das populações tradicionais para a obtenção de alimento, meio de transporte e outras condições de vida. Segundo a autora Therezinha Fraxe, *et al.* (2006, p. 234), enquanto que a vida do homem urbano acontece sob a proteção de um laboratório artificial, outra é a realidade do ribeirão amazônico, visto que sua vida e a de sua família entram-se sob outra forma de manifestação do tempo, quando o movimento cíclico das águas é ditame do qual não podem escapar¹¹.

Há uma relação de dependência direta das populações tradicionais da Amazônia, das condições da biodiversidade sendo que, as alterações minimamente ocorridas no regime de chuvas, por exemplo, afetam a qualidade de vida impossibilitando o acesso à água potável, o transporte fluvial e a obtenção de alimentos, dentre outros problemas. Por tal motivo, se torna ainda mais relevante a universalização do saneamento básico.

A universalização do saneamento básico irá conduzir a um modelo de desenvolvimento que possibilita a sustentabilidade a longo prazo, com a melhoria das condições sociais, econômicas e ambientais dessas populações. A universalização do saneamento básico propicia a preservação do meio ambiente e o aproveitamento das potencialidades econômicas nesta região de forma sustentável.

Neste sentido, conforme Thiago Flores dos Santos (2020, p. 81)¹², o desenvolvimento econômico deve ser considerado com vertentes multidisciplinares, pois abrange questões sociais, econômicas e ambientais, tendo por finalidade o alcance da sadia qualidade de vida e dignidade da pessoa humana, que foram erigidos como direitos fundamentais a partir da Constituição de 1988. A implementação das

¹⁰ VIANA, Virgílio. **As florestas e o desenvolvimento sustentável na Amazônia**. Manaus: Editora Valer, 2006.

¹¹ FRAXE, Therezinha de Jesus Pinto; WITKOSKI, Antonio Carlos; LIMA, Marcos Castro de; CASTRO, Albejamere Pereira de. Natureza e mundo vivido: o espaço e lugar na percepção da família cabocla/ribeirinha. In: SCHERER, Elenise; OLIVEIRA, José Aldemir de (Org.). **Amazônia: políticas públicas e diversidade cultural**. Rio de Janeiro: Garamond, 2006.

¹² SANTOS, Thiago Flores dos. **Licenciamento ambiental: análise sob a ótica do direito constitucional contemporâneo**. Manaus: Editora Lumen Juris, 2020.

metas de universalização do saneamento básico conduzirá a um modelo de desenvolvimento galgado em valores do Século XXI, pautado na melhoria das condições sociais, econômicas e ambientais.

3 CONCLUSÃO

Verificou-se por meio do presente estudo que os desafios para a Região Norte do Brasil são diferenciados, seja pela distância geográfica dos grandes centros urbanos, por problemas fundiários que afetam o dimensionamento das estruturas necessárias para o saneamento básico, pelo isolamento de localidades ou mesmo devido às condições de desenvolvimento econômico das populações locais, pelo que, se fará necessária a utilização de ferramentas regulatórias e a conjugação de esforços da sociedade e Poder Público, para que haja segurança jurídica às concessionárias, que é necessária para o cumprimento das metas de universalização do saneamento básico nesta região.

Há necessidade de se conferir segurança jurídica aos investimentos do empreendedor privado, especialmente, diante das metas previstas no Marco Legal do Saneamento Básico. Com a elaboração dos planos municipais de saneamento, mudanças deverão ser implementadas nos contratos de concessão em vigor de modo a garantir os investimentos necessários ao cumprimento das metas e obrigações estabelecidas. Sem a previsão da respectiva fonte de receita e investimentos, dificilmente serão cumpridas as metas estabelecidas na Lei n.º 11.445, de 05 de janeiro de 2007.

A implementação das metas de universalização do saneamento básico deve ser buscada tanto pelo Poder Público, quanto pela sociedade, em uma relação proativa e de assunção de deveres e contrapartidas. Não se pode admitir que haja a imposição de ônus a somente uma das partes. Os ônus e contrapartidas deverão ser implementados pelo Poder Público e sociedade, de modo que haja uma cooperação permanente para o alcance dos objetivos estabelecidos no Marco Legal do Saneamento Básico.

Por fim, deve emergir a cooperação institucional entre os poderes constitucionais instituídos por meio do art. 2º da Constituição de 1988, no caso, o Poder Judiciário, Poder Legislativo e o Poder Executivo, em conjunto com os diversos segmentos da sociedade para a implementação da política pública de universalização do saneamento básico na Região Norte, registrando-se tal medida afigura-se como essencial à manutenção da qualidade ambiental, tão necessária para as populações que escolheram essa região do país para exercerem a dignidade da vida humana.

REFERÊNCIAS

FACULDADE DE MACAPÁ. IDH da Região Norte. **Blog**. [2021]. Disponível em: <https://blog.faculdaadedemacapa.com.br/idh-da-regiao-norte>. Acesso em: 29 nov. 2021.

FRAXE, Therezinha de Jesus Pinto; WITKOSKI, Antonio Carlos; LIMA, Marcos Castro de; CASTRO, Albejamere Pereira de. Natureza e mundo vivido: o espaço e lugar na percepção da família cabocla/ribeirinha. *In*: SCHERER, Elenise; OLIVEIRA, José Aldemir de (Org.). **Amazônia: políticas públicas e diversidade cultural**. Rio de Janeiro: Garamond, 2006.

INSTITUTO TRATA BRASIL. **Principais estatísticas**. [2021]. Disponível em: <https://www.tratabrasil.org.br/pt/saneamento/principais-estatisticas>. Acesso em: 29 nov. 2021.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 9. ed. São Paulo: Dialética, 2002.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MILARÉ, Edis. **Direito do Ambiente**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MOREIRA, Egon Bockmann; GUZELA, Rafaella Peçanha. Contratos administrativos de longo prazo, equilíbrio econômico financeiro e taxa interna de retorno. *In*: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). **Contratos administrativos, equilíbrio econômico financeiro com a taxa interna de retorno: a lógica das concessões e parcerias público-privadas**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SANTOS, Thiago Flores dos. **Licenciamento ambiental: análise sob a ótica do direito constitucional contemporâneo**. Manaus: Editora Lumen Juris, 2020.

VIANA, Virgílio. **As florestas e o desenvolvimento sustentável na Amazônia**. Manaus: Editora Valer, 2006.

SANEAMENTO, O MAIS BÁSICO DOS DIREITOS HUMANOS: a Era das *Smart Cities* e os desafios do desenvolvimento sustentável

Thomas Law*

Marcelo Ramos*

Sóstenes Marchezine*

RESUMO: O presente artigo trata o saneamento como o mais básico dos direitos humanos universais, na medida que o caracteriza como pressuposto de princípios e garantias constitucionais fundamentais, como a vida, a saúde, o bem-estar, a dignidade e o amplo exercício da cidadania. A análise conclui que não há espaço para descompasso socioambiental e econômico na era global das *smart cities*, da transformação digital e da sustentabilidade, cujo desenvolvimento prático e estratégico implica na efetiva responsabilidade com as pessoas e com o planeta.

Palavras-chave: Saneamento Básico. Direitos Humanos. Sustentabilidade. *Smart City*. ESG.

* Advogado, Mestre em Direito das Relações Internacionais Econômicas e Doutor em Direito Comercial pela PUC/SP. É professor, escritor e autor de livros. É Presidente do Instituto Sociocultural Brasil/China (Ibrachina) e do Instituto Brasileiro de Ciências Jurídicas (IBCIJ). É Diretor do Centro de Estudos de Direito Econômico e Social (CEDES). É presidente da Coordenação Nacional das Relações Brasil/China (CNRBC) e da Comissão Especial Brasil/ONU de Integração Jurídica e Diplomacia Cidadã para implementação dos 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (CEBRAONU), ambos órgãos do Conselho Federal da OAB. É vice-presidente do Conselho Consultivo do Comitê de Crise Covid-19, do Congresso Nacional. Foi convidado para assumir a Secretaria-Executiva da Frente Parlamentar do Congresso Nacional para Desenvolvimento de Cidades Inteligentes (*Smart Cities*).

* Deputado Federal, Vice-Presidente da Câmara dos Deputados e do Congresso Nacional brasileiro. É advogado, com formação em Direito pela Universidade Federal do Amazonas (UFAM), especialização em Direito Processual e MBA em Gestão Governamental. Jurista, é Escritor e Professor de Direito Constitucional. Recentemente, propôs a criação da Frente Parlamentar do Congresso Nacional para o Desenvolvimento de Cidades Inteligentes (*Smart Cities*), da qual assume a Presidência, pela notória experiência na área de mobilidade urbana. Preside também a Frente Parlamentar Mista para o Desenvolvimento Regional Sustentável.

* Advogado, especialista em Direito Empresarial e em Direito Penal Econômico, com certificação em Direito Digital. É Secretário-Executivo do Grupo Parlamentar Brasil/ONU (GPONU) e Diretor do Comitê de Crise Covid-19, ambos do Congresso Nacional. É Vice-presidente da Coordenação Nacional das Relações Brasil/China (CNRBC) e Secretário-Geral da Comissão Especial Brasil/ONU de Integração Jurídica e Diplomacia Cidadã para implementação dos 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (CEBRAONU), ambos órgãos do Conselho Federal da OAB.

ABSTRACT: This article treats sanitation as the most basic of universal human rights, insofar as it characterizes it as a presupposition of fundamental constitutional principles and guarantees, such as life, health, well-being, dignity and the broad exercise of citizenship. The analysis concludes that there is no room for socio-environmental and economic mismatch in the global era of smart cities, digital transformation and sustainability, whose practical and strategic development implies effective responsibility towards people and the planet.

Keywords: Basic sanitation. Human rights. Sustainability. Smart City. ESG.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Panorama constitucional dos direitos socioambientais e das inabaláveis garantias fundamentais. 3 Um olhar aos últimos 20 anos: marco legal e arcabouço regulatório do saneamento básico no Brasil. 4 Saneamento para todos: água saudável e ambiente sustentável como direitos universais. 5 O papel das *smart cities* na promoção da cidadania. 6 Advocacia, Poder Judiciário e Direitos Humanos. 7 Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

Não há dúvidas que a pandemia da covid-19 é uma das principais ameaças globais da história recente da humanidade. Com impacto direto na saúde das pessoas e relevantes reflexos nos mais diversos setores da sociedade, crises sanitárias como a do novo coronavírus escancaram fragilidades e impõem cada vez maior cooperação e governança internacional para que situações como tais não se tornem uma máxima comum e corriqueira.

Paralelamente, no entanto, a pandemia trouxe à tona a importância da limpeza e da higiene para a saúde e a vida, na medida que a Organização Mundial da Saúde – OMS e instituições de saúde do Brasil e outros países alçaram como uma das principais medidas preventivas contra a covid-19 justamente o ato de lavar as mãos, observando o acesso a água e ambientes limpos e seguros. Ou seja, impulsionou a própria essência do saneamento básico.

Não por outra razão, o Novo Marco Legal do Saneamento Básico - há muito discutido - restou viabilizado e consolidado pelo Poder Público brasileiro em meados de 2020, a partir da promulgação da Lei nº 14.026, de 15 de julho do referido ano. Antes, pois, pode-se destacar que em 30 de janeiro a OMS publicou a Declaração de Emergência em Saúde Pública de Importância Internacional e em 11 de março a Declaração Pública de situação de Pandemia.

Nacionalmente, o Ministério da Saúde brasileiro publicou em 4 de fevereiro a Declaração de Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional, tendo o Congresso Nacional providenciado para o imediato enfrentamento da pandemia a edição Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, aliada também ao Decreto de calamidade pública no Brasil.

Não bastasse o poder viral, a ferocidade e o comportamento desconhecido do vírus, o Brasil teria que conseguir enfrentá-lo não apenas com os desafios na área da saúde pública, mas também vivenciando um cenário social caótico da falta de saneamento básico universal.

Vê-se que, de acordo com dados do Sistema Nacional de Informações em Saneamento Básico - SINISA, criado pela Lei nº 11.445/2007, cerca de 35 milhões de brasileiros não possuem acesso à água potável e 100 milhões não têm serviço de coleta de esgotos - realidade desesperadora, sobretudo em meio a pandemia sem precedentes, que – como já dito – tem justamente a água e o ambiente limpos e seguros como ferramentas de contenção.

Com o marco do saneamento, o principal objetivo da legislação é universalizar e qualificar a prestação dos serviços no setor. A lei impôs e instituiu diretrizes para que 99% da população tenha acesso a água potável e 90% ao tratamento e à coleta de esgoto até 2033.

Estes, no entanto, são desafios já expressos nos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável – ODS da Agenda 2030 das Nações Unidas, assumidos à unanimidade pelos 193 Estados membros – dentre eles o Brasil – em 2015. Isto por si só não diminui a essencialidade do marco legal, que se estabeleceu para estruturar um ambiente de segurança jurídica, competitividade e sustentabilidade, a fim de atrair novos investimentos para universalizar e qualificar a prestação dos serviços no setor.

O ODS 6 da Agenda 2030, por exemplo, trata sobre “Água Potável e Saneamento”, tendo como objeto assegurar a disponibilidade e a gestão sustentável da água e saneamento para todos. Este ODS se caracterizou levando em consideração que a escassez de água afeta mais de 40% das pessoas do mundo - um número alarmante que ainda tem potencial de crescer com o aumento da temperatura global do planeta, resultado das mudanças climáticas.

A meta 6.1 do ODS 6 estabelece o prazo até 2030 para o alcance do acesso universal e equitativo a água potável e segura para todas as pessoas. Já a meta 6.2 prevê alcançar o acesso a saneamento e higiene adequados e equitativo para todos. A meta 6.3 do ODS 6 é melhorar a qualidade da água por meio da queda da poluição e o estímulo à reutilização do recurso.

A meta 6.4 prevê aumentar a eficiência do uso da água em todos os setores e reduzir o número de pessoas que sofrem com a escassez hídrica. A meta 6.5 indica que os

países deverão implementar a gestão integrada de recursos hídricos, inclusive via cooperação transfronteiriça no caso de águas internacionais. Já a meta 6.6 é proteger e restaurar ecossistemas relacionados à água, como: rios, aquíferos e zonas úmidas.

Há ainda as metas tidas como permanentes, como a meta 6.a para ampliar a cooperação internacional e o apoio à capacitação; e a meta 6.b para apoiar e fortalecer a participação das comunidades locais, para melhorar a gestão da água e do saneamento.

Cada um dos objetivos e metas tem indicadores a si associados, passíveis de adequações à realidade local de cada país. E dessa forma devem ser monitorados e executados.

É importante dizer que a temática do saneamento básico é transversal à toda Agenda 2030. Assim, além do ODS 6, pode-se destacar ainda o ODS 2 – Erradicação da Pobreza; o ODS 3 - Saúde e bem-estar; o ODS 11 - Cidades e comunidades sustentáveis; o ODS 13 - Ação contra a mudança global do clima; e outros.

Com esse esforço analítico, o artigo busca discutir o saneamento básico a partir não apenas do contexto legal, regulatório e de apelos nacionais e internacionais, mas também atraindo os caminhos iminentes para implementação de *smart cities*, ou cidades inteligentes, na atual era de transformação digital e revolução da sustentabilidade e boas-práticas ESG (*Environmental, Social and Governance*), alertando que não cabe para tanto qualquer descompasso socioambiental e econômico, mas sim seja resguardado preocupação efetiva com as pessoas e com o planeta.

2 PANORAMA CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS SOCIOAMBIENTAIS E DAS INABALÁVEIS GARANTIAS FUNDAMENTAIS

As históricas e emocionantes palavras do Dr. Ulysses Guimarães em seu discurso na qualidade de presidente da Assembleia Nacional Constituinte e todo o contexto que permeou a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, em 5 de outubro de 1988, fizeram com que a Carta Magna ficasse naturalmente conhecida como a “Constituição Cidadã”.

Até aqui, passaram-se trinta e três anos, e dia após dia é dever cívico rememorar a Constituição Federal como marco do processo de redemocratização nacional e parâmetro inabalável dos direitos e garantias fundamentais, de modo a fomentar e consolidar este reconhecimento não só do Poder Público, como de toda a sociedade. Afinal, como bem destacou Guimarães, “a Constituição certamente não é perfeita. Ela própria o confessa ao admitir a reforma. Quanto a ela, discordar, sim. Divergir, sim. Descumprir, jamais. Afrontá-la, nunca.”

Não há dúvidas, a Carta Magna de 1988 é de fato a “Constituição Cidadã”. Seu preâmbulo, que não deve ser esquecido, explicita bem o porquê:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte, para instituir um Estado Democrático, destinado a **assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais**, a liberdade, a segurança, **o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade** fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil.

Por conta desta retumbante conquista e notáveis avanços, inclusive, o dia 5 de outubro passou a ser, por força da Lei Federal nº 12.267/2010, não apenas a data da promulgação da Constituição Federal de 1988, como também o Dia Nacional da Cidadania – já comemorado há mais de uma década. No entanto, para além da dedicação em calendário brasileiro, há que se discutir os desafios a serem suplantados para que os ditames constitucionais sejam estritamente observados na prática em benefício do cidadão e da sociedade em geral.

Para tanto, faz-se essencial conhecer e analisar o panorama constitucional.

Considerando o recorte temático objeto prioritário deste artigo, vê-se que a Constituição Federal brasileira estabelece como competência da União, em seu artigo 21, a elaboração e execução de planos nacionais e regionais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social (inciso IX), bem como a instituição de diretrizes para o desenvolvimento urbano, nas áreas de habitação, transportes e saneamento básico (inciso XX).

A Carta Magna também prevê, em seu artigo 23, responsabilidades comuns aos entes federativos – quer seja, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios – para cuidar da saúde e assistência pública (inciso II); proteger o meio ambiente e combater a poluição (inciso VI); bem como promover programas de moradia e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico (inciso IX).

Isto porque, dentre os fundamentos institucionais do Brasil, constantes do artigo primeiro da Constituição, estão justamente a cidadania e a dignidade da pessoa humana, tendo como objetivos – conforme previstos no artigo terceiro - construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; e promover o bem de todos. Estão previstos, ainda, no artigo quarto, princípios para regência das relações internacionais, como a prevalência dos direitos humanos e a cooperação entre os povos para o progresso da humanidade.

Ato contínuo, atrai-se o artigo quinto que assevera serem todos iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se sobretudo a inviolabilidade do direito à vida. O artigo sexto, por sua vez, estabelece como direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados.

No que tange à ordem econômica, com discussões ainda mais latente atualmente por ocasião das boas práticas ESG, o artigo 170 prevê a garantia de existência digna a todos, conforme os ditames da justiça social, com observância a princípios como a defesa do meio ambiente (inciso VI) e a redução das desigualdades regionais e sociais (inciso VII). Até mesmo em relação à função social da propriedade, o artigo 186 a considera cumprida quando há o atendimento a determinados critérios, como a utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e a preservação do meio ambiente.

Por oportuno, importa destacar também que o artigo 194 cita que a seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social; e o artigo 200 atribui ao Sistema Único de Saúde – SUS a missão de participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico (inciso IV); incrementar, em sua área de atuação, o desenvolvimento científico e tecnológico e a inovação (inciso V); e colaborar na proteção do meio ambiente (inciso VIII).

Há, ainda, capítulos constitucionais inteiramente dedicados à política urbana (artigo 182 e seguintes), à saúde (artigo 196 e seguintes) e ao meio-ambiente (artigo 225 e seguintes). A política urbana, de responsabilidade do Poder Público municipal, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes, a partir de plano diretor com diretrizes e exigências inerentes ao local.

Já a saúde é, indiscutivelmente, 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. A assistência à saúde é, também, livre à iniciativa privada - que poderá participar de forma complementar do SUS. Quanto ao meio ambiente, a Constituição assegura a todos direito a um contexto ecologicamente equilibrado, 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.

A temática como um todo detém tamanha importância ao Brasil, a ponto de a Constituição permitir excepcionalmente – a teor do artigo 34 – a intervenção da União nos Estados e no Distrito Federal para assegurar a observância dos princípios

constitucionais de direitos da pessoa humana; e a aplicação do mínimo exigido da receita nos serviços públicos de saúde. Este último caso, ainda, permitiria até mesmo intervenção de Estados em seus Municípios, consoante dispõe o artigo 35.

3 UM OLHAR AOS ÚLTIMOS 20 ANOS: marco legal e arcabouço regulatório do saneamento básico no Brasil

A Lei nº 14.026, de 15 de julho de 2020, conhecida como o Novo Marco do Saneamento Básico, promoveu importantes alterações em sete legislações federais brasileiras. Na origem da norma, está o Projeto de Lei nº 4162, de 2 de agosto de 2019, apresentado pelo Governo Federal ao Congresso Nacional, tendo a Câmara dos Deputados como Casa Iniciadora e o Senado Federal como Casa Revisora – ante a estrutura bicameral do Poder Legislativo.

Ocorre que, no decorrer da tramitação legislativa, ainda na Câmara dos Deputados, a proposição apresentada pelo Poder Executivo foi apensada ao Projeto de Lei nº 3261, de 3 de junho de 2019, de autoria do Senador Tasso Jereissati (PSDB/CE), que aglutinou outros oito projetos de lei e protagonizou a constituição – em ato datado de 9 de agosto de 2019 - de específica Comissão Especial, fincada sob a presidência do Deputado Federal Evair Vieira de Melo (PP/ES), para proferir parecer após ampla discussão meritória e análise temática.

Isto porque, a toque de caixa, em 6 de junho de 2019, o plenário do Senado Federal aprovou o Projeto de Lei nº 3261/2019 e em 12 de junho remeteu à Câmara dos Deputados para apreciação revisora. Assim, quando o Projeto de Lei nº 4162/2019, do Governo Federal, foi apresentado em 2 de agosto, já havia proposição com identidade meritória e em fase avançada.

Apesar disto, na prática e nos anais do Congresso Nacional, a novel Lei nº 14.026/2020 tem de fato como origem o Projeto de Lei nº 4162/2019, do Poder Executivo, tendo em vista que a proposição recuperou seu protagonismo em 16 de dezembro de 2019, quando desapensada e aprovada pelo plenário da Câmara dos Deputados. Com isso, o Projeto de Lei nº 3261/19, iniciado no Senado, restou prejudicado e arquivado definitivamente.

A matéria, por fim, foi objeto de nova tramitação no Senado Federal, até que o Projeto de Lei nº 4162/2019 foi aprovado pelo Plenário da Casa em 24 de junho de 2020, com remessa no dia seguinte para sanção presidencial – o que ocorreu em 15 de julho com determinados vetos, que foram mantidos pelo Congresso Nacional em 17 de março de 2021.

É importante conhecer a dinâmica legislativa empreendida no Congresso Nacional para fins de deliberação da matéria, bem como os esforços interpoderes e

interinstitucionais para sua consolidação - que se desdobraram por cerca de três anos, compreendido o período de pandemia mundial com a crise sanitária da covid-19, afligindo fortemente o Brasil e amplificando os mais diversos desafios sociais, ambientais e econômicos existentes no País.

O Novo Marco de Saneamento Básico, como dito anteriormente, promoveu alterações em sete legislações brasileiras, que foram promulgadas nos anos de 2000, 2003, 2005, 2007, 2010, 2015 e 2017. Assim, se caracteriza por atualizar e consolidar mais de duas décadas de esforços administrativos, institucionais e regulatórios, numa fase em que o Brasil foi um dos protagonistas para a conceituação global da sustentabilidade e promoção dos Objetivos de Desenvolvimento do Milênio – ODM que se desdobrou para os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável – ODS incorporado pela Agenda 2030 das Nações Unidas.

Destaca-se as alterações na Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007, que estabelece a política federal e as diretrizes nacionais para o saneamento básico – legalmente considerado um conjunto de serviços públicos, infraestruturas e instalações operacionais de abastecimento de água potável, esgotamento sanitário, limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos, e drenagem e manejo das águas pluviais urbanas. A referida lei foi regulamentada pelo Decreto nº 7.217/2010 – recentemente atualizado pelo Decreto nº 10.588, de 24 de dezembro de 2020.

O marco legal se dedicou a estabelecer princípios fundamentais para a prestação de serviços públicos de saneamento básico, como o acesso efetivo, integral e universal, de forma adequada à saúde pública, à conservação dos recursos naturais e à proteção do meio ambiente com eficiência e sustentabilidade econômica, sem olvidar da fiscalização preventiva das redes e da estrita atenção à segurança da vida e do patrimônio público e privado, adotando métodos, técnicas e processos que considerem as peculiaridades locais e regionais.

Dentre os fundamentos está também a articulação regular e continuada com as políticas de desenvolvimento urbano e regional, de habitação, de combate à pobreza e de sua erradicação, e outras de interesse social relevante, destinadas à melhoria da qualidade de vida, para as quais o saneamento básico seja fator determinante; inclusive mediante estímulo à pesquisa, ao desenvolvimento e à utilização de tecnologias apropriadas.

Há que se observar, ainda, a integração das infraestruturas e dos serviços com a gestão eficiente dos recursos hídricos; a redução e controle das perdas de água, o estímulo à racionalização de seu consumo pelos usuários e fomento à eficiência energética, ao reuso de efluentes sanitários e ao aproveitamento de águas de chuva; a prestação regionalizada dos serviços e a seleção competitiva do prestador.

Dentre os conjuntos de serviços públicos envolvidos no saneamento básico, estão os especializados de limpeza urbana e de manejo de resíduos sólidos com as atividades operacionais de coleta, transbordo, transporte, triagem para fins de reutilização ou reciclagem, tratamento, inclusive por compostagem, e destinação final dos resíduos domésticos, de atividades comerciais e industriais, e originários dos serviços públicos de limpeza urbana.

Ora, serviços de varrição de logradouros públicos, de limpeza de dispositivos de drenagem de águas pluviais, de limpeza de córregos e outros serviços, tais como poda, capina, raspagem e roçada, bem como de coleta, de acondicionamento e de destinação final ambientalmente adequada dos resíduos sólidos provenientes dessas atividades, são fatores determinantes para a dignidade da pessoa humana e promoção de direitos universais. Por isso, trata-se aqui o saneamento como o mais básico dos direitos humanos.

Nesse contexto exemplificativo, fica claro que abordar saneamento básico é discutir sobre o desenvolvimento social sustentável das cidades, com foco nas pessoas e no planeta. Assim, não há como deixar de atrair o conceito das *smart cities* que, para além da utilização de soluções tecnológicas e inovadoras, ou mesmo de visão que denote transformações disruptivas ao extremo, está no primeiro plano a gestão eficiente e regular dos serviços públicos prestados, ainda que a partir das ferramentas já disponíveis e passíveis de imediata implementação.

Em paralelo, um dos grandes avanços do marco legal regulatório está na atenciosa abordagem relacionada à segurança jurídica na promoção dos contratos e das concessões dos serviços públicos de saneamento básico. Assim, abre-se espaço para saudável concorrência em benefício do cidadão e da sociedade em geral, na medida que garante a melhoria dos serviços.

É justamente neste ponto, também, que se notabilizam grandes oportunidades para a advocacia e um tempo de preciosos investimentos para o Brasil, gerando uma série de desdobramentos favoráveis e maior interesse internacional culminando em fluxo comercial.

Noutro ponto, a lei passa a obrigar a existência não apenas de cláusulas essenciais do contrato de concessão, previstas no art. 23 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, como também que constem expressamente nos contratos relativos à prestação dos serviços públicos de saneamento básico, controles e metas específicas que permitam o cumprimento dos princípios e diretrizes macros da norma, suscitadas nos parágrafos anteriores. Chama a atenção a previsão legal de vedação a distribuição de lucros e dividendos, do contrato em execução, pelo prestador que estiver descumprindo as metas e cronogramas estabelecidos no contrato específico de serviço público de saneamento básico.

O novo marco legal determinou que os contratos de prestação dos serviços públicos de saneamento básico deverão definir, sob intensão fiscalização e sanção da agência reguladora, metas de universalização que garantam o atendimento de 99% da população com água potável e de 90% 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 - obrigando ainda que os contratos em vigor antes da lei que não possuírem tais metas sejam revisados até 31 de março de 2022 para inclusão.

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 Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico (ANA) para inserção no Sistema Nacional de Informações em Saneamento Básico (SINISA).

A União é legalmente responsável pela elaboração do Plano Nacional de Saneamento Básico, com os objetivos e metas nacionais e regionalizadas, de curto, médio e longo prazos, para a universalização dos serviços de saneamento básico e o alcance de níveis crescentes de saneamento básico no território nacional, observando a compatibilidade com os demais planos e políticas públicas.

O Plano deve prever também a proposição de programas, projetos e ações necessários para atingir os objetivos e as metas da política federal de saneamento básico, com identificação das fontes de financiamento, de forma a ampliar os investimentos públicos e privados no setor, inclusive com observância às áreas indígenas, reservas extrativistas e comunidades quilombolas. Tudo num horizonte de 20 (vinte) anos, avaliados anualmente e revisados a cada 4 (quatro) anos, preferencialmente em períodos coincidentes com os de vigência dos planos plurianuais.

Para sua coordenação institucional, no entanto, o novo marco legal dispôs sobre a criação do Comitê Interministerial de Saneamento Básico (Cisb), colegiado com 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 estratégicas.

Por oportuno, importa destacar também o Regime Especial de Incentivos para o Desenvolvimento do Saneamento Básico - REISB, que foi legalmente instituído em 2016 com vigência de 10 anos – portanto, apesar de não constar como novidade do novo marco legal, é parte integrantes das últimas duas décadas de avanços - com o objetivo de estimular a pessoa jurídica prestadora de serviços públicos de saneamento básico a aumentar seu volume de investimentos por meio da concessão de créditos tributários, desde que atentos à sustentabilidade, inovação, eficiência do sistema e ao Plano Nacional de Saneamento Básico.

O novo marco legal alterou também a Lei nº 9.984, de 17 de julho de 2000, para atribuir à Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico (ANA) competência para editar normas de referência sobre o serviço de saneamento. Assim, além de entidade federal ser integrante do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos (SINGREH) e responsável pela implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos, a agência passou a ter novas e necessárias atribuições, como a articulação entre os Planos Nacionais de Saneamento Básico, de Resíduos Sólidos e de Recursos Hídricos.

A agência teve incluso o termo “saneamento básico” em sua nomenclatura - sem que isso representasse, no então, a mudança da sigla ANA, sem contar a criação de 239 cargos efetivos sob a alcunha de Especialista em Regulação de Recursos Hídricos e Saneamento Básico. Neste último caso, a partir de alterações na Lei nº 10.768, de 19 de novembro de 2003.

Houve, ainda, intervenção na Lei nº 11.107, de 6 de abril de 2005, para vedar a prestação por contrato de programa dos serviços públicos de que trata o art. 175 da Constituição Federal; na Lei nº 12.305, de 2 de agosto de 2010 (Política Nacional de Resíduos Sólidos) para tratar dos prazos para a disposição final ambientalmente adequada dos rejeitos; na Lei nº 13.089, de 12 de janeiro de 2015 (Estatuto da Metrópole), para estender seu âmbito de aplicação às microrregiões; e na Lei nº 13.529, de 4 de dezembro de 2017, para autorizar a União a participar de fundo com a finalidade exclusiva de financiar serviços técnicos especializados.

Atraindo ainda legislações paralelas relacionadas direta ou indiretamente à temática, observa-se a Lei nº 9.433, de 8 de janeiro de 1997, que institui a Política Nacional de Recursos Hídricos e reconhece a água como um bem de domínio público, como um recurso natural, limitado, dotado de valor econômico, que em situações de escassez o uso prioritário dos recursos hídricos deve se destinar ao consumo humano e a dessedentação de animais, que a gestão deve ser descentralizada e contar com a participação do Poder Público, dos usuários e das comunidades, dentre outros fundamentos.

Observa-se, também, e em caráter especial, a Lei de Concessões (Lei nº 8.987/1995), a prever que toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido na lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato de concessão ou permissão. Sob ótica regulatória ainda mais ampla, há a incidência de novas legislações, como a lei nº 13.848/19 (das Agências Reguladoras) e a lei nº 13.874/19 (da Liberdade Econômica) – sem contar o Marco Legal das Startups e do Empreendedorismo Inovador (Lei Complementar nº 182/2021).

Assim, realizado panorama legal nacional, passa-se a análise internacional.

4 SANEAMENTO PARA TODOS: água saudável e ambiente sustentável como direitos universais

Em 1948 - 3 (três) anos após a fundação do organismo central internacional – a Assembleia Geral das Nações Unidas proclamou a Declaração Universal dos Direitos Humanos. O marco universal se deu por meio da Resolução 217 A (III), como uma norma comum a ser alcançada por todos os povos e nações, na medida que reconhece expressamente a dignidade da pessoa humana em seu art. XXII:

Todo ser humano, como membro da sociedade, tem direito à segurança social, à realização pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento da sua personalidade.

Apesar da Declaração tratar indiretamente da temática de saneamento e recursos hídricos, ao abordar contextualmente sobre vida, saúde, bem-estar e dignidade da pessoa humana, apenas em 2010 - mais de seis décadas depois – a Assembleia Geral das Nações Unidas reconheceu o direito à água potável, limpa, acessível e barata e o saneamento para todos como direito humano essencial para o pleno gozo da vida e de todas as garantias fundamentais.

A Resolução nº 64/292 da ONU faz algumas ressalvas quanto aos meios de acesso à água potável e ao saneamento e afirma que “os serviços de água e saneamento têm de ter preços razoáveis para todos. As pessoas deverão contribuir, financeiramente ou de outra forma, na medida das suas possibilidades. O direito prevê que todos tenham água suficiente para usos pessoais e domésticos e deve ser concretizado de uma forma sustentável, para as gerações presentes e futuras gerações”.

O ato também cumpriu o papel de convocar “os Estados e as organizações internacionais a fornecer recursos financeiros, capacitação e transferência de tecnologia, através da cooperação e assistência internacionais, em particular para os países em desenvolvimento, a fim de aumentar os esforços para providenciar água potável, limpa, acessível e barata e saneamento para todos”.

O direito humano à água é indissociável do direito ao saneamento básico, pois os serviços de saneamento são condições para o uso humano da água ao garantir o abastecimento da água, o tratamento sanitário da água, o seu esgotamento e o aproveitamento da água da chuva, além de outros serviços de vida digna.

Em 2015, a Assembleia Geral da ONU reforçou na Resolução A/RES/70/169 que o direito à água potável e ao saneamento é um direito humano componente do direito a ter adequadas condições de vida, sendo, também, essencial

para o desfrute do direito à vida e de todos os outros direitos humanos. Esta Resolução instituiu o Objetivo de Desenvolvimento Sustentável nº 6 da ONU, que acordou “assegurar a disponibilidade e gestão sustentável da água e saneamento para todas e todos” como parte da Agenda até 2030.

Mais recentemente, em outubro de 2021, após longas e intensas negociações intergovernamentais, com estreita participação da sociedade, o Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas, em sua quadragésima-oitava sessão, reconheceu por meio da Resolução 48/13 o acesso a ambiente seguro, limpo, saudável e sustentável como direito humano universal. O ato se deu após 15 entidades da ONU atribuírem urgência global à temática em questão, em meio ao apelo de mais de 1.100 organizações e personalidades da sociedade civil.

O Conselho de Direitos Humanos, ao propor que a Assembleia Geral da ONU se debruce sobre a temática a referendar, não deixou de observar que mais de 155 Países já reconheceram alguma forma de direito a um meio ambiente saudável em acordos internacionais ou em suas constituições, legislação ou políticas nacionais. Não seria, no entanto, suficiente para a promoção internacional ordenada frente à temática de carência universal.

Para robustecer a medida, o Conselho fez constar na novel Resolução alguns importantes apontamentos, ora destacados na explanação a seguir:

- (i) O desenvolvimento sustentável, em suas três dimensões (social, econômica e ambiental), e a proteção do meio ambiente, incluindo os ecossistemas, contribuem e promovem o bem-estar humano e o gozo dos direitos humanos, incluindo o direito à vida, para o gozo do mais alto padrão possível de saúde física e mental, um padrão de vida adequado, alimentação adequada, habitação, água potável e saneamento seguros e participação na vida cultural, para as gerações presentes e futuras;
- (ii) Inversamente, o impacto das mudanças climáticas, a gestão e uso insustentável dos recursos naturais, a poluição do ar, da terra e da água, a gestão inadequada de produtos químicos e resíduos, a perda de biodiversidade resultante e o declínio dos serviços prestados por ecossistemas interferem no gozo de um ambiente seguro, limpo, saudável e sustentável, e esse dano ambiental tem implicações negativas, diretas e indiretas, para o gozo efetivo de todos os direitos humanos;
- (iii) Embora as implicações dos danos ambientais aos direitos humanos sejam sentidas por indivíduos e comunidades em todo o mundo, as consequências são sentidas de forma mais aguda por aqueles segmentos mais vulneráveis da população;

- (iv) A degradação ambiental, as mudanças climáticas e o desenvolvimento insustentável constituem algumas das ameaças mais urgentes e sérias à capacidade das gerações presentes e futuras de gozar dos direitos humanos, incluindo o direito à vida;
- (v) Os Estados têm a obrigação de respeitar, proteger e promover os direitos humanos, inclusive em todas as ações empreendidas para enfrentar os desafios ambientais, e de tomar medidas para proteger os direitos de todos.

Diante desse contexto, o Conselho de Direitos deliberou por incentivar os Estados membros das Nações Unidas a, em termos literais constantes da Resolução:

- (a) Desenvolver capacidades para os esforços de proteção do meio ambiente a fim de cumprir suas obrigações e compromissos com os direitos humanos, e para aumentar a cooperação com outros Estados, o Escritório do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos, o restante das Nações Unidas sistema e outras organizações, agências, secretariados e programas de convenções e outras partes interessadas não estatais relevantes, incluindo a sociedade civil, instituições nacionais de direitos humanos e empresas, sobre a implementação do direito a um ambiente seguro, limpo, saudável e sustentável, de acordo com seus respectivos mandatos;
- (b) Continuar a compartilhar boas práticas no cumprimento das obrigações de direitos humanos relativas ao gozo de um ambiente seguro, limpo, saudável e sustentável, incluindo o intercâmbio de conhecimentos e ideias, criando sinergias entre a proteção dos direitos humanos e a proteção do meio ambiente, tendo em mente um enfoque integrado e multissetorial e considerando que os esforços para proteger o meio ambiente devem respeitar plenamente as outras obrigações de direitos humanos, inclusive as relacionadas com a igualdade de gênero;
- (c) Adotar políticas para o gozo do direito a um meio ambiente seguro, limpo, saudável e sustentável, conforme apropriado, inclusive com respeito à biodiversidade e aos ecossistemas; e
- (d) Continuar a levar em consideração as obrigações e compromissos de direitos humanos relativos ao gozo de um ambiente seguro, limpo, saudável e sustentável na implementação e acompanhamento dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável, tendo em mente a natureza integrada e multissetorial do último.

É importante notar que, de acordo com o Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA), “o reconhecimento do direito a um meio ambiente saudável em nível global apoiará os esforços para enfrentar as crises ambientais de forma mais coordenada, eficaz e não discriminatória, ajudará a alcançar os Objetivos

de Desenvolvimento Sustentável (ODS), fornecer maior proteção dos direitos e das pessoas que defendem o meio ambiente, e ajudar a criar um mundo onde as pessoas possam viver em harmonia com a natureza”.

Ainda em conformidade com o PNUMA, “o recém-declarado direito a um meio ambiente saudável e limpo também deve influenciar positivamente as negociações durante a Conferência das Nações Unidas sobre Mudanças Climáticas (COP26), em Glasgow, que foi descrita pelo chefe da ONU como a última chance de 'virar a maré' e acabar com a guerra contra nosso planeta”, de modo que “a resolução do Conselho serve como catalisador para ações mais ambiciosas em todas as questões ambientais, colocando os direitos humanos no centro da ação climática, da conservação, do combate à poluição e da prevenção de futuras pandemias”.

Os chamados são essenciais e iminentes para que, enquanto se preserva o planeta, se cuide das pessoas – e vice-versa – em equilíbrio socioambiental e econômico.

5 O PAPEL DAS *SMART CITIES* NA PROMOÇÃO DA CIDADANIA

A implementação de *smart cities*, ou cidades inteligentes, pode ser compreendida como a promoção de avanços sociais e de cidadania a partir de soluções tecnológicas e inovadoras e da iminente transformação digital, com observância prioritária à sustentabilidade, aos direitos humanos e às boas-práticas ESG, inclusive frente aos desafios da Agenda 2030 das Nações Unidas.

Atualmente, o Congresso Nacional discute a consolidação e a atualização de marcos regulatórios diversos relacionados direta e indiretamente à temática, a exemplo da instituição da Política Nacional de Cidades Inteligentes (PNCI) - formulada no Projeto de Lei nº 976/21 – uma iniciativa que tende a alçar o Brasil a um privilegiado patamar internacional de relevância e atração de investimentos.

A referida proposta legislativa foi recentemente aprovada pela Comissão de Desenvolvimento Urbano da Câmara, com vista à implantação de cidades inteligentes que atraiam soluções e tecnologias na gestão local dos seus serviços e infraestrutura, como saneamento, saúde e transporte; estipulando princípios, diretrizes, objetivos e metas em benefício da sociedade.

O estudo que pavimentou o projeto de lei na Câmara também culminou na publicação “Cidades Inteligentes: Uma abordagem humana e sustentável”, a fundamentar que uma cidade inteligente não basta simplesmente usar tecnologia, mas investir em capital humano e social, em desenvolvimento econômico sustentável, em inovação e empreendedorismo e no uso de soluções para aprimorar e interconectar os serviços e a infraestrutura, de modo equânime e criativo, com foco na cidadania, na qualidade de vida e bem-estar da população.

Há um esforço global para classificação e parametrização de índices a partir dos diferentes e complementares conceitos de *smart cities*. De acordo com o Cities in Motion Index, do IESE Business School da Espanha, por exemplo, o nível de inteligência de uma cidade pode ser mensurado por nove parâmetros complexos e variáveis: capital humano (capacidade de cultivar, desenvolver e atrair talentos), coesão social (consenso entre os diversos grupos de uma cidade), economia, meio ambiente, governança, planejamento urbano, alcance internacional, tecnologia e mobilidade e transporte (facilidade de movimento e o acesso a serviços públicos).

Dessa forma, fica claro que o conceito de cidades inteligentes leva também em consideração parâmetros já existentes, dados reais e atuais, muitas vezes até alheios a visões demasiadamente futurísticas e previsões disruptivas ao extremo. Portanto, falar de *smart cities* é tratar de desenvolvimento possível para hoje e agora, apesar de não se olvidar à revolução e impactos presumíveis e vindouros relacionados até à iminente implantação da tecnologia 5G no Brasil.

O trunfo do 5G é a viabilização em larga escala de tecnologias com grande aplicabilidade nos cenários urbanos, como os serviços de Inteligência Artificial, robotização e uso de drones, *blockchain*, internet das coisas (IoT), entre outras possibilidades, de modo que são projetados ganhos nas mais diversas áreas.

Nesse contexto, importa destacar a necessária participação cidadã na concepção e governança das cidades inteligentes, a serem implementadas mediante cooperação entre a sociedade, o setor privado e o Poder Público.

Com estas premissas, não há dúvidas que o desenvolvimento de cidades inteligentes tem alto potencial para a transformação socioeconômica do Brasil. É papel elementar do Congresso Nacional, portanto, regular e assegurar avanço eficaz e ordenado das estratégias *smart cities* para todas as regiões do País, em alinhamento com as particularidades de cada município - responsáveis constitucionais que são pela política urbana local.

O Brasil, nação de marcas continentais, é uma potência capaz de ser destaque mundial em cidades inteligentes. Na era das *smart cities* e da revolucionária transformação digital, não há que se falar em descompasso ambiental, social e econômico. Mas, sim, em sustentabilidade na prática e desenvolvimento ordenado e estruturado.

6 ADVOCACIA, PODER JUDICIÁRIO E DIREITOS HUMANOS

A advocacia e o Poder Judiciário, enquanto integrantes do sistema de justiça brasileiro, detém papel essencial no contexto da promoção dos direitos humanos. Para o advogado, o compromisso fica claro já no juramento para fins do exercício profissional: “Prometo exercer a advocacia com dignidade e independência, observar

a ética, os deveres e prerrogativas profissionais e defender a Constituição, a ordem jurídica do Estado Democrático, os direitos humanos, a justiça social, a boa aplicação das leis, a rápida administração da justiça e o aperfeiçoamento da cultura e das instituições jurídicas”.

Não por outra razão, a Ordem dos Advogados do Brasil instituiu no final de 2020 a Comissão Especial Brasil/ONU de Integração Jurídica e Diplomacia Cidadã para Implementação dos 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (CEBRAONU), composta por representantes das seccionais da OAB nos 26 Estados e no Distrito Federal. O órgão do Conselho Federal visa intensificar e aprimorar a cooperação jurídica multidisciplinar, o diálogo institucional, o ambiente legal e o intercâmbio nacional e internacional, sobretudo com as Nações Unidas, em todas suas instâncias, agências e respectivos Países membros.

A CEBRAONU tem como uma das suas principais atribuições a missão de incentivar e promover, interna e externamente, a Agenda 2030 – movimento global que envolve temáticas diversificadas e caras à advocacia, como erradicação da pobreza, segurança alimentar e agricultura, saúde, água e saneamento, energia, crescimento econômico sustentável, infraestrutura, redução das desigualdades, cidades sustentáveis, padrões sustentáveis de consumo e de produção, mudança do clima, proteção e uso sustentável dos oceanos e dos ecossistemas terrestres, e sociedades pacíficas, justas e inclusivas.

Nessa linha, a Comissão realiza interlocução com os mais diversos entes públicos e privados, autoridades, profissionais multissetoriais, acadêmicos e especialistas, no Brasil e no exterior, para aprimoramento de relações e consecução de projetos em benefício da advocacia e da sociedade brasileira. A iniciativa resultou em convite do Conselho Nacional de Justiça - CNJ para a OAB integrar o Comitê Interinstitucional da Agenda 2030 no Poder Judiciário.

Isto porque no âmbito do Judiciário há movimento ainda mais intenso no que tange à Agenda 2030, desde a gestão do Ministro Dias Toffoli. Pioneiro no mundo, a institucionalização dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável – ODS e a integração nos procedimentos dos tribunais do Brasil tornaram-se referência internacional.

Inicialmente, a integração da Agenda 2030 à Justiça se estabeleceu como Meta Nacional nº 9 do Poder Judiciário Brasileiro, com vista à realização prioritária de ações de prevenção ou desjudicialização de litígios relacionados às temáticas dos ODS. A internalização sistêmica se deu formalmente a partir do Provimento nº 85, de 19.8.2019, do CNJ.

Não bastasse, para além do sobredito Comitê Interinstitucional para a Agenda 2030, o CNJ também instituiu no âmbito do Poder Judiciário o Laboratório de Inovação, Inteligência e ODS (LIODS); o Observatório do Meio Ambiente; o

Observatório dos Direitos Humanos; e a Comissão Permanente de Acompanhamento dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável e da Agenda 2030. Essas frentes abrem a Justiça à inovação, em benefício social.

Sensível ao tema, o Ministro Luiz Fux inovou e estabeleceu cinco eixos prioritários para orientar a gestão do Poder Judiciário, ao assumir a presidência do Supremo Tribunal Federal – STF e do CNJ para o biênio 2020-2022. Dentre eles, destaca-se aqui pela pertinência meritória: *(a)* o primeiro eixo, Proteção dos Direitos Humanos e do Meio Ambiente; e *(b)* o quarto eixo, Justiça 4.0 e promoção do acesso à Justiça digital. Este último, inclusive, em parceria com o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD).

Em paralelo, o Ministro Fux expediu a Resolução nº 710, de 20.11.2020, que “institucionaliza a Agenda 2030 da Organização das Nações Unidas” no STF; lançou um *hotsite* sobre o tema e determinou a imediata sistematização dos processos do órgão a partir da indexação ODS. Em avanço semelhante e em cooperação com o CNJ e com o Conselho da Justiça Federal - CJF, o Superior Tribunal de Justiça – STJ instituiu, por meio da Portaria nº 140, de 26.4.2021, o comitê para implementação da Agenda 2030 e dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS), e segue desde então a largos passos.

O movimento avança em todo Poder Judiciário e teve escopo ampliado na gestão do Ministro Luiz Fux, conforme se vê na Estratégia Nacional do Poder Judiciário para o período 2021-2026, que dedicou o Anexo III inteiramente à integração ODS. Vê-se excertos:

(...) CONSIDERANDO a celebração do Pacto pela Implementação dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável da Agenda 2030 no Poder Judiciário e no Ministério Público, assinado pelo presidente do CNJ em 19 de agosto de 2019, no I Encontro Ibero-Americano da Agenda 2030 no Poder Judiciário, com vistas a internalizar, difundir e auxiliar o processo de implementação da Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável da Organização das Nações Unidas, subscrita pela República Federativa do Brasil; (...) Art. 3º. Os órgãos do Poder Judiciário deverão alinhar seus respectivos planos estratégicos à Estratégia Nacional do Poder Judiciário 2021-2026, atendendo aos seguintes aspectos: (...) § 2º Na elaboração dos seus planos estratégicos, os tribunais e conselhos deverão se pautar pelas diretrizes estabelecidas em Resoluções, Recomendações e políticas judiciárias nacionais instituídas pelo CNJ para concretização da Estratégia Nacional do Poder Judiciário 2021-2026 e, no que couber, pelos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável da Agenda 2030 da ONU, conforme correlação apresentada no Anexo III desta Resolução. (...) Art. 18. Os órgãos

do Poder Judiciário terão até 30 de junho de 2021 para proceder ao alinhamento a que se refere o art. 3º. (...)

Assim, clarividente a importância do engajamento e do trabalho coeso e harmônico entre a Advocacia, o Poder Judiciário e todo o ecossistema público e privado participe da pauta dos direitos humanos, das boas práticas ESG e da sustentabilidade em suas diversas dimensões.

7 CONCLUSÃO

Há cerca de 50 anos a comunidade internacional concluiu que os interesses socioambientais e econômicos, até então tratados separadamente, poderiam ser geridos de forma mutuamente benéfica. Era esse o embrião do desenvolvimento sustentável.

Satisfazer as necessidades presentes, sem comprometer a capacidade das gerações futuras de suprir suas próprias necessidades se tornou, portanto, o cerne da sustentabilidade décadas depois, na Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (ECO-92), realizada no Brasil em 1992, na cidade do Rio de Janeiro.

Todo esse movimento capitaneado pelas Nações Unidas, prestando um grande serviço para a humanidade, pavimentou o caminho para a criação de objetivos e metas comuns compartilhados globalmente.

Assim, a sustentabilidade passou a ser tida como um imperativo global, transversal e multidisciplinar, que se consolida enquanto se reinventa em suas diversas dimensões. Assumido em 2015 pelas Nações Unidas, a Agenda 2030 de Desenvolvimento Sustentável é um exemplo preponderante, orientado por um plano de ação com 17 objetivos macros e 169 metas mensuráveis para transformar o mundo.

Nesse contexto, apresenta-se também o parâmetro ESG, acrônimo inglês que remete às palavras ambiental, social e governança. Na prática, o conceito conclama responsabilidades abrangentes perante os seres vivos, os direitos humanos e a saúde do planeta: um alerta que suplanta o lucro a qualquer custo e norteia condutas preventivas atentas aos anseios da sociedade.

Fechar os olhos para isto seria o mesmo que deixar muita gente para trás e impedir gerações. Não é este o espírito da Agenda 2030, tampouco dos princípios ESG.

O presente artigo discute e trata o saneamento como o mais básico dos direitos humanos universais, na medida que o caracteriza como pressuposto de princípios e garantias constitucionais fundamentais, como a vida, a saúde, o bem-estar e a dignidade.

Assim, em grau ainda maior que há décadas, o descompasso socioambiental e econômico não tem – e nem deve ter – o mínimo espaço nos dias atuais. Afinal, na era global das *smart cities*, da transformação digital e da sustentabilidade cada vez mais madura e consolidada, o mínimo que se espera é o amplo exercício da cidadania.

Indiscutivelmente, o Brasil vivencia uma fase de transformações legais e regulatórias, reformas importantes e necessárias para que as potencialidades sejam melhor aproveitadas e haja cooperações internacionais estratégicas, com investimentos capazes de promover desenvolvimento social, ambiental e econômico, como tripé dos principais desafios da sociedade, da erradicação da pobreza, e para o alcance do mais alto grau de saneamento básico e uso inteligente dos recursos naturais.

Para tanto, faz-se imprescindível conclamar a sociedade para, de mãos dadas com o Poder Público, numa coalizão federativa estratégica, interpoderes e interinstitucional, superar as mazelas sociais, assegurar o efetivo exercício dos direitos e garantias fundamentais – a começar da promoção do saneamento básico – e atrair os olhares do mundo para um Brasil que alimenta o planeta, respeita e luta pelos direitos humanos universais, sem que isso represente qualquer atraso tecnológico ou baixo grau de inovação.

Conselho Acadêmico do Livro:

Prof. Dr. Firly Nascimento Filho (PUC-RIO);
Prof^a. Dr^a. Célia Barbosa Abreu (UFF);
Prof^a. Dr^a. Viviane Coelho de Sello-Knoerr (UNICURITIBA);
Prof. Dr. Lenio Luiz Streck (UNISINOS /UNESA-RJ);
Prof. Dr. Leonardo Soares Madeira Iorio Ribeiro (UCAM);
Prof. Dr. Fabio Carvalho Leite (PUC-RIO);
Prof. Dr. Emerson Affonso da Costa Moura (UNIRIO/UFRRJ);
Prof. Dr. Maurício Jorge Pereira da Mota (UERJ);
Prof^a. Dr^a. Marianna Montebello Willeman (PUC-RIO);
Prof. Dr. José Carlos Buzanello (UNIRIO);
Prof^a. Dr^a. Edith Maria Barbosa Ramos (UFMA);
Prof. Dr. André Saddy (UFF/PUC-RIO);
Prof. Dr. Maurício Zockun (PUC-SP);
Prof. Dr. André Ricardo Cruz Fontes (UNIRIO);
Prof^a. Dr^a. Vânia Siciliano Aieta (UERJ);
Prof. Dr. Theophilo Antonio Miguel Filho (PUC-RIO);
Prof. Dr. Ricardo Maurício Freire Soares (UFBA);
Prof^a. Dr^a. Carla Noura Teixeira (UNAMA);
Prof^a. Dr^a. Jamile Bergamaschine Mata Diz (UFMG);
Prof^a. Dr^a. Paola de Andrade Porto (UFF);
Prof. Dr. Sidney Guerra (UFRJ/UCAM);
Prof^a. Dr^a. Renata Oliveira (UFRN);
Prof. Dr. Marco Aurélio Gonçalves Ferreira (UFF/UCP);
Prof. Dr. Gustavo Brigagão (CESA/OAB);
Prof. Dr. Egon Bockmann Moreira (UFPR);
Prof^a. Dr^a. Milena Barbosa (UEPB);
Prof. Dr. Rodrigo Mudrovitsch (IDP-DF).