

Série Universalizar

Artigos - Volume 4

Prestação Regionalizada dos Serviços Públicos de Saneamento:

Uma Realidade Constitucional

Artur de Sousa Carrijo
Mestre em Direito Administrativo

Maio/2023

Introdução	3
A Lei nº 14.026/20 e as legislações que foram impactadas pela suas alterações	4
O que a Constituição Federal de 1988 diz sobre saneamento básico na esfera federal	4
Breves comentários sobre o Estado de bem-estar social adotado pela Constituição de 1988	5
Arranjos federativos, Reforma do Estado e o saneamento no Brasil a partir da Constituição Federal de 1988	6
Pacto federativo, titularidade dos serviços de o saneamento no Brasil à luz da CF-88	6
Arranjos federativos na política do Brasil	7
A Reforma do Estado e as estratégias para concessões privadas dos serviços de saneamento	8
A Lei do saneamento básico nº 11.445 de 2007: Seus avanços e Concertações	10
O arcabouço legal que permite a participação privada em concessões e PPPs de serviços de saneamento básico no Brasil	11
Os movimentos político-institucionais e legais pós Lei do Saneamento n. 11.445 de 2007 para sua modificação	12
Sobre as discussões das Medidas Provisórias nº 844 e nº 868 e, finalmente, a aprovação da Lei n. 14.026/20	12
Movimentos de alteração da Lei nº 11.445 após a rejeição das Medidas Provisórias	13
A votação pelo Congresso Nacional, a manutenção dos vetos presidenciais e desdobramentos	14
Posição do STF sobre as ADIs	15
Regionalização e a Prestação dos Serviços Públicos de Saneamento	16
A regionalização compulsória	16
O que diz a jurisprudência do STF sobre a região metropolitana no tema do saneamento básico	17
Regionalização Voluntária: O Federalismo Cooperativo	18
A Lei nº 14.026 e a Regionalização	18
Os Decretos publicados após a Lei nº 14.026 e a posição da Associação Brasileira das Empresas Estaduais de Saneamento	19
Parecer jurídico do professor Dr. Eros Roberto Grau	21
Olhar prospectivo para uma solução	21
Considerações finais	21

Introdução

A Constituição da República de 1988, no seu artigo 30, atribui aos municípios a competência para legislar sobre assuntos de interesse local, e, no inciso V do mesmo artigo, dispõe que também compete ao ente federado organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local.

A expressa previsão constitucional não afastou o tema de disputas, como aquela a respeito da titularidade em Regiões Metropolitanas (RM), tendo sido um marco na compreensão do assunto o entendimento do Supremo Tribunal Federal na Adi n. 1.842/RJ, em que restou definido que os serviços públicos comuns aos municípios de regiões metropolitanas, como saneamento básico e transporte, são de interesse comum entre Estados e Municípios.

Apesar de quase uma década desde o julgamento referido, a partir do qual acreditava-se ter havido a sedimentação da compreensão a respeito da possibilidade de o Estado, em conjunto com os Municípios, prestar diretamente serviços públicos, como o de saneamento, ainda há dúvidas quanto ao tema e posições contrárias a essa possibilidade.

Vale dizer que, principalmente após a edição da Lei n. 14.026, as disputas pela prestação dos serviços de saneamento têm se voltado à obtenção de cada vez maiores fatias de mercado por parte do setor privado, com suporte inclusive em legislações já existentes sobre concessões de serviços públicos, como a Lei n. 8.989/95 (Lei de Concessões) e a Lei n. 11.079/04 (Lei das Parcerias Público-Privadas).

Esse cenário tem proporcionado uma disputa de forças entre atores e grupos voltada a alterações na política pública de saneamento básico que não é trivial. Além dos prestadores de serviços, participam dos embates diversas organizações vinculadas à saúde pública, ambientalistas e sindicatos de trabalhadores do setor urbano, em um conjunto de questões que, permeadas inevitavelmente por interpretações jurídicas, comumente desembocam no Supremo Tribunal Federal via instrumentos processuais de controle concentrado, como as Ações Diretas de Inconstitucionalidade.

Tais controvérsias não afastam a compreensão de que a regionalização não fere - e nem poderia - a autonomia municipal, como abordado por ampla e autorizada doutrina. A título de exemplo, vale citar Wladimir Ribeiro no artigo intitulado "Regionalização e Autonomia Municipal"¹:

"A coordenação federativa pode assumir o formato de regionalização, ou seja, ao invés de reunir todos os entes da Federação, reúne apenas os entes da Federação de determinado território. Exemplos são as regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, previstas no § 3º do artigo 25 da Constituição Federal, temas do próximo tópico deste artigo.

Antes, porém, cabe analisar também o conceito da cooperação federativa, que se distingue da coordenação federativa por sua voluntariedade - ou seja, é atuação conjunta derivada da vontade dos próprios entes da Federação que, no exercício de sua autonomia, podem assumir obrigações e vínculos entre si". (grifo nosso)

O texto acima citado ainda aborda que, também no campo da cooperação federativa, pode-se estar diante de regionalização, notadamente porque os consórcios públicos induzem a esse movimento - sem prejuízo de que a regionalização seja materializada de outras formas.

De fato, a regionalização dos serviços de saneamento básico tem sido objeto de grande debate no poder público e na academia, em especial quanto à possibilidade de prestação direta desse serviço em estruturas regionalizadas e à titularidade compartilhada dos Estados e Municípios.

¹ RIBEIRO, Wladimir Antonio. Revista Internacional da Academia Paulista de Direito n. 7, Nova Série 2021 Edição Especial, mar/2021.

Para contribuir com o debate, vale trazer, inicialmente, a título de contexto, as principais alterações legais instituídas pelo novo Marco Legal do Saneamento Básico (Lei n. 14.026/20) e a disciplina constitucional sobre o saneamento básico na esfera federal.

Em seguida, será necessária incursão sobre elementos fundamentais da disciplina do bem-estar social, que informa a ordem constitucional atual, a fim de contextualizar os aspectos relacionados ao arranjo federativo do tema, bem como as alterações advindas das operações de reforma do aparelho estatal.

Esse percurso permitirá a discussão dos avanços e concertos da Lei do Saneamento Básico (Lei n. 11.445/07), do arcabouço legal que permite a participação privada em concessões e PPPs de serviços de saneamento básico no Brasil e dos movimentos que culminaram na edição do novo Marco Legal (Lei n. 14.026/20).

Feito o trajeto, será possível expor e melhor compreender a posição manifestada pela Associação Brasileira das Empresas Estaduais de Saneamento (AESBE) a respeito de necessárias - e prementes - alterações na regulamentação do novo marco, bem como soluções com lastro constitucional e legal para os desafios da prestação adequada dos serviços de saneamento básico no país, que podem vir da prestação direta em estruturas regionalizadas e da sedimentação a da compreensão a respeito da titularidade compartilhada entre os entes federativos como um dos princípios do saneamento básico, viabilizando-se que os estados e os municípios celebrem convênios e contratos de gestão visando a prestação dos serviços, de forma a garantir a complementaridade das ações e a otimização dos recursos públicos e o atendimento das metas de universalização.

A Lei nº 14.026/20 e as legislações que foram impactadas por suas alterações

A Lei n. 14.026, de 15 de julho de 2020, promoveu não só alterações importantes na Lei n. 11.445/07 (Marco Legal do Saneamento Básico), como também em outros relevantes textos normativos, como a Lei n. 9.984/00, ao atribuir à Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico (ANA) competência para editar normas de referência sobre o serviço de saneamento, a Lei n. 13.089/15 (Estatuto da Metrópole), para estender seu âmbito de aplicação às microrregiões, e a Lei n. 11.107/05, a qual merece destaque pela sua importância constitucional e federativa, ao promover o veto da prestação por contrato de programa dos serviços públicos de que trata o art. 175 da Constituição Federal - alteração que ainda guarda controvérsia jurídica.

Desde a sua edição, o Poder Público tem avançado na regulamentação para o avanço da legislação em vigor, o que tem promovido novos debates, que devem ter fiel aderência às disposições constitucionais regentes, tratadas a seguir.

O que a Constituição Federal de 1988 diz sobre saneamento básico na esfera federal

O constituinte de 1988 dispôs sobre uma série de garantias para a promoção da saúde e o bem-estar da população. O artigo 21, inciso XX, por exemplo, estabelece que é competência da União instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, incluindo habitação, saneamento básico e transportes urbanos.

De forma correlacionada, o artigo 23, inciso IX (vide ADPF 672), determina que é dever comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico.

Por sua vez, no artigo 200 é destacada a importância do saneamento básico para a saúde pública, atribuindo ao sistema único de saúde (SUS) a competência de participar da formulação da política e execução das ações relacionadas ao saneamento básico.

Breves comentários sobre o Estado de bem-estar social adotado pela Constituição de 1988

Como é bastante abordado na literatura, o Estado do bem-estar social emergiu após a Segunda Guerra Mundial e o seu desenvolvimento está intimamente relacionado ao processo de industrialização e aos problemas sociais dele decorrentes.

O Brasil é um exemplo de país que, na Constituição de 1988, manifesta uma orientação constitucional aderente a algumas características básicas similares ao tipo de Estado de bem-estar criado na Europa no pós-guerra, em especial com disposições voltadas a direitos sociais e econômicos.

Vale dizer que a definição, no plano constitucional, das tarefas sociais e econômicas do Estado é justamente o novo paradigma a que corresponde, nas palavras de Canotilho, a Constituição Dirigente. De acordo com o autor, esse conceito encarna a tendência das leis fundamentais a se transformarem em estatutos jurídicos do Estado e da sociedade e a se assumirem como norma e tarefa do processo social e político. Destaca Canotilho que o debate sobre a Constituição Dirigente está inserido em uma problemática mais ampla, que se estende desde a controvertida conciliabilidade da “lógica da Constituição” de um Estado de Direito com a “lógica da democracia”, passando à análise da estrutura material da densidade e da abertura das normas, até à própria compreensão da Constituição em si mesma².

Nesse sentido, o artigo 3º da Constituição de 1988 dispõe que os objetivos da república brasileira são construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais, promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Na lição de Gilberto Bercovici, tais objetivos materializam uma cláusula transformadora da Constituição brasileira e se consubstanciam como verdadeiros princípios constitucionais fundamentais que explicitam o contraste entre a realidade social injusta e desigual e a necessidade de transformá-la. Para o autor, essa é a síntese jurídico-política dos princípios ideológicos adotados pela Constituição cuja não observância a viola frontalmente³.

Tais objetivos também ganham a aderência dos princípios e das disposições relacionadas à ordem econômica e à intervenção do Estado na economia. Nos termos do artigo 170, estão indicadas a soberania nacional, a propriedade privada, a função social da propriedade, a livre concorrência, a defesa do consumidor, a defesa do meio ambiente – inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação –, a redução das desigualdades regionais e sociais, a busca do pleno emprego e o tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. Como observa Eros Grau, a Constituição brasileira enuncia um conjunto de diretrizes, programas e fins que lhe conferem um plano global normativo do Estado e da sociedade, sendo o artigo 170 da Constituição uma disposição voltada a estabelecer uma nova ordem econômica⁴.

Essas disposições evidenciam que a Constituição de 1988 não institui um Estado absentéista, mas sim um Estado prestacional. Daí decorre que a sua posição não é neutra quando se está diante de necessidades de desenvolvimento econômico e social da coletividade, o que pressupõe a garantia de determinadas prestações necessárias à realização desses objetivos.

² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 1994, p. 11.

³ Idem, ibidem, p. 36.

⁴ GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 174. EROS GRAU, na mesma passagem, afirma “que a nossa Constituição de 1988 é uma Constituição dirigente, isso é inquestionável”.

Arranjos federativos, Reforma do Estado e o saneamento no Brasil a partir da Constituição Federal de 1988

Por oportuno vale discutir e analisar brevemente a estrutura política e institucional brasileira após a redemocratização, a fim de entender as trajetórias que perpassaram a reforma do Estado e os impactos na política de saneamento.

Pacto federativo, titularidade dos serviços de o saneamento no Brasil à luz da CF-88

O Estado de bem-estar é referido já no preâmbulo da Carta Constitucional de 1988, quando os integrantes do Congresso Nacional, em Assembleia Nacional Constituinte (1986), declararam 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”. Também nesse sentido dispõem os artigos n. 23, n. 182, n. 186, n. 193, n. 219, n. 230 e n. 231.

O artigo 30, inciso V, do texto constitucional, por sua vez, versa sobre a competência dos municípios para organizarem e prestarem, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local que têm caráter essencial, incluído o de transporte coletivo. Esse entendimento fundamenta a tese da titularidade municipal dos serviços de saneamento básico, por se tratar de “serviço público de interesse local”.

Na Constituição de 1988, o saneamento básico é citado com ênfase em três momentos: i) artigo 21, inciso XX⁵; ii) artigo 23, inciso IX⁶; e iii) artigo 200, inciso IV⁷. Este último artigo se destaca dos demais porque aborda o tema sob a ótica de uma competência objetiva na formulação de políticas públicas do setor - no caso, também como uma atribuição do Sistema Único de Saúde (SUS).

Como se observa, os serviços de saneamento básico permeiam aspectos fundamentais da ordem constitucional, todos associados a uma concepção ampla de bem-estar social, pela definição de diretrizes atreladas ao desenvolvimento urbano, habitação, transporte urbano e saúde pública, com evidentes reflexos sobre a qualidade de vida da sociedade em geral. Sua implementação cabe aos Municípios e Estados com o apoio da União, sob o ângulo de fortalecimento do pacto federativo.

⁵ Art. 21 Compete à União:

(...)

XX - instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos;

⁶ 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;

⁷ Art. 200. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei:

(...)

IV - participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico;

Arranjos federativos na política do Brasil

No artigo “Regionalização e Autonomia Municipal”, o advogado e professor Wladimir Antonio Ribeiro assim leciona:

A noção de federalismo se constrói sobre duas ideias aparentemente contraditórias: de um lado, a autonomia das comunidades locais, reconhecendo uma orientação política própria para os entes federados; e, doutro lado, a noção de harmonia entre estas autonomias, unidas sob um mesmo Estado. E *pluribus unum* (“plurais, porém um”), como diz o lema nacional norte-americano. Do ponto de vista jurídico, são direitos e deveres, específicos e vinculados a realidades de comunidades diferentes, reconhecidos em diversas Constituições estaduais e municipais, que devem ser harmônicos e atender aos direitos e deveres previstos em uma Constituição Federal.

Portanto, o federalismo não se resume a apenas reconhecer e proteger as autonomias, mas em se compreender como essas autonomias se relacionam entre si. Assim, um dos aspectos fundamentais do federalismo são as relações federativas⁸.

A Constituição de 1988 estruturou país como uma república federativa, formada pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios. Em especial, observa-se como essa estruturação, em muitos casos resultou em uma sombra ao exercício e à autonomia locais, embora a intenção do poder constituinte tenha sido exatamente a contrária.

Na perspectiva de Sabino Cassese, três fatores podem ser apontados para o esvaziamento da noção de interesses – ou atribuições – locais; o primeiro deles é a necessidade de obtenção de uniformidade na administração e igual tratamento nas relações administrativas em todo o território, levando a um abrandamento da autonomia em nome da uniformidade. O segundo, a necessidade de uma garantia de imparcialidade em meio a paixões e conflitos de interesse cultivados no âmbito das entidades locais; e o terceiro, por fim, ditado pelos interesses de divisão de recursos e igualdade financeira, refratários a uma noção que dificultasse a intervenção local⁹.

Ademais, o cenário atual aponta para o aumento da complexidade das atividades desenvolvidas pela Administração com a progressiva adoção de mecanismos de cooperação e colaboração interadministrativos¹⁰ e, também, entre o Estado e instituições privadas e agentes da sociedade civil.

Cabe, nesse cenário, compreender a essencialidade de se assegurar o exercício da autonomia local, a partir das competências estabelecidas constitucionalmente, prestando diretamente ou delegando os serviços públicos que cabem a cada ente. Em especial, que os municípios têm competência de legislar sobre assuntos de interesse local e no exercício dessa competência a relação entre o Estado e os municípios deve possuir a capacidade de viabilizar políticas próprias e selecionar prioridades, conforme o acordo de vontades diante dos arranjos federativos possíveis.

⁸ RIBEIRO, Wladimir Antonio. op. cit., pp. 349/350.

⁹ SABINO CASSESE, Tendenzi dei poteri locali in Italia, Rivista Trimestale di Diritto Pubblico, Vol. 1, Milano, 1973.

¹⁰ ALEXANDRA LEITÃO, As formas contratuais, p. 427.

A Reforma do Estado e as estratégias para concessões privadas dos serviços de saneamento

Pilatti¹¹ (2008) ressalta que a Constituição de 1988 apontou para uma direção oposta às tendências internacionais vigentes no início da década de 1990 ao assegurar um papel central ao Estado na ordenação econômica, arranjo que suscitou diversas críticas de segmentos liberais (políticos e intelectuais) quanto ao seu suposto “estatismo”¹².

Para Teixeira¹³ & Pinto¹⁴ (2012) e Bresser-Pereira (2004)¹⁵, o primeiro governo de FHC (1995-1998) pautou-se pelo Consenso de Washington, que consistiu em uma recomendação internacional elaborada em 1989, a cargo do economista norte-americano John Williamson¹⁶, visando à propagação da conduta econômica neoliberal, com a intenção de combater as crises e a miséria dos países menos desenvolvidos, sobretudo os da América Latina.

Em caso de recusa dos países a seguirem este receituário, ficavam implícitas ameaças, no sentido de dificuldades que poderiam advir quanto ao acesso ao sistema financeiro internacional e/ou aos financiamentos de organismos multilaterais.

Anos mais tarde, Bresser Pereira¹⁷ (2004) continuava a reafirmar que as reformas institucionais seriam necessárias e deveriam ser continuadas, desde que o objetivo fundamental não fosse simplesmente reduzir o tamanho do Estado, mas garantir o funcionamento dos mercados e promover a distribuição de renda. Na concepção deste autor, o desenvolvimento só é possível quando o mercado e o Estado são fortes. O Estado brasileiro, ao reduzir sua participação como “empresário”, deveria delegar a regulação dos setores recém-privatizados a organizações, ao menos teoricamente, equidistantes de interesses privados e que, privilegiadamente, se tornassem representantes de direitos consagrados à cidadania.

Sallum (2016) afirma, ainda, que durante a década de 1990, o país passou por um processo de estabilização e Reforma do Estado com a abertura comercial e do sistema financeiro, em conjunto com a eliminação do monopólio estatal das telecomunicações, do petróleo, do gás e da mineração. O programa de concessões foi amparado na Lei 8.987/95, assim como na reforma gerencial de 1995 com o Plano Diretor da Reforma do Aparelho de Estado, ambas fundamentadas em uma nova visão de gestão pública com foco no desempenho e na eficiência.

¹¹ Adriano Pilatti, Graduado em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), mestre em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica Rio de Janeiro (PUC-Rio), doutor em Ciência Política pelo Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro (IUPERJ), com Pós-Doutorado em Direito Público Romano pela Universidade de Roma I - La Sapienza.

¹² Estatismo ou estadismo (tradução literal do inglês statism ou uma derivação simples da palavra latina status) é um termo cunhado em 1962 pela filósofa libertária Ayn Rand, numa série de discursos, para descrever a defesa política ou ideológica da autoridade do Estado e intervenção do mesmo em atividades econômicas e individuais, em contraste com o libertarianismo, que propõe liberdade nessas atividades e ceticismo em relação às ações do Estado. Dessa forma, quem defende um Estado forte, autoritário, intervencionista, regulador, paternal, excessivamente vigilante ou com o dever de proporcionar o bem-estar social, por exemplo, pode ser considerado um estatista.

¹³ Rodrigo Teixeira, Professor do Departamento de Economia e do Centro de Estudos Pós-graduados em Economia Política da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), São Paulo, SP, Brasil.

¹⁴ Eduardo Pinto, Professor adjunto do Instituto de Economia da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), Rio de Janeiro, RJ, Brasil.

¹⁵ Para Bresser-Pereira (2004), a economia brasileira encontrava-se estagnada há 24 anos, ou seja, desde o início dos anos 80, período denominado como a “Grande Crise”. Entre 1980 e 1994, os principais pontos fracos da economia brasileira eram diretamente relacionados à crise da dívida externa e à situação fiscal expressa em altas taxas de inflação, sendo que esta última havia sido debelada com o Plano Real (1994). Ainda segundo Bresser, após a estabilização dos preços, era de se esperar que a economia retomasse o desenvolvimento, o que não ocorreu da forma imaginada. O autor relata que as agências governamentais e semi governamentais em Washington e os agentes do sistema financeiro internacional em Nova York (as duas fontes da ortodoxia convencional) propunham aos países emergentes uma nova estratégia de desenvolvimento: “abrir a conta capital e crescer com poupança externa”.

¹⁶ John Williamson, economista, nasceu na Inglaterra em 1937. É conhecido internacionalmente como o homem que cunhou o termo “Consenso de Washington”. Entre 1968 e 1970, durante o governo trabalhista (centro- esquerda) de Harold Wilson, foi consultor econômico do tesouro britânico. Foi conselheiro do Fundo Monetário Internacional no período entre 1972 e 1974. É membro do “Institute for International Economics” desde 1981. Também atuou como economista-chefe do Banco Mundial para o sul da Ásia entre 1996 e 1999.

¹⁷ Luiz Carlos Bresser-Pereira (São Paulo, 30 de junho de 1934) é um economista, cientista político, cientista social, administrador de empresas e advogado brasileiro. É professor da Fundação Getúlio Vargas, em São Paulo, desde 1959, e edita a Revista de Economia Política desde 1981. Foi ministro da Fazenda do Brasil (1987). Foi Ministro da Administração Federal e Reforma do Estado (1995-1998) e Ministro da Ciência e Tecnologia (1999). É considerado um dos maiores expoentes do desenvolvimentismo no Brasil.

Foram, então, estabelecidas novas relações institucionais. Em vários casos, representantes de governo dos três entes federados assumiram as funções de “poder concedente”¹⁸, repassando, por contrato, serviços públicos a empresas concessionárias. A partir das privatizações e concessões, no primeiro governo de FHC, foram criadas as primeiras agências reguladoras federais de infraestrutura: Agência Nacional de Energia Elétrica¹⁹ (ANEEL); Agência Nacional de Telecomunicações²⁰ (ANATEL); Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis²¹ (ANP); e Agência Nacional de Transportes Terrestres²² (ANTT).

Paralelamente ao esforço político-institucional que amparou as concessões privadas dos serviços federais, o governo federal reorganizou as ações e programas de saneamento básico que, até o ano de 1994, estavam vinculados à Secretaria de Saneamento do Ministério do Bem Estar Social (MBES) e passaram a ser geridos pelo Ministério do Planejamento, caracterizando-se, assim, além da mudança do *locus* institucional, uma alteração na condução política, mais direcionada à participação do setor privado, estimulando Municípios e Estados a licitarem os seus serviços para a concessão privada desses serviços.

Como se pode observar, a partir de 1998 e, mesmo ainda, sem uma legislação formal para o saneamento no país, nesse ambiente político-institucional, ocorreram as primeiras concessões privadas em saneamento no País e, a partir delas, a criação de agências reguladoras de saneamento.

No começo dos anos 2000, a discussão central passou a ser quão descentralizada deveria ser a responsabilidade pela execução dos serviços de águas e esgotos – se em esfera estadual ou municipal – além da opção de uma titularidade compartilhada entre as sub esferas da administração pública e a titularidade estadual ou de interesse comum entre municípios e estados para os serviços de saneamento em regiões metropolitanas. Ou seja, “a tese do interesse comum”.

¹⁸ Poder concedente: a União, o Estado, o Distrito Federal ou o Município, em cuja competência se encontre o serviço público, precedido ou não da execução de obra pública, objeto de concessão ou permissão.

¹⁹ A Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) é uma autarquia sob regime especial (Agência Reguladora), vinculada ao Ministério de Minas e Energia, com sede e fórum no Distrito Federal, com a finalidade de produção, transmissão e comercialização de energia elétrica, em conformidade com as políticas e diretrizes do Governo Federal. A ANEEL foi criada pela Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, durante o primeiro mandato do Presidente Fernando Henrique Cardoso.

²⁰ A Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel) foi criada pela Lei 9.472, de 16 de julho de 1997 – mais conhecida como Lei Geral de Telecomunicações (LGT), sendo a primeira agência reguladora a ser instalada no Brasil, em 5 de novembro daquele mesmo ano. A criação da Anatel fez parte do processo de reformulação das telecomunicações brasileiras iniciado com a promulgação da Emenda Constitucional 8/1995, que eliminou a exclusividade na exploração dos serviços públicos a empresas sob controle acionário estatal, permitindo a privatização e introduzindo o regime de competição. O Estado passava da função de provedor para a de regulador dos serviços.

²¹ Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP), criada em 1997 pela Lei nº 9.478, é o órgão regulador das atividades que integram as indústrias de petróleo e gás natural e de biocombustíveis no Brasil. Suas atividades foram iniciadas em 14 de janeiro de 1998. Vinculada ao Ministério das Minas e Energia, é a autarquia federal responsável pela execução da política nacional para o setor.

²² A Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) é uma autarquia federal brasileira responsável pela regulação das atividades de exploração da infraestrutura ferroviária e rodoviária federal e de prestação de serviços de transporte terrestre, conforme o artigo 1º do decreto que regulamenta suas atividades. Atua também no modal dutoviário. Segundo o artigo 21 de sua Lei de criação, trata-se de uma entidade integrante da Administração Federal indireta, vinculada ao Ministério dos Transportes e submetida ao regime autárquico especial, caracterizado pela independência administrativa, autonomia financeira e funcional e mandato fixo de seus dirigentes.

A Lei do saneamento básico nº 11.445 de 2007: Seus avanços e Concertações

No ciclo de governo iniciado em 2003, foram introduzidas políticas públicas de maior ênfase social, entre as quais o enfrentamento da situação do saneamento básico no País, com destaque para: i) o baixo crescimento nos índices de cobertura para abastecimento de água potável em periferia de Regiões Metropolitanas; ii) a reduzida expansão da rede coletora de esgotamento sanitário, observados na década anterior; iii) a desigualdade na oferta desses serviços; iv) os impactos sobre o meio ambiente oriundos do baixo índice de tratamento dos esgotos; v) a ineficiência na prestação dos serviços; vi) a baixa qualidade dos serviços públicos de transporte e mobilidade, como, também, a má qualidade das habitações nas áreas de baixa renda. Para enfrentar esta última questão, inclusive, houve a criação do Ministério das Cidades, pela Lei n. 10.683 de 2003.

Esse ministério passou a ser o responsável pela implementação da Política Nacional de Desenvolvimento Urbano e pelas políticas setoriais de habitação, saneamento ambiental, trânsito e mobilidade urbana. Em sua estrutura organizacional, foi criada a Secretaria Nacional de Saneamento Ambiental (SNSA), com a missão de assegurar os direitos humanos fundamentais de acesso à água potável e à vida em ambiente salubre nas cidades e no campo, mediante a universalização do abastecimento de água e dos serviços de esgotamento sanitário e manejo de águas pluviais.

A partir dessa nova estrutura institucional, foram priorizadas duas agendas fundamentais: a primeira se refere à retomada dos investimentos federais, dirigida à ampliação de infraestrutura em serviços de saneamento que desde 1998 se encontravam sob forte restrição; e a segunda com a criação do Grupo de Trabalho Interministerial (GTI), que teve a incumbência de promover a integração das iniciativas de saneamento ambiental que se encontravam dispersas em vários órgãos do Governo Federal e iniciar a elaboração de proposta de uma legislação para o saneamento.

Após exaustivos debates com entidades, associações e o Legislativo Federal, no final do ano de 2006, o texto do Projeto de Lei 5.296/2005 foi aprovado pelo Congresso Nacional e no dia 5 de janeiro de 2007, em cerimônia no Palácio do Planalto, foi sancionada pelo Presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva a Lei 11.445 de 2007, que estabeleceu as diretrizes nacionais e a política federal de saneamento básico.

É importante salientar que foram necessários muitos embates e um tempo relativamente grande, de duas décadas, desde a extinção do Planasa (1986) até a aprovação da chamada “Lei do Saneamento” (2007).

A Lei n. 11.445/2007 incorporou importantes inovações para a aplicação eficaz das políticas de saneamento pelos entes federativos, tais como: a definição dos componentes dos serviços públicos do saneamento básico; os princípios da universalização e da equidade; da salubridade ambiental; da economicidade e da fiscalização.

Pode-se destacar quatro pilares da Lei, que são: i) o planejamento (obrigatoriedade de que o titular dos serviços elabore o plano municipal de saneamento e o revise de quatro em quatro anos); ii) a contratualização dos serviços (que o titular dos serviços tenha um contrato válido e vigente junto ao prestador dos serviços - público ou privado); iii) a regulação (que o titular regule diretamente ao delegue a outro ente público a regulação dos serviços); e vi) o controle social (a prestação dos serviços devem ser transparentes e verificados/fiscalizados pela sociedade).

No entanto, alguns temas continuaram a suscitar debates, entre eles: a regulação, a contabilidade regulatória, o estabelecimento de tarifas e/ou taxas (preço público) dos serviços, a titularidade em regiões metropolitanas e de interesse comum, a prestação regionalizada dos serviços e os planos de saneamento básico.

Pereira Jr (2008), por exemplo, relata que anteriormente à Lei n. 11.445/2007, o setor de saneamento no Brasil se autorregulava, sem nenhum marco legal que estabelecesse regras mínimas de âmbito nacional.

No tocante à economia de escopo e de escala, Montenegro (2009) comenta sobre a importância da prestação regionalizada dos serviços de saneamento, modelo ideal a ser seguido por Municípios integrantes de Regiões Metropolitanas, o que é, também, abordado por Cunha (2011), quando avalia que os consórcios públicos podem ser instrumentos importantes para a coordenação entre as políticas de saneamento básico, recursos hídricos, desenvolvimento urbano e saúde pública.

O arcabouço legal que permite a participação privada em concessões e PPPs de serviços de saneamento básico no Brasil

Desde a promulgação da Constituição de 1988, o setor privado tem atuado em conjunto com os poderes públicos para a construção de instrumentos legais de participação na prestação de serviços públicos, em especial na prestação dos serviços públicos de saneamento básico.

Com a edição da Lei n. 8.987/95, conhecida como Lei de Concessões, inaugurou-se um período de intensa delegação de serviços públicos nas esferas federal, estadual e municipal, inclusive no setor de saneamento. Como exemplos de concessões em saneamento iniciadas há mais de 24 anos, pode-se citar os serviços de municípios isoladamente ou de um conjunto deles, respectivamente: i) Cachoeiro de Itapemirim/ES, licitado em 1998, com a criação simultânea da Agência Municipal de Regulação dos Serviços de Saneamento de Cachoeiro de Itapemirim (Agersa)²³; ii) os correspondentes a Região dos Lagos, no Rio de Janeiro (1998), abrangendo os municípios de Armação dos Búzios, Cabo Frio, Iguaba Grande e, São Pedro da Aldeia, cujos serviços passaram a ser prestados pela empresa Prolagos e regulados pela Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro (Agenera), criada em 2005²⁴;

iii) o município de Manaus (2000), com a regulação sendo realizada pela Agência Reguladora de Serviços Públicos Concedidos do Estado do Amazonas – ARSAM, criada pela Lei nº 2.568/99 que regulava a empresa privada de serviços de saneamento Manaus Ambiental. Atualmente os serviços de saneamento são regulados pela Agência Reguladora dos Serviços Públicos Delegados do Município de Manaus (Agerman)²⁵, cujos serviços, atualmente, são prestados pela empresa privada AEGEA Saneamento e Privatizações S/A. Nos dias atuais, há dezenas de concessões em vigor.

Em sintonia com o movimento inaugurado com o regime constitucional de 1988 e materializado, inicialmente, pela Lei n. 8.987/88, em 30 de dezembro de 2004 foi editada a Lei n. 11.079, denominada Lei das Parcerias Público Privadas (PPPs), instrumento que possibilitou um grande avanço para o setor privado.

Dados da Associação Brasileira das Concessionárias Privadas de Serviços Públicos de Água e Esgoto, em seu documento intitulado Panorama da Participação Privada no Brasil (ABCON, 2021), apontavam para um atendimento de aproximadamente 12% da população brasileira por concessionárias privadas, em cerca de 300 municípios nas seguintes modalidades de contratos: i) concessão plena (prestação dos serviços de água e esgotos); ii) concessão parcial (prestação de apenas um dos serviços – água ou esgoto); iii) subconcessão (quando presta os serviços de água e de esgotos - por delegação de uma Companhia Estadual de Saneamento); iv) PPPs; v) subdelegação (quando presta parcialmente os serviços - de água ou de esgotos - por delegação que de uma Companhia Estadual de Saneamento); vi) locação de ativos (forma de participação de empresas privadas em empreendimentos de interesse público por meio da qual a empresa contratada constrói uma determinada instalação e a arrenda à Administração Pública durante determinada quantidade de anos); e vii) outras situações não especificadas.

A presença do setor privado como prestador de serviços em saneamento é assegurada na legislação brasileira sob duas grandes vertentes: a primeira delas por meio da participação direta na operação dos serviços e a outra pela via indireta, a partir da abertura do capital das Companhias Estaduais de Saneamento Básico (CESBs), tais como já ocorreu nas duas últimas décadas com a Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo (SABESP) – maior empresa brasileira prestadora de serviços públicos de água e esgoto – com a participação privada de 49,7% das suas ações, desde 1997; a Companhia de Saneamento do Paraná (SANEPAR), em 1998; a Companhia de Saneamento de Minas Gerais (COPASA), em 2003.

²³ A Agência Municipal de Regulação dos Serviços Públicos Delegados de Cachoeiro de Itapemirim (AGERSA) foi a primeira agência municipal de regulação criada no Brasil, através da Lei Nº 4.798/99, inicialmente com o objetivo de regular os serviços de saneamento. Tornou-se multissetorial pela Lei Nº 5.807/05, passando a regular ainda o transporte, os espaços públicos, o lixo e os resíduos sólidos, a iluminação pública e a propaganda e publicidade. Portanto, a AGERSA tem como missão, entre outras, promover a regulação, o controle e a fiscalização dos serviços de saneamento concedidos, permitidos, autorizados ou operados diretamente pelo poder público municipal.

²⁴ A Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro (Agenera), criada em 06 de junho de 2005, por meio da Lei Estadual nº 4.556, exerce o poder regulatório dos Contratos de Concessão e Permissões de Serviços Públicos licitados e elaborados pelo Poder Executivo Estadual, através das Secretarias de Estado, nas áreas de energia e saneamento básico.

²⁵ Agência Reguladora dos Serviços Públicos Delegados do Município de Manaus – Agerman, que tem como responsabilidade a regulação e fiscalização dos serviços públicos delegados do município de Manaus. A proposta foi efetivada a partir da sanção da Lei nº. 2.265, de 11 de dezembro de 2017.

Isso demonstra que, no regime constitucional atual, o setor privado não possui nenhum impedimento legal para prestar serviços públicos, cabendo ao poder concedente tomar essa decisão.

Mesmo com os arcabouços legais existentes, os movimentos privados para alcançar de forma célere mais concessões se intensificaram e ao verificar, em meados do ano de 2016, espaço político e institucional favorável, houve uma grande investida junto ao governo federal para modificação da Lei n. 11.445.

Os movimentos político-institucionais e legais pós Lei do Saneamento n. 11.445 de 2007 para sua modificação

Com a edição da Lei n. 11.445/07, as disputas entre os grupos que representam o setor privado e os que defendem, prioritariamente, a prestação dos serviços por provedores públicos, ficaram menos evidentes e um tanto quanto arrefecidas. No entanto, a partir do segundo semestre de 2016, pautado pela intensificação da movimentação do setor privado, o Presidente da República publicou duas Medidas Provisórias com vistas a alterações do marco regulatório, aprovado em 2007.

Sobre as discussões das Medidas Provisórias nº 844 e nº 868 e, finalmente, a aprovação da Lei n. 14.026/20

Conforme Sergio Gonçalves aborda no livro “A Política Pública de Saneamento no Brasil: da Lei 11.445/2007 aos movimentos político-institucionais até a sua revisão”²⁶, nesse ciclo, foram iniciados estudos pela Casa Civil da Presidência da República para dar início à revisão da legislação do setor.

As principais justificativas formais foram: i) a emenda constitucional que instituiu o teto de gastos públicos por 20 (vinte) anos e que impactaria na redução de investimentos em saneamento; e ii) o diagnóstico da prestação dos serviços de água e esgotos, embasado principalmente nos indicadores de atendimento dos serviços conforme os dados históricos do Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento (SNIS), considerados insatisfatórios e demonstrativos de que o prazo para a universalização dos serviços seria ainda mais longo do que o previsto no Plano Nacional de Saneamento Básico (PLANSAB)²⁷.

Com a finalização dos estudos realizados por técnicos da Casa Civil da Presidência da República, foram apresentadas 13 (treze) propostas de mudança do conjunto do marco legal que regia à época a política pública de saneamento, sendo: 1) uniformizar a regulação do setor de saneamento, atribuindo à Agência Nacional de Águas (ANA) esta competência; 2) racionalizar as atuações ministeriais e dos recursos com a revisão das competências dos diversos órgãos envolvidos com saneamento no Governo Federal; 3) rever o Plano Nacional de Saneamento Básico - PLANSAB (BRASIL, 2013); 4) fortalecer os Programas de Parcerias com a Iniciativa Privada; 5) realizar parcerias estratégicas nas empresas estaduais com a participação acionária de agentes financeiros e fundos estatais; 6) rever a legislação de Consórcios para que fosse possível favorecer a assunção dos contratos de programas por empresas privadas; 8) rever a forma de coleta de dados ao Sistema Nacional de Informações em Saneamento Básico (SNIS);

9) criar um programa de enfrentamento das perdas no abastecimento de água potável; 10) estimular a ligação das residências às redes de esgoto e a cobrança de tarifas ou taxas; 11) estabelecer um programa de capacitação técnica do setor a ser desenvolvido pela ANA; 12) promover a revisão do licenciamento ambiental das obras de saneamento; 13) rever legislação com o intuito de prover os assentamentos urbanos irregulares de baixa renda com serviços de saneamento.

Neste contexto foi encaminhada ao Congresso Nacional a Medida Provisória n. 844, em 6 de julho de 2018. A controvérsia a respeito dos seus termos não possibilitou a formação de consenso na Câmara dos Deputados e culminou na perda da sua validade em 19 de novembro do mesmo ano.

Em 27 de dezembro de 2018, durante o recesso parlamentar, a Casa Civil da Presidência da República editou, com pequenas mudanças, uma nova Medida Provisória (MP n. 868), que tramitou já sob a nova legislatura do Congresso. Considerando que os textos das MPs n. 868 e n. 844 eram muito semelhantes, os blocos de entidades favoráveis e contrárias reiniciaram suas articulações.

²⁶ Gonçalves, Sergio Antonio. A Política Pública de Saneamento no Brasil: da Lei 11.445/2007 aos movimentos político-institucionais até a sua revisão, ePub, 2020.

²⁷ O Plano Nacional de Saneamento Básico (PLANSAB), lançado pelo Ministério das Cidades, em 2013, previa a necessidade de investimentos na ordem de R\$ 400 bilhões até o ano de 2033, e estes valores foram corrigidos em 2018 para o montante de pouco mais de R\$ 500 bilhões.

O texto da nova Medida Provisória repetiu o viés de fortalecimento da iniciativa privada e foi apontado, por muitos juristas, como violador do pacto federativo e, também, dos contratos firmados entre os entes federados e as empresas que então prestavam os serviços. Ademais, outro aspecto crítico identificado na redação das medidas provisórias citadas foi a proposta de “regulação federal”, que se daria por intermédio da Agência Nacional de Águas (ANA), através da edição de atos normativos com vistas a uma regência nacional sobre os temas regulados, o que levantou o debate sobre a autonomia de agências reguladoras instituídas até aquele momento. Por fim, também despertou debate a incumbência que atribuía a norma provisória à Agência Nacional de Águas (ANA) gerir a liberação de recursos financeiros da União direcionados a investimentos em saneamento básico.

Da mesma forma que a anterior, a Medida Provisória n. 868 não obteve consenso suficiente e perdeu sua vigência em 3 de junho de 2019.

Movimentos de alteração da Lei nº 11.445 após a rejeição das Medidas Provisórias

O governo eleito em 2018 passou a priorizar a alteração da Lei n. 11.445/07 sob o ângulo de inserção da iniciativa privada no setor, em um viés que foi apontado à época que viria da preponderância da área econômica do governo na batuta dos rumos da política de saneamento. Em 17 de dezembro de 2019, enquanto se esperava o debate e votação do PL n. 3261/2019, o presidente da Câmara dos Deputados substituiu o relatório do PL n. 3261/2019 pelo texto de outro Projeto de Lei, o PL n. 4.162 de 2019, de autoria do Executivo Federal. Este Projeto de Lei, que já se encontrava protocolado na Câmara dos Deputados, além de trazer em seu bojo conteúdos derrotados nas Medidas Provisórias anteriores, aprofundava ainda mais a tese do progressivo aumento da participação do setor privado nos serviços de saneamento e da diminuição da participação estatal. Ainda no mesmo dia o projeto foi aprovado em sessão plenária, por maioria.

Em continuidade do processo legislativo, em 04 de março de 2020, a mesa diretora do Senado Federal encaminhou o PL n. 4162 de 2019 para análise.

No mesmo período, em decorrência do registro de casos da COVID-19 no Brasil, foram adotadas medidas restritivas de quarentena, com a paralisação de praticamente todas as atividades consideradas não essenciais.

Em sessão do Plenário do Senado Federal, as emendas ao projeto de lei apresentadas por parlamentares foram todas rejeitadas e desta maneira o texto foi aprovado pela maioria dos senadores e senadoras, com um placar de 65 (sessenta e cinco) votos favoráveis, 13 (treze) votos contrários e 03 (três) ausências, totalizando o quórum pleno de 81 votos. Logo em seguida o texto aprovado foi encaminhado para sanção pelo Presidente da República.

Em 25 de junho de 2020, o presidente do Senado Federal encaminhou o texto aprovado do PL 4162/2019, para sanção do Presidente da República, que o sancionou em cerimônia virtual, com vetos, originando assim a Lei n. 14.026 de 2020.

A nova lei, como amplamente debatido, alterou a concepção e os pressupostos iniciais que alicerçaram a Marco Legal do Saneamento Básico, editado em 2007, cujo objetivo principal foi promover a universalização do saneamento com integralidade e equidade, mediante o tratamento equilibrado dos prestadores de serviços, na forma da Constituição, e com protagonismo no controle social. Da forma como foi aprovada a lei, as alterações têm o potencial de desequilibrar e esvaziar as atribuições de decisão, principalmente, do poder concedente, ou seja, do titular dos serviços.

O texto da Lei n. 14.026 de 2020, além de trazer em grande parte as teses das Medidas Provisórias (844 e 868 de 2018) que não lograram aprovação, avança de forma inequívoca na indução e apoio ao setor privado para prestação dos serviços públicos de saneamento básico.

Quanto aos vetos efetuados pelo Presidente da República, imediatamente houve forte movimentação de rejeição a essa conduta, pois foram vetados temas oriundos de acordos pactuados pelo próprio líder do governo junto ao Presidente da Câmara dos Deputados, ao Presidente do Senado Federal aos governadores que apoiaram a redação advinda do legislativo federal.

Em especial, os governos estaduais consideraram grave quebra do acordo o veto ao artigo 16 da Lei n. 14.026/20, que previa a possibilidade de reconhecimento e renovação dos contratos de programa pelas empresas estatais. Esse veto praticamente inviabilizou a prestação dos serviços pela grande maioria das companhias estaduais de saneamento.

Como razões para o veto, a Presidência da República argumentou que a eventual prorrogação por 30 anos das atuais avenças prolongaria de forma demasiada a situação atual e postergaria soluções para os impactos ambientais e de saúde pública decorrentes da falta de saneamento básico e da gestão inadequada da limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos. Ademais, argumentou também que essa proposta violaria a livre iniciativa e a livre concorrência, estando em descompasso com os objetivos do novo marco legal do saneamento básico que orientaria a celebração de contratos de concessão, mediante prévia licitação, com o estímulo da competitividade na prestação desses serviços com eficiência e eficácia.

Como contraponto a esses argumentos e com o objetivo de subsidiar a posição pela sua derrubada, a Associação Brasileira das Empresas Estaduais de Saneamento (AESBE) encaminhou, em 17 de julho de 2020, aos senadores documento em que defendeu a importância da derrubada dos vetos.

Em especial, a AESBE destacou que a regra de transição e os procedimentos de indenização de ativos não amortizados do novo modelo é de fundamental relevo, sendo essencial garantir uma transição segura para os modelos determinados pelo novo marco. A postura materializada no veto, como apontou a Associação, potencialmente impacta a ruptura do setor, a estagnação dos investimentos e o comprometimento do atendimento aos menores municípios e à população mais vulnerável.

A votação pelo Congresso Nacional, a manutenção dos vetos presidenciais e desdobramentos

No início do ano legislativo de 2021, o Congresso Nacional deliberou manter os vetos do Presidente da República. Durante a votação, foi apresentado destaque do Partido dos Trabalhadores (PT) para permitir a prorrogação por mais 30 (trinta) anos dos atuais contratos de programa feitos pelos municípios com companhias estaduais de saneamento. Nessa prorrogação, deveriam ser incluídas as metas de universalização do saneamento e dos serviços correlatos (coleta urbana, destinação de resíduos, limpeza urbana, entre outros). O destaque não foi aprovado e o veto foi mantido, com o placar de 292 votos contra 169 a favor.

Alguns parlamentares destacaram que o veto impedia que prefeituras celebrassem ou prorrogassem contratos com empresas estaduais, proibindo via de consequência a gestão associada, o que, na visão desses parlamentares, facilitaria o monopólio privado no setor e a falência de empresas estaduais.

Por outro lado, houve celebração por parte dos apoiadores do veto, sob a perspectiva de que a sua manutenção permitiria a expansão da atuação privada no setor de saneamento e a atração de novos investimentos.

Tal cenário deixou o ambiente político-institucional ainda mais turbulento e acirrou a discussão de constitucionalidade a respeito de vários aspectos da nova lei no Supremo Tribunal Federal.

Sobre esse ponto, vale citar a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.882, ajuizada pela AESBE, contra dispositivo da Lei n. 14.026/2020 que inviabilizaram a celebração de contratos de programa para os serviços de saneamento básico.

Outras entidades também se manifestaram contrariamente aos vetos e uma delas foi a Associação Brasileira de Engenharia Sanitária e Ambiental (ABES), que em documento apontou a necessidade de os atuais operadores manterem as operações nesses locais em condições adequadas de atendimento à população, dado que a prestação de serviços essenciais poderia ser descontinuada.

Essa mesma entidade ressaltou ainda a falta de “segurança jurídica para a realização dos investimentos necessários para manter os serviços com qualidade, regularidade e segurança adequadas atualmente, assunto que não foi tratado pelo novo marco legal do saneamento”.

Assim, a ABES propôs para a solução dessa lacuna a discussão de contratos de transição, pelo período necessário até a conclusão das novas licitações de concessão, que garantam a continuidade da prestação dos serviços à população e deem garantias mínimas para a realização de investimentos no período, bem como estabeleçam as regras de transferência/transição, considerando a indenização pelos ativos ainda não amortizados e o processo de regionalização conduzido pelos Estados ou pela União.

Outro ponto importante bastante polêmico é a forma da obrigatoriedade da regionalização no âmbito estadual para que os serviços possam ser prestados. Este tema fez com que a Associação Nacional dos Serviços Municipais de Saneamento (ASSEMAE) publicasse, em maio de 2021, um “Guia de orientação para gestores municipais”. Destaca-se que na apresentação deste guia é reafirmado o posicionamento constitucional da titularidade dos serviços de saneamento básico que deve ser exercido pelos municípios.

No documento, a ASSEMAE defende que a Lei n. 14.026/20 ultrapassou a competência da União e, ao fazê-lo, violou vários dispositivos da Constituição da República, inclusive tolhendo a autonomia municipal no exercício de sua titularidade na prestação do serviço de saneamento básico. Tais questões também foram levantadas pela AESBE no STF mediante a ADI n. 6.583.

Outra entidade importante da sociedade civil que se posicionou contrária à Lei n. 14.0226/20, foi o Observatório Nacional dos Direitos à Água e ao Saneamento (ONDAS)²⁸.

Posição do STF sobre as ADI

Ao analisar o conjunto de ações diretas de inconstitucionalidade que foram propostas contra a Lei n. 14.026/20, o Supremo Tribunal Federal declarou a validade do Novo Marco Legal do Saneamento Básico. Em decisão por maioria, o colegiado concluiu que a nova regulamentação para o setor foi uma opção legítima do Congresso Nacional para aumentar a eficácia da prestação desses serviços e buscar sua universalização, reduzindo as desigualdades sociais e regionais.

Em relação às regiões metropolitanas, o Ministro Fux observou que a previsão legal para que os estados instituíssem normas para a integração compulsória de regiões metropolitanas, visando ao planejamento e à execução de serviços de saneamento básico, não viola a autonomia municipal. Segundo o Ministro, o interesse comum justifica a formação de microrregiões e regiões metropolitanas para a transferência de competências para o Estado.

Em relação ao princípio federativo, a maioria do colegiado também considerou não ter ocorrido ofensa ao princípio federativo na atribuição de competência à Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico (ANA) para criar normas sobre regulamentação tarifária e padronização dos instrumentos negociais. Segundo o entendimento prevalecente, a exigência de que os municípios se adequem às regras estabelecidas pela ANA para terem direito às transferências voluntárias da União não viola o pacto federativo.

Quanto à autonomia municipal, sobre a qual a maioria entendeu não ter havido violação, ficaram parcialmente vencidos os ministros Edson Fachin e Ricardo Lewandowski e a ministra Rosa Weber. Para essa corrente, parte dos dispositivos questionados violam a autonomia municipal no poder de escolha da melhor forma de contratação e de prestação do serviço de saneamento básico.

²⁸ No dia 6 de fevereiro de 2019, em Brasília, aconteceu a assembleia de fundação do Observatório Nacional dos Direitos à Água e ao Saneamento – ONDAS. Na ocasião, foi aprovado seu estatuto. Segundo o documento, o ONDAS tem como princípios a defesa do saneamento básico e do acesso à água como direito social e da função do Estado na sua promoção; construção e fortalecimento da prestação dos serviços de saneamento de natureza pública, baseada nos princípios de solidariedade, equidade, universalidade, integralidade com participação, controle social e a produção de pensamento crítico socialmente referenciado sobre saneamento básico.

Regionalização e a Prestação dos Serviços Públicos de Saneamento

Efetuada o percurso até o presente momento, com ampla contextualização dos principais elementos que permeiam o debate, em especial trajetória legislativa e jurisprudencial que culminou da Lei n. 14.026/20 e no reconhecimento da sua validade, cumpre trazer as reflexões seguintes sobre a regionalização dos serviços públicos, que pode advir de formas diferentes.

A cooperação federativa é algo natural para os federalismos modernos, comprometidos com a realização dos direitos sociais, como o federalismo da Constituição de 1988. Daí porque todo e qualquer instrumento de gestão administrativa pode ser apto a disciplinar relações de cooperação federativa. Disso deriva o princípio da multiplicidade dos instrumentos de cooperação federativa.

No âmbito da prestação de serviços públicos, contudo, a Constituição federal de 1988 previu de forma expressa, em seu artigo 241, o instituto da gestão associada de serviços públicos e os seus requisitos. Portanto, em matéria de serviços públicos (inclusive quanto ao seu planejamento e regulação) o princípio da multiplicidade de instrumentos de cooperação federativa não se aplica, porque a cooperação federativa, neste caso, deve obrigatoriamente adotar um dos dois instrumentos previstos pelo artigo 241 - o consórcio público ou o convênio de cooperação entre entes federados.

Por fim, como bem destaca Wladimir Antonio Ribeiro, também “no campo da cooperação federativa pode se estar diante da regionalização, em especial porque os consórcios públicos naturalmente induzem a isso – sem prejuízo de que a regionalização seja produzida por arranjos derivados de convênios de cooperação entre entes federados”²⁹.

A regionalização compulsória

A regionalização compulsória se realiza mediante os institutos da região metropolitana, da aglomeração urbana ou da microrregião, previstos no § 3º do artigo 25 da Constituição, ao dispor que “os Estados poderão, mediante lei complementar, instituir regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, constituídas por agrupamentos de municípios limítrofes, para integrar a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum”.³⁰

São estabelecidos requisitos para que a regionalização compulsória seja estabelecida, sendo de se destacar, inicialmente, que se trata de uma faculdade do Estado-membro. Em outras palavras, não se trata de um dever, cujo não cumprimento acarreta qualquer tipo de sanção. A legislação federal pode incentivar os estados a adotarem a prestação regionalizada de serviços de saneamento básico através de recursos financeiros. As regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões são obrigatórias e uma lei complementar estadual pode modificar o exercício das competências municipais, transformando-o em um regime colegiado. Os municípios ainda são titulares dos serviços públicos de saneamento básico, mas a competência é exercida dentro de um colegiado que faz parte da estrutura de governança da região. As regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões são entidades intergovernamentais com natureza de autarquia interfederativa compulsória, assemelhando-se ao consórcio público que, em geral, adota a forma de autarquia interfederativa voluntária.

No contexto de uma autarquia, as competências das regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões são apenas as previstas na lei complementar estadual, não possuindo uma esfera federativa nem competências originárias. Elas são apenas instrumentos de organização, planejamento e execução de competências dos entes federativos que as integram.

²⁹ RIBEIRO, Wladimir Antonio. op. cit., p. 354.

³⁰ A Ride – Região Integrada de Desenvolvimento não é instrumento de coordenação federativa, porque não vincula as competências dos Estados, Distrito Federal e Municípios que congrega, uma vez que se trata de instrumento meramente administrativo para que a União coopere com os entes federados envolvidos, pressupondo atuação voluntária e concertada. Para conferir, veja-se o caput e § 1º do artigo 43 da Constituição Federal: “[p]ara efeitos administrativos, a União poderá articular sua ação em um mesmo complexo geoeconômico e social, visando a seu desenvolvimento e à redução das desigualdades regionais. § 1º - Lei complementar disporá sobre: I - as condições para integração de regiões em desenvolvimento; II - a composição dos organismos regionais que executarão, na forma da lei, os planos regionais, integrantes dos planos nacionais de desenvolvimento econômico e social, aprovados juntamente com estes”.

Em conclusão, nos termos da Constituição, as regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões são formadas por municípios vizinhos, o que implica continuidade territorial. Essas estruturas diferem dos consórcios públicos, que podem incluir municípios que não possuem contiguidade territorial.

O que diz a jurisprudência do STF sobre a região metropolitana no tema do saneamento básico

A Constituição de 1988 atribuiu à lei complementar estadual a competência para instituir regiões metropolitanas, reconhecendo-se a importância do instituto. Em diversas ocasiões, o Supremo Tribunal Federal apreciou ações que discutem a constitucionalidade de leis estaduais.

Um exemplo paradigmático, que Wladimir Ribeiro disserta com amplitude no artigo “Regionalização e Autonomia Municipal”, já citado anteriormente nas presentes reflexões, é o julgamento do STF sobre a Região Metropolitana do Rio de Janeiro - ADI n. 1.842/RJ. Na ocasião, o Supremo Tribunal Federal reconheceu que a região metropolitana, a aglomeração urbana e a microrregião instituem um regime de exercício colegiado de competências.

O julgado fez emergir a compreensão não só de *enforcement* às autarquias interfederativas compulsórias, como, ainda, deixou claro que não se trata da transferência de competências ao Estado-membro, mas do exercício de competências por meio de entidade intergovernamental. No entanto, o STF condicionou isso a que, no colegiado de governança interfederativa, não haja a concentração de poderes decisórios em apenas um ente da Federação. Outro caso emblemático trata da Lei Complementar n. 48, de 10 de junho de 2019, que instituiu as Microrregiões de Saneamento Básico do Estado da Bahia, a qual atribuiu ao Colegiado Microrregional, composto pelos prefeitos e pelo governador do Estado, pelo seu artigo 9º, inciso VII, a competência de “autorizar Município integrante da Microrregião a, isoladamente, promover licitação ou contratar a prestação de serviços públicos de saneamento básico, ou atividades deles integrantes, por meio de concessão ou de contrato de programa”.

Apesar da previsão legal, o Município de Brumado abriu processo licitatório para delegação da prestação dos serviços públicos de abastecimento de água e de esgotamento sanitário sem a autorização do Colegiado da Microrregião do Algodão. Tanto o controle externo de contas quanto a justiça estadual local se posicionaram pela impossibilidade de prosseguimento da licitação sem a respectiva autorização, nos termos da Lei Complementar Estadual n. 48/19.

Mediante Reclamação, o Município questionou o posicionamento local perante o Supremo Tribunal Federal, sob o argumento da sua inconstitucionalidade. O STF, porém, posicionou-se pela validade da previsão da lei complementar estadual, com fundamento nos precedentes da Corte, que reconhecem o papel integrador das regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões³¹.

É de se observar que o STF reconhece e protege as autarquias interfederativas compulsórias previstas no artigo 25, §3º, da Constituição, ressaltando o seu caráter de compulsoriedade e o seu poder vinculante sobre as competências municipais. Tal reconhecimento, no entanto, como frisado pela corte constitucional, tem como realce o caráter interfederativo dessas autarquias, pelo que não podem se transformar e nem serem confundidas como meros instrumentos de transferências de competências municipais aos Estados, em contraponto com o que ocorria antes da Constituição de 1988.

³¹ STF, 2ª Turma, Agravo Regimental na Reclamação nº 37.500, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 21.8.2020

Regionalização Voluntária: O Federalismo Cooperativo

Alguns estudiosos tratam a regionalização voluntária como ato natural no federalismo moderno, caracterizando-o como do tipo cooperativo. Quando relacionada aos serviços públicos, dispõe o artigo 241 da Constituição que 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”.

Embora a Constituição permita ampla cooperação, ao mesmo tempo impõe que quando a cooperação envolver serviço público, esta deve adotar a forma de gestão associada de serviços públicos, possuindo requisitos específicos, dentre eles a constituição (i) ou de consórcio público; (ii) ou de convênio de cooperação entre entes federados. Nesse sentido, em outras palavras, os entes federativos têm duas opções para lidar com a prestação de serviços públicos: criar uma pessoa jurídica, como um consórcio público, para assumir a competência de planejar, regular, contratar ou prestar o serviço, ou estabelecer relações de cooperação através de convênios entre os entes federados.

Por fim, importante destacar que no conjunto jurídico brasileiro, a regionalização voluntária, não exige continuidade territorial. Isso porque, na ausência de adesão de um ou mais Municípios, não fica inviabilizado que os demais estabeleçam vínculos de cooperação mediante consórcio público ou convênio de cooperação entre entes federados.

A Lei nº 14.026 e a Regionalização

A Lei 14.026/20 possui diversos dispositivos que tratam dos temas da autonomia municipal e da regionalização. Em especial, pode-se compreender que a lei cria dois conceitos novos, aplicáveis apenas no caso de regionalização cujo objeto seja o planejamento, a regulação, a fiscalização, ou a contratação da prestação ou a prestação de um dos cinco serviços públicos de saneamento básico.

O primeiro deles é a unidade regional de saneamento, definida como “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”.

O segundo é o “Bloco de Referência”, conceituado como o “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”.

Os conceitos estão disciplinados, respectivamente, no artigo 3º, inciso VI, alíneas “b” e “c”, na redação conferida pela Lei n. 14.026/20 à Lei n. 11.445/07. Consignados na legislação, sendo: Art. 3º, caput, VI, “b” e “c”, da Lei nº 11.445, na redação da Lei nº 14.026.

Como se constata da redação legal, o Bloco de Municípios materializa gestão associada de serviços públicos, seja pela formação de um consórcio público ou pela celebração de convênio de cooperação entre entes federados, que atenda ao previsto em ato do Poder Executivo da União.

O Bloco de Referência, por outro lado, somente é estabelecido na hipótese de o Estado não utilizar a sua prerrogativa de regionalizar o saneamento básico, agrupando todos os Municípios situados em seu território. Trata-se de atuação subsidiária da União, a ser exercida apenas no caso de omissão ou insuficiência da atuação do Estado. Este caso específico é tratado na Lei n. 11.445/07, na redação da Lei 14.026/20, por meio do seu artigo 52³².

³² Art. 52

(...)

§ 3º A União estabelecerá, de forma subsidiária aos Estados, blocos de referência para a prestação regionalizada dos serviços públicos de saneamento básico.” Porém, a União atuará subsidiariamente somente se o Estado não exercer a sua prerrogativa até o dia 15 de julho de 2021

O Decreto n. 10.588/20, que regulamentou a Lei n. 14.026/20, trouxe outras definições sobre o acesso a recursos da União Federal - tanto oriundos do orçamento geral da União, quanto de financiamento - e sobre a estrutura da prestação regionalizada dos serviços de saneamento, em alguns casos em extrapolação à própria vontade do legislador, violando assim a competência existente para a regulamentação por decreto.

Sobre o tema, o Supremo Tribunal Federal já se manifestou no sentido de que “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”³³.

Isso significa que tanto razões técnicas (“exigências de higiene e saúde públicas”), quanto razões econômicas (“dar viabilidade econômica e técnica aos municípios menos favorecidos”) são suficientes para legitimar a instituição de região metropolitana, de aglomeração urbana ou de microrregião que envolva o saneamento básico, o que afasta a necessidade de que haja o compartilhamento de infraestruturas.

Os Decretos publicados após a Lei nº 14.026 e a posição da Associação Brasileira das Empresas Estaduais de Saneamento

Em novembro de 2022, a AESBE endereçou ao Grupo de Trabalho Cidades, formado pela equipe de transição do governo recém-eleito, Carta com as suas posições acerca do cenário atual do saneamento básico, intitulada “Os Desafios e os Caminhos para a Universalização dos Serviços de Saneamento - Agenda Propositiva da AESBE”. No seu conteúdo, a entidade reitera a sua posição histórica de contribuir com o Poder Público para o estabelecimento e implementação de políticas públicas que permitam a ampliação e a melhoria da qualidade dos serviços de abastecimento de água e de esgotamento sanitário e propôs uma agenda positiva sintetizada nos tópicos seguintes:

1) Ajustes na regulamentação do Novo Marco Legal do Saneamento Básico

- Necessidade de alterações e/ou revogações dos Decretos Federais n. 10.588/2020, n. 10.710/2021 e n. 11.030/2022, que regulamentam diversos dispositivos da Lei 11.445/2007 e 14.026/2020 para permitir a ampliação de investimentos, celeridade na implementação de empreendimentos e menor custo aos prestadores e usuários;

- Edição de um único decreto que regulamente a lei por inteiro, repetindo a experiência ocorrida com a Lei n. 11.445/07, a fim de evitar a opção pela regulamentação fracionada que foi feita quanto à Lei n. 14.026/20, o que tem gerado muitas dúvidas e insegurança jurídica;

- Pontos mais sensíveis nos Decretos citados, que revelam a urgência de medidas imediatas pelo governo.

Entre os pontos do decreto de maior urgência de revisão por parte do Poder Público citados, merecem ser destacados os seguintes. Para a entidade:

- 1) O Decreto n. 10.588/2020, estabelece critérios e restringe de forma não razoável acesso a recursos federais fundamentais ao setor de saneamento básico, causando entraves na concessão de recursos essenciais ao avanço da universalização dos serviços;

³³ STF, Pleno, Embargos de Declaração na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1842, Redator do Acórdão Min. Gilmar Mendes, decisão publicada em 3.12.2020

2) O Decreto n. 10.710/2021 possui itens que demandam revisão, com destaque a:

a) oneração antecipada, excessiva e desnecessária do prestador dos serviços de saneamento, por alocar recursos e custos que poderão ou não serem usados no futuro, impactando diretamente na tarifa e podendo ser questionado até mesmo por órgãos de auditoria e controle, diante da contratação operações de crédito de forma demasiadamente antecipada (Art. 8º, §1º, II, §2º, I a III);

b) vedação à extensão lícita de prazo para contratos em vigor visando o cumprimento das metas da universalização, além de fixar obrigação impossível aos prestadores de prazo máximo para encerramento das relações consideradas precárias até 31/12/2023 (Art. 18, inciso V), penalizando os prestadores de serviço que inclusive já comprovaram sua capacidade econômico-financeira com a perda automática dos efeitos da decisão que reconheceram tal condição, caso as providências não sejam adotadas pelos titulares (municípios ou estruturas de prestação regionalizada);

c) inclusão das concessões administrativas (modalidade de Parceria Público- Privada) no limite de 25% previsto no artigo 11-A da Lei 11.445/2007 (Art. 2º, III), o que exorbitaria o poder regulamentar e afrontaria a literalidade do artigo legal, o que atrasa e atrai risco jurídico indevido à ampliação das Parcerias Público-Privadas – PPP's tão importantes para dar celeridade à execução dos investimentos necessários à universalização dos serviços.

d) O Decreto n. 11.030/22 declara diversos contratos em vigor como irregulares e estimula a encampação contratual por parte dos municípios, desrespeitando, portanto, o ato jurídico perfeito (contratos em vigor), não prevendo nenhuma regra de transição adequada entre os modelos, sendo que não compete a Decretos advindos de ente que não é titular dos serviços estabelecer a irregularidade de um contrato em vigor, assinado muito antes do Novo Marco Legal, muito menos estimular com a liberação de recursos federais a encampação de contratos em vigor que não sofreram denúncia ou processo administrativo regular em função de interesse público.

No item 3 da Carta, a AESBE ainda trata de tema de muita relevância que se refere à necessidade de resgate do Pacto Federativo na adoção da Estrutura de Prestação Regionalizada para realização da Gestão Associada entre os Entes Federados³⁴. No item 4, a entidade aborda o reconhecimento dos Contratos de Prestação de Serviços de Saneamento Básico em vigor, para i) possibilitar a dilatação dos prazos dos contratos de prestação de serviços vigentes, de forma a viabilizar o cumprimento das metas de universalização que foi vetado pelo novo marco legal e pelo Decreto 10.710/ 2021, inclusive a uniformização de prazos em prestações regionalizadas, além de ii) flexibilizar o prazo definido para as metas de universalização nos contratos de prestação de serviços com condições previamente estabelecidas incompatíveis com tal prazo, abrindo a perspectiva de enquadramento os contratos de programa das companhias estaduais na dilação de prazo citado no Art. 11-B, §9º, ou seja, até 01 de janeiro de 2040, em situações de inviabilidade econômica e financeira, face à modicidade tarifária.

Na visão da entidade, não se nega que o Novo Marco Legal trouxe avanços importantes ao estabelecer a obrigatoriedade de metas e indicadores de desempenho para os contratos em vigor (Art. 11-B da Lei 11.445/2007).

Contudo, a Associação entende que houve violação da isonomia entre os prestadores públicos e privados, uma vez que essa obrigação se aplicou apenas aos contratos de programa em vigor das empresas estaduais, pois os contratos advindos de concessões públicas licitadas, usualmente executados por operadores privados, não sofreram alteração, ficando a responsabilidade para o titular encontrar alguma alternativa caso o prestador privado não anuisse com a inserção dessas metas através de aditivo contratual, inclusive com garantia de reequilíbrio.

³⁴ Resgatar o protagonismo da prestação regionalizada (no caso da titularidade compartilhada por interesse comum) no âmbito do marco regulatório, possibilitando a realização de consórcio e de convênio para gestão associada entre entes federativos visando a transferência e o compartilhamento do desempenho de serviços públicos de interesse comum conforme previsto no artigo 241 da Constituição Federal de 1988 e da Lei Federal N. 11.107/2005.

Parecer jurídico do professor Dr. Eros Roberto Grau

Em consulta ao Professor Doutor Eros Roberto Grau, a AESBE submeteu os temas apresentados na Carta citada no tópico anterior. Para o renomado jurista, “é possível a edição de novo decreto, que permita a regularização dos contratos administrativos atualmente em vigor e também autorize a celebração de instrumentos contratuais para formalizar situações de fatos verificadas, mesmo após a edição da lei nº 14.026, de 2020, haja vista tratar-se de serviços públicos de saneamento básico, de caráter essencial; a promulgação desse decreto supre a ausência de uma regra de transição para aquelas situações tidas como provisórias, pela própria lei, de modo que não haja prejuízo para qualquer das partes envolvidas”.

Ademais, a respeito da extensão dos prazos, o Parecerista afirma que é “admitida a extensão de prazos como forma de reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos que tenham por objetivo a prestação de serviços públicos de saneamento básico, sejam concessões, contratos de programa, concessões impróprias e instrumentos congêneres, além disso, é possível também a extensão de seus prazos, de maneira a permitir a unificação da vigência dos contratos que integram uma mesma prestação regionalizada dos serviços públicos de saneamento básico”.

Sobre a prestação direta de serviços públicos, o Professor Eros Grau opina pela sua viabilidade na hipótese de entidade que integre a administração de autarquia intergovernamental, mediante formalização de decisão colegiada proferida no âmbito administrativo dessa mesma estrutura de prestação regionalizada.

Como se observa, há fundamentação jurídica suficiente e importantes reflexões que dão força ao debate suscitado, fazendo emergir, como prioridade da agenda nacional, a solução dos temas tão sensíveis para o atingimento das metas de universalização e melhoria na prestação dos serviços.

Olhar prospectivo para uma solução

Quando se trata de temas relativos à prestação de serviços públicos de saneamento básico, é importante ter em mente que as empresas estatais de saneamento foram criadas nos anos 60 e início dos 70, sendo que algumas delas possuem mais de 50 anos, o que significa dizer que será possível encontrar todos os tipos de instrumentos contratuais, ou até mesmo nenhum, em que a estatal iniciou a prestação dos serviços em atendimento ao caráter federativo e público da prestação dos serviços e pelas questões político-institucionais daquele momento não houve a formalização.

Tal cenário não exclui a necessidade de que, ciente dos fatores históricos que geraram a situação presente, haja uma solução de transição que tenha como objetivo final a efetiva prestação adequada e continuada dos serviços públicos em tela.

Cada situação deve ser compreendida e compatível, a fim de que seja adotada a melhor alternativa abraçada pelo regime jurídico nacional para os casos individualmente considerados.

Considerações finais

Indubitavelmente, há uma série de aspectos do Novo Marco Legal que merecem revisão. Em especial, o peso conferido à suposta capacidade de solução pela iniciativa privada dos problemas de investimento no setor, sustentado em concepções dicotômicas de enfrentamento do problema que opõem empresas estatais versus empresas privadas e estatização versus privatização.

Tal visão dicotômica é bastante característica do direito administrativo das décadas de 1980 e 1990, que ignorava a crescente complexidade da vida em sociedade.

Porém, ao estabelecer essas bases dicotômicas e privatísticas - principalmente diminuindo o papel das empresas estatais e do próprio poder público - a Lei n. 14.026/20, tal qual a missão evangelizadora de Miguel Brum no conto "A função da Arte", de Eduardo Galeano, está a coçar onde não coça³⁵, descompassado do direito administrativo atual.

No cenário da retomada da atividade econômica pós-pandemia, a participação estatal será fundamental e determinante em um cenário no qual, em abandono à perspectiva dualista ora criticada, para além da necessidade de financiamento e segurança jurídica com suporte do Poder Público, tenha-se como pressuposto uma Administração Pública em cujos quadros teóricos se contemple o pluralismo na coordenação e na cooperação entre as entidades que desempenham serviços públicos.

Nesse sentido, como tratado anteriormente, a regionalização dos serviços de saneamento básico tem sido objeto de discussão no âmbito do poder público e da academia, especialmente no que se refere à possibilidade de prestação direta em estruturas regionalizadas e na titularidade compartilhada do Estado.

A prestação direta de serviços de saneamento básico é aquela em que o próprio Estado, por meio de suas autarquias, empresas públicas ou sociedades de economia mista, assume a responsabilidade pela execução das atividades necessárias à prestação dos serviços. Já a estruturação regionalizada consiste na organização dos serviços de saneamento básico de uma determinada região em uma estrutura única, com a finalidade de proporcionar maior eficiência e efetividade na gestão e execução dos serviços.

Por sua vez, a titularidade compartilhada do Estado consiste na participação de mais de um ente federativo na prestação dos serviços de saneamento básico. Isso significa que a União, os estados e os municípios podem atuar conjuntamente na gestão e execução dos serviços, de forma a garantir a universalização do acesso e a sustentabilidade econômica, social e ambiental dos serviços.

O ordenamento jurídico brasileiro dispõe de instrumentos para a concretização da regionalização dos serviços de saneamento básico no Brasil, que é uma estratégia importante para garantir a eficiência e efetividade na gestão e execução dos serviços, bem como para promover a universalização do acesso e a sustentabilidade econômica, social e ambiental dos serviços. Nesse contexto, a possibilidade de prestação direta em estruturas regionalizadas e a titularidade compartilhada do Estado são instrumentos importantes para a implementação da política de saneamento básico no país, desde que observados os critérios legais de eficiência, efetividade e sustentabilidade econômica, social e ambiental.

³⁵ Referência ao conto de Eduardo Galeano "A função da arte": "O pastor Miguel Brum me contou que há alguns anos estive com os índios do Charco paraguaio. Ele formava parte de uma missão evangelizadora. Os missionários visitaram um cacique, um gordo quieto e calado, escutou sem pestanejar a propaganda religiosa que leram para ele na língua dos índios. Quando a leitura terminou, os missionários ficaram esperando. O cacique levou um tempo. Depois, opinou: - Você coça. E coça bastante, e coça muito bem. E sentenciou: - Mas, onde você coça não coça". (GALEANO, Eduardo. O livro dos abraços. Porto Alegre: L&PM, 2006, p. 28.)

ARTUR DE SOUSA CARRIJO – OAB/DF 35.218

Graduado em Direito na Universidade de Brasília. Especialista em Direito Administrativo pelo Instituto Brasiliense de Direito Público. Mestre em Direito Administrativo pela Universidade de Lisboa. MBA em PPP e Concessões pela Fundação Escola de Sociologia e Política de São Paulo. Integrou Programa de Desenvolvimento de Dirigentes (PDD) da Fundação Dom Cabral que visa à excelência na gestão de estratégias e atuação profissional.

Professor no MBA de Licitações e Contratos no IPOG e no Instituto Licitar.

Foi Presidente da Comissão de Precatórios da OAB/DF e integra o Comitê de Precatórios do TJDF, representando a advocacia do Distrito Federal. Foi membro da Comissão Especial de Obras, Concessões e Controle da Administração Pública do

Conselho Federal da OAB/Conselho Federal e foi Secretário-Geral da Comissão de Defesa e Fiscalização de Concursos Públicos da OAB/DF.

É autor de artigos e capítulos de livros sobre direito administrativo e direito constitucional e autor da obra Novo Regime Jurídico das Empresas Estatais Brasileiras, publicado pela editora Lumen Juris.

Foi Chefe da Assessoria Jurídico Legislativa (AJL) da Secretaria de Estado de Obras e Infraestrutura do Distrito Federal.



Associação Brasileira das Empresas
Estaduais de Saneamento

Universalizar é Nossa Missão.