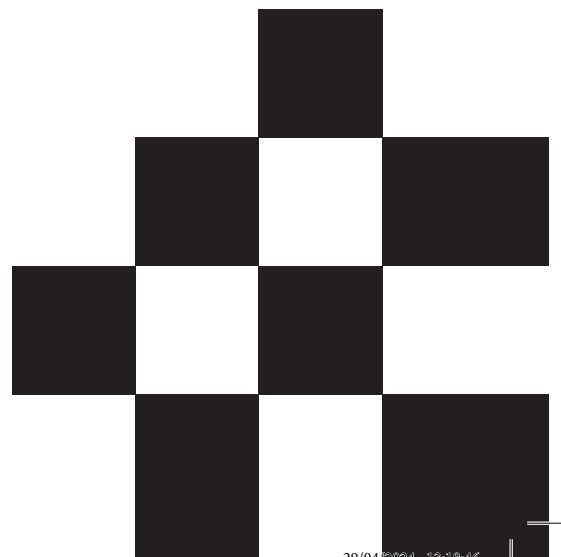


ALOÍSIO ZIMMER

DIREITO DO **SANEAMENTO**

Abastecimento de água,
esgotamento sanitário, resíduos
sólidos e drenagem urbana

2ª EDIÇÃO | 2024





Autor
Aloísio Zimmer

Revisão de Texto
Gabriel Büttendbender Galetto
Ana Paula Mella Vicari
Otávio Turcatti
Matheus Arype Reyes

Projeto Gráfico e Diagramação
Thaty Furtado

Impressão
Editora Evangraf LTDA

Tiragem
500 exemplares

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

Zimmer, Aloísio

Direito do Saneamento: abastecimento de água,
esgotamento sanitário, resíduos sólidos e drenagem urbana/
Aloísio Zimmer. – 2. Ed. Porto Alegre: Instituto Puras, 2024.

Bibliografia

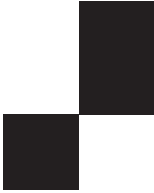
ISBN 978-65-983288-1-8

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

CDU-351.77(81)(094.98)

Índices para catálogo sistemático:

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



Dedicatória

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

Por muitos anos gostei de filmes escuros, urbanos, com gente feia e final triste. Então nasceu o João. Daí a vida tornou-se outra: mais leve, mais humana, mais bonita. Muito obrigado meu filho, o príncipe gentil, mais colorado do que o próprio pai.

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

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

Inegavelmente, tive muita sorte na minha vida.

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





Agradecimentos

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

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

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

Destaco, com todas as homenagens, o meu amigo e sócio Gabriel Büttenbender Galetto que participou decisivamente na construção deste projeto desde o início, pois somente com a sua leitura atenta e contribuições técnicas relevantes os pontos de dúvida que me angustiavam foram superados. Com ele, todos os dias, aprendo mais do que ensino. E, para esta nova edição, o servidor público Otávio Turcatti e o estudante de Direito Matheus Arype Reyes mostraram-se fundamentais, colaborando em textos e notas, de maneira incansável.

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

Por fim, para fazer um registro histórico, em 2024 ainda nascem (ou nasciam) livros escritos por inteligências reais, com as suas circunstâncias, imperfeições e memórias limitadas. Não será assim para sempre.





Apresentação

Diante de uma conjuntura tão abrangente, este livro está organizado em três grandes partes, que vão sendo detalhadas em inúmeras subdivisões na medida em que o leitor pode ter interesse em temas específicos. Na primeira, sem descuidar de outros tantos aspectos (e da construção de uma teoria geral), analisaremos as políticas internacionais e os modelos de gestão dos serviços de saneamento básico no mundo. Na segunda parte, o ponto focal é o Brasil e os quatro subsistemas que integram o setor: o abastecimento de água; o esgotamento sanitário; a limpeza urbana e o manejo de resíduos sólidos (Lei n. 12.305/2010 e o Planares); e a drenagem urbana e o manejo de águas pluviais. Existe, aqui, uma abordagem prática, para além dos assuntos tradicionalmente abordados por um trabalho jurídico. Por fim, a terceira parte busca esmiuçar o *Novo Marco Legal do Saneamento Básico*, o que também alcança o Plansab, os Decretos Federais ns. 11.598/2023 e 11.599/2023 e a Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico (ANA) com suas normas de referência. Agora, sim, retratando a experiência do autor com as discussões atuais, muitas respostas são oferecidas ao leitor interessado em acompanhar as dificuldades naturais de uma transformação profunda neste setor.

Na missão à qual nos propusemos para esta segunda edição, admitindo nossas limitações de pessoa real, conseguimos chegar até aqui. Nenhum livro está definitivamente pronto. Um dia o deixamos ir embora, simples assim. E se a vida depois permitir, podem existir outros encontros. A obra já não será a mesma. Nós também seremos outro. E daí, tudo recomeça.

Aloísio Zimmer

Para todos os que escrevem sobre o serviço de saneamento básico no Brasil, existe o compromisso de aproximar a reflexão teórica aos problemas concretos. Em outras palavras, aliar técnica e experiência prática e apontar caminhos em que o direito sirva à solução dos grandes desafios urbanos, econômicos, sociais e ambientais que se apresentam nos dias de hoje. *O Direito do Saneamento* sempre será uma ordem jurídica em construção. Muito de sua efetividade passa pela decisão e pelas possibilidades das Administrações, dos Parlamentos e do Poder Judiciário. Suas normas resultam em uma teia de leis, decretos e outros atos cuja eficácia depende, antes, de identificá-los para depois compreendê-los dentro de um contexto, informado pelas discussões políticas e os valores da época. No dia seguinte, enfim, o maior desafio: concretizá-los. Retratando a formação teórica e a experiência prática do autor, este trabalho cumpriu muito bem o seu provável objetivo inicial. Fez-se doutrina, ofereceu-se respostas para questões ainda muito novas, sem nunca perder o norte de que a ciência jurídica e o Estado existem para melhorar a vida das pessoas.

Karla Bertocco Trindade
Presidente do Conselho de Administração da Sabesp



Prefácio

Sabendo da importância do saneamento básico e do desafio de transformar o cotidiano de milhões de pessoas, a AEGEA tem o compromisso de levar água de qualidade e o serviço de coleta e tratamento de esgoto para comunidades em diversos estados do Brasil. O advogado Aloísio Zimmer, caminhando ao nosso lado em algumas dessas operações, comprovou ser um profissional altamente técnico e comprometido com as causas do setor. Este Livro, agora em segunda edição, seguirá sendo uma das principais referências para quem quiser aproximar-se do complexo sistema legal que modificou a realidade desta política pública no nosso país.

Radamés Casseb
CEO na Aegea Saneamento e Participações S.A.

É com satisfação que oferecemos à crítica este Livro, que representa o registro do estudo e da experiência em anos de docência e de prática no setor deste profissional, que temos respeito e admiração. Trabalhamos juntos durante o processo de privatização da Corsan, do primeiro até o último dia. A legislação mudando, os múltiplos interesses em disputa, a convicção e a resiliência de um grupo de profissionais motivados pelos melhores sentimentos para, no final de tudo, deixar um legado positivo para o Estado do Rio Grande do Sul — penso que conseguimos entregar isso. Ao longo dessa jornada, era preciso conhecer o sistema jurídico, mas, também, ouvir as pessoas, e o Aloísio Zimmer, autor deste trabalho, quando convocado, soube ser relevante.

Roberto Correa Barbuti
CEO na Iguá Saneamento S.A.

Além de uma honra, me sinto privilegiado de poder apresentar esta obra ao leitor, já que se trata de condições precedentes àquilo que é considerado como desenvolvimento, seja econômico, ambiental, seja, principalmente, social. Além disso, o tema é extremamente carente nas publicações brasileiras e, agora, a partir dessa leitura, é possível percorrer uma jornada histórica e jurídica, a qual permite que não apenas juristas possam absorver todo o aprendizado e conhecimento disponibilizado, mas também técnicos e sociedade em geral.

O saneamento não é básico apenas pelo seu título, é, de fato, algo essencial à existência da vida e, conforme muito bem explorado pelo autor, vem enfrentando desafios há muito tempo. Tanto na perspectiva nacional quanto internacional, diversas iniciativas têm sido desenvolvidas para que essa essencialidade atinja todos os lugares. Nesse sentido, o livro consegue contribuir para todos os debates fundamentais, que devem ser estimulados para aceleração da mudança do *status quo*, principalmente, no Brasil.

Como bem destacado na publicação, os direitos humanos à água e ao esgotamento sanitário tiveram reconhecimento explícito em 2010 pela ONU. Por sua vez, esse novo status reforça que a sensibilidade do tema requer maior profundidade em conhecimento e em definições por parte dos órgãos competentes e da sociedade como um todo. Tomando-se como foco a realidade brasileira, a compreensão correta do *Novo Marco Legal do Saneamento Básico*, em todas as suas dimensões, é o que permitirá que profissionais tenham maior capacidade para lidar com os desafios do setor, buscando e permitindo a indispensável segurança jurídica nos arranjos contratuais existentes e nas diversas modelagens estruturadas para melhoria dos serviços prestados atualmente.

Por fim, desconheço alguém que tenha se engajado em estudar a área mais do que o consultor e advogado Aloísio Zimmer sobre o setor e todas as suas nuances, conectando, através da nova edição do Livro, a prática e a teoria. Além disso, o livro serve como um importante guia para gestores públicos, órgãos de controle, operadores privados e sociedade em geral, nas diversas incertezas que surgem na aplicação diária deste conjunto renovado de princípios e regras.

Luiz Fernando Gronau
Managing Director na Alvarez & Marsal

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

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





Sumário

INTRODUÇÃO..... 21

PARTE I

SANEAMENTO BÁSICO NA ARENA GLOBAL.....45

Capítulo I

Políticas Internacionais de Saneamento Básico 47

- 1. Direito Internacional e Direitos Humanos 47**
 - 1.1 Breve Introdução ao Direito Internacional Público..... 47
 - 1.2 Afirmação dos Direitos Humanos na ONU 53
 - 1.3 Centralidade do Desenvolvimento Sustentável no Século XXI 55
 - 1.4 “Cisne Verde” e o Fórum Mundial de Davos de 2020 60
- 2. Direito Humano à Água Potável e ao Saneamento Básico..... 65**
 - 2.1 Água, Saneamento e Agenda Ambiental 68
 - 2.2 Água, Saneamento e Desenvolvimento Sustentável..... 73
 - 2.3 Trajetória no Âmbito das Nações Unidas..... 78
 - 2.4 Fóruns Mundiais da Água e a Visão Hegemônica 88
 - 2.5 Patrimonialização do Direito ao Saneamento 99
- 3. Por uma Avaliação Não Dogmática das Políticas de Saneamento ..104**
- 4. Papel da Cooperação na Gestão Internacional da Água 105**

Capítulo II

Modelos de Gestão dos Serviços de Saneamento no Mundo .. 109

- 1. Natureza de Monopólio Natural dos Serviços de Saneamento ...109**
- 2. Operação Privada do Sistema de Saneamento 117**
 - 2.1 Modelo Inglês: a Privatização do Setor..... 120
 - 2.1.1 Formação Histórica do Sistema 120
 - 2.1.2 Privatização e Regulação Estatal 125
 - 2.2 Modelo Francês: a Cultura da Descentralização 129
 - 2.2.1 Formação Histórica do Sistema.....129
 - 2.2.2 Fragmentação e Regionalização.....131
 - 2.2.3 Fontes de Custeio dos Serviços 134
 - 2.2.4 Modelos de Gestão Contratual dos Serviços.....135
- 3. Operação Pública do Sistema de Saneamento 138**
 - 3.1 Operação Pública Centralizada 139
 - 3.2 Operação Pública Descentralizada 140

4. Estudo de Caso: a Experiência Argentina	143
4.1 Processo de Desestatização do Sistema	148
4.2 Processo de Reestatização do Sistema	151
5. Debate entre Modelos: Reestatização e Desestatização	153

PARTE II

COMPONENTES E O DIREITO DO SANEAMENTO

BÁSICO NO BRASIL 167

Capítulo III

Pressupostos do Direito do Saneamento Básico 169

1. Panorama Histórico e Políticas de Saneamento Básico no Brasil ..	169
1.1 Primeiros Passos de uma Política Nacional de Saneamento Básico ...	169
1.2 Plano Nacional de Saneamento (Planasa).....	173
1.2.1 Fundação Nacional de Saúde (Funasa).....	182
1.3 Programa de Modernização do Setor de Saneamento (PMSS)	184
1.4 Lei Federal n. 11.445/2007 na Nova Ordem Constitucional	192
1.5 Plano Nacional de Saneamento Básico (Plansab)	196
1.6 Medidas Provisórias n. 844/2018 e n. 868/2018	201
2. Definição de Saneamento Básico	208
3. Titularidade dos Serviços de Saneamento.....	210
4. Competência Administrativa	221
5. Competência Normativa.....	224
6. Regras de Transição na Prestação de Serviços	227
7. Planejamento dos Serviços de Saneamento	232
8. Princípios Jurídicos do Direito do Saneamento Básico	240
8.1 Princípio da Universalidade	244
8.2 Princípio da Solidariedade	260
8.3 Princípio da Equidade	264
8.4 Princípio da Integralidade	272
8.5 Princípio da Sustentabilidade.....	277
8.6 Princípio da Participação ou do Controle Social	283

Capítulo IV

Abastecimento de Água e Esgotamento Sanitário..... 289

1. Conceito de Abastecimento de Água	289
1.1 Etapas do Abastecimento de Água	290
2. Conceito de Esgotamento Sanitário	302
2.1 Etapas do Esgotamento Sanitário	305

3. Conexão à Rede de Infraestrutura Pública	308
3.1 Obrigação de Conexão.....	312
4. Outorga de Recursos Hídricos em Unidades Consumidoras	317
4.1 Ato Administrativo de Outorga de Recursos Hídricos	320
4.2 Outorga de Recursos Hídricos para Uso Individualizado	321
5. Antecipação de Investimentos por Empreendedores Imobiliários...	323
5.1 Contrato Especial e Ato de Ressarcimento	326
6. Estrutura Tarifária de Água e Esgoto	328

Capítulo V

Limpeza Urbana e Manejo de Resíduos Sólidos 333

1. Conceito de Limpeza Urbana e Manejo de Resíduos Sólidos....	333
1.1 Etapas da Limpeza Urbana e Manejo de Resíduos Sólidos.....	335
2. Manejo de Resíduos Sólidos e Sustentabilidade Ambiental	345
3. Política Nacional de Resíduos Sólidos	
(Lei Federal n. 12.305/2010 e o Decreto n. 10.936/2022)	353
3.1 Responsabilidade Compartilhada pelo Ciclo de Vida dos Produtos ..	367
3.1.1 Hierarquia dos Resíduos e Economia Circular.....	372
3.2 Destinação e Disposição Final Ambientalmente Adequada	376
3.2.1 Rotas Tecnológicas e o Conceito de Aterro Zero.....	383
3.2.2 Rotas Tecnológicas e Esgotamento Sanitário.....	392
4. Universalização na Limpeza Urbana e Manejo de Resíduos Sólidos.....	394
5. Sustentabilidade Econômico-Financeira do Sistema.....	398
5.1 Obrigação de Cobrança pelos Serviços	404
5.2 Instrumento Administrativo de Cobrança	407
5.3 Situação Brasileira na Cobrança pelos Serviços	409
5.4 Economia de Escala e de Escopo	414
6. Modelagens neste Subsistema diante do Novo Marco Legal.....	417

Capítulo VI

Drenagem Urbana e Manejo de Águas Pluviais 421

1. Conceito de Drenagem e Manejo de Águas Pluviais	421
2. Urbanização: Ações Estruturais e Estruturantes.....	423
3. Universalização dos Serviços de Drenagem e Manejo de Águas Pluviais.....	426
4. Planejamento e Prestação Contínua de Serviços	429
4.1 Escopo de Serviços.....	432
5. Sustentabilidade Econômica	435
5.1 Obrigação, Modelos e Critérios de Cobrança	440
5.1.1 Instrumento Administrativo de Cobrança	442

6. Sistemas Separador Absoluto, Unitário e Misto (ou combinado) ..	444
6.1 Transição do Sistema Misto para o Separador Absoluto	446
7. Novas Contratações ou Incorporação a Ajustes Existentes	448

PARTE III

O DIREITO DO SANEAMENTO BÁSICO DEPOIS DA LEI

FEDERAL n. 14.026/2020	453

Capítulo VII

Novo Marco Legal do Saneamento Básico	455

1. Origens da Lei Federal n. 14.026/2020	455
1.1 Processo Legislativo e Vetos Presidenciais de 2020	455
1.2 Julgamento das ADIs n. 6.356, 6.492, 6.583 e 6.882	467
1.3 Redação do Decreto Federal n. 11.598/2023 e do Decreto Federal n. 11.599/2023	473
1.4 Principais Instrumentos Normativos do Setor	476
2. Modelos de Prestação dos Serviços	479
2.1 Prestação Direta	481
2.2 Prestação Indireta	486
2.3 Execução Indireta como Meio Residual	489
2.3.1 Contrato de Concessão, Contratação Tradicional ou Direta	493
2.4 Conceito de “Ações de Saneamento Básico”	497
3. Cláusulas Regulamentares Essenciais	501
4. Condições de Validade das Operações de Saneamento	507
4.1 Planejamento dos Serviços	508
4.2 Regulação dos Serviços	511
4.3 Prestação dos Serviços	513

Capítulo VIII

Regime de Transição e Regularização de Operações	515

1. Regime de Transição no Saneamento Básico	515
2. Regras de Transição Específicas	519
3. Regularização de Operações Vigentes	522
4. Apoio da União Federal no Regime de Transição	523
4.1 Transição para uma Forma Regular de Prestação dos Serviços	526
5. Instrumentos de Adequação de Operações Vigentes de Saneamento Básico	526
5.1 Celebração de Termo Aditivo em Contratos de Programa	527
5.1.1 Cronograma de Metas de Universalização	531
5.1.2 Modificações Adicionais no Ajuste	535

5.1.2.1 Fontes de Receitas Alternativas.....	536
5.1.2.2 Metodologia para Indenização de Ativos Não Amortizados..	541
5.1.2.3 Cláusula de Repartição de Riscos.....	542
5.1.2.4 Mecanismos Privados de Resolução de Conflitos:	
Mediação e Arbitragem.....	544
5.1.3 Reequilíbrio Econômico-Financeiro de Contratos de Programa..	548
5.1.4 Consequência Normativas do Não Aditamento Contratual	
no Prazo Legal.....	553
5.2 Processo de Desestatização das Companhias Estaduais	560
5.2.1 Desestatização no Novo Marco do Saneamento Básico	561
5.3 Forma de Prestação dos Serviços Remanescentes em	
Contratos Licitados.....	566
5.4 Segregação da Outorga de Recursos Hídricos e Relação	
de Interdependência.....	569

Capítulo IX

Participação Privada e Saneamento Básico no Brasil..... 573

1. Perspectivas para o Saneamento Básico no Brasil	573
2. Modelos de Participação da Iniciativa Privada.....	589
2.1 Concessões de Saneamento da Década de 1990	590
2.2 Domínio da Concessão no Ciclo de Universalização	592
2.3 Parcerias Público-Privadas (PPPs)	597
2.4 Tipologias de PPPs e Experiência Internacional.....	601
2.5 Marco Regulatório das PPPs no Brasil.....	608
2.5.1 Caso de PPP de Esgotamento Sanitário (Região Metropolitana	
de Porto Alegre).....	612
2.6 Subdelegação e PPPs no Saneamento Básico.....	615
2.6.1 Caso de Subdelegação do Esgotamento Sanitário da Saneago..	618
2.7 Contrato de Performance.....	620
3. Motivações Públicas para Desenvolvimento de PPPs.....	622
4. Financiamento de Projetos (Project Finance)	625
5. Participação Privada e Melhoria Global dos Serviços.....	631
6. Estruturação de Propostas de Investimento de Infraestrutura	
 em Saneamento e o Modelo de Cinco Dimensões (M5D)	640
6.1 Dimensões da Estruturação de um Projeto	645
6.2 Proposta Inicial de Investimentos.....	651
6.3 Proposta Intermediária de Investimento.....	661
6.4 Proposta Final de Investimentos.....	669

Capítulo X

Decreto Federal n. 11.598/2023: Procedimento de Comprovação da Capacidade Econômico-Financeira..... 677

1. Sujeitos à Comprovação e Objetivos do Procedimento 677

1.1 Sujeitos ao Decreto Federal n. 11.598/2023 679

1.1.1 Concessionárias de Serviço Público..... 679

1.1.2 Prestadores Diretos..... 681

1.1.3 Prestadores Remanescentes..... 685

1.2 Metas de Universalização..... 687

1.2.1 Metas de Cobertura de Atendimento..... 688

1.2.1.1 Área de Abrangência..... 694

1.2.1.2 Metas de Universalização e Prazo Contratual 696

1.2.1.3 Metas de Universalização e Métodos Alternativos
de Atendimento 698

1.2.2 Demais Metas Setoriais (Perdas de Água, Não Intermittência
de Atendimento, Melhoria no Processo de Tratamento)..... 701

2. Procedimento e Requisitos 708

2.1 Prazo para Apresentação do Requerimento..... 708

2.1.1 Documentos Comprobatórios 709

2.1.2 Avaliação Econômico-financeira..... 711

2.2 Primeira Etapa 711

2.3 Segunda Etapa 713

2.3.1 Estudos de Viabilidade Econômico-financeira..... 713

2.3.1.1 Normas Regulatórias para Repactuação de Serviços 714

2.3.2 Plano de Captação de Recursos..... 716

2.4 Hipótese de Privatização do Prestador dos Serviços 717

3. Regulação Nacional e Infranacional no Procedimento 721

3.1 Regulação Infranacional 721

3.1.1 Decisão sobre a Capacidade Econômico-Financeira..... 722

3.1.2 Monitoramento e Fiscalização das Metas Legais 723

3.1.3 Revisão da Decisão sobre Capacidade Econômico-Financeira.. 726

3.1.4 Omissões do Decreto Federal n. 11.598/2023..... 728

3.2 Regulação Nacional..... 728

3.2.1 Monitoramento da ANA..... 730

4. Efeitos da Não Comprovação da Capacidade Econômico-Financeira 731

4.1 Efeitos para Prestador Privado..... 732

4.2 Efeitos para Prestador Público 733

5. Aproveitamento da Avaliação Econômico-Financeira Anterior ..735

6. Temas Regulamentados pelo Decreto Federal n. 11.598/2023 ...	736

Capítulo XI

Regionalização dos Serviços de Saneamento Básico e

Alocação de Recursos e Financiamentos pela União Federal.. 745

1. Prestação Regionalizada como Diretriz	745
2. Região Metropolitana, Aglomeração Urbana e Microrregião....	748
2.1 Vedação à Gestão Associada	752
3. Unidade Regional e Bloco de Referência	757
4. Estruturas de Regionalização	765
5. Regionalização na Limpeza Urbana e Manejo de Resíduos Sólidos.....	765
5.1 Regionalização por Aterros Sanitários	767
5.2 Planejamento Interfederativo e Ganhos de Escala Econômico-Financeira	770
5.3 Dados sobre a Solução dos Consórcios Públicos para a Regionalização do Setor	776
6. Diretrizes Gerais para Regionalização dos Serviços	778
6.1 Interconexão dos Componentes em Estruturas Regionalizadas	778
6.2 Uniformização da Regulação e Fiscalização	781
6.3 Convivência entre Modalidades de Prestação de Serviços	784
7. Alocação de Recursos e Financiamentos pela União Federal ...	786
7.1 Titular do Serviço	788
7.2 Prestador dos Serviços.....	790
7.3 Reguladora Infranacional dos Serviços	791
7.4 Regras de Transição para Contratos de Programa e Concessões	791
8. Temas Regulamentados pelo Decreto Federal n. 11.599/2023 ...	792

Capítulo XII

Regulação dos Serviços de Saneamento e o Papel da

Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico 797

1. Teoria Geral da Regulação.....	797
1.1 Regulação Econômica e Modelos Regulatórios.....	803
1.2 Agências Reguladoras	813
1.3 Regulação no Saneamento Básico	820
2. Quadro Regulatório antes da Lei Federal n. 14.026/2020	828
2.1 Modelo Planasa e a “Autorregulação”	829
2.2 Marco Nacional do Saneamento Básico e a Regulação Local.....	832
3. Quadro Regulatório a partir da Lei Federal n. 14.026/2020	834
3.1 Padronização Técnico-Regulatória pela ANA.....	835

3.2 Normas de Referência da ANA como “Spending Power”	843
4. Quadro Regulatório após o Decreto Federal n. 11.599/2023	848
4.1 Diretrizes do Decreto Federal n. 11.599/2023 para a ANA	849
4.2 Futuro da Regulação Nacional do Saneamento Básico	851
4.3 Agenda Regulatória ANA 2022-2024.....	854
5. Processo Decisório na Regulação dos Serviços de Saneamento ...	861
5.1 Análise de Impacto Regulatório (AIR)	868
Conclusão	881
BIBLIOGRAFIA	887



Introdução

Ao referirmo-nos a um Direito do Saneamento Básico no Brasil, pressupõe-se que estejamos nos reportando a uma sistematização doutrinária de um corpo de princípios e de regras positivados no âmbito do Direito Nacional — e é exatamente o que já se observa na realidade, ainda que os seus limites e significados confundam-se com outros campos do conhecimento. Reconhece-se a existência de um sistema relativamente aberto, multidisciplinar e em constante movimento, sendo a sua incompletude um aspecto positivo, que sugere capacidade de evolução e de modificabilidade (ou adaptabilidade).¹

Um dos tantos objetivos deste livro é explorar e discutir o microsistema jurídico brasileiro que compreende os serviços de abastecimento de água potável e de esgotamento sanitário, a limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos, bem como a drenagem e manejo das águas pluviais urbanas. O momento é oportuno para isso, tendo em vista que o modelo inaugurado pela Lei n. 11.445/2007 (o Marco Legal do Saneamento) passou por alterações significativas a partir da publicação da Lei n. 14.026/2020, produzindo assim, sem qualquer exagero, o que agora se denomina de *Novo Marco Legal do Saneamento* — mesmo que não seja uma categorização de consenso.

Alguns dos inúmeros desafios para a prestação em níveis mais satisfatórios dessa modalidade de serviço público são: (i) a universalização dos serviços de saneamento básico; (ii) a busca por maior eficiência operacional; (iii) a redução de perdas físicas e econômicas; (iv) a renovação e a manutenção dos ativos; (v) a construção de uma política tarifária inclusiva, com formas mais evoluídas de subsídio cruzado ou ampliando a tarifa social; (vi) o reúso da água; (vii) a redução dos episódios de intermitência; (viii) a incorporação de rotas tecnológicas (ou de inovação) ao processo de destinação/disposição final dos resíduos sólidos, inclusive a recuperação energética; (ix) a eliminação dos lixões e aterros controlados;

1 CANARIS. Claus-Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**. Introdução e tradução de A. Menezes Cordeiro. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 103-104.

(x) a melhoria dos processos de tratamento de água, de esgoto e de resíduos; e (xi) a transparência e precisão nos dados que envolvem o sistema e a gestão das crises hídricas.

Ademais, poderão ser abrangidas, de maneira mais efetiva pelo serviço público de saneamento, as áreas rurais ou as regiões de periferia nos centros urbanos (com redes coletivas ou sistemas individuais), ou ser ressarcidos os empreendedores imobiliários quando anteciparem investimentos em infraestrutura sanitária. E nessa linha, qual a contabilidade regulatória mais apropriada para o setor e como se resolve o problema prático do direito-dever do usuário de conexão à rede e da cobrança por disponibilidade, principalmente nas comunidades em que predomina a existência de consumidores de baixa renda. São questões que precisam de respostas melhores, e que podem ser encontradas (ou construídas) a partir de um sistema legal renovado, o que se evidencia quando utilizamos como elemento de comparação o texto original da Lei n. 11.445/2007.

Diante de uma nova lei, novos regulamentos — em especial, as normas de referência que estão sendo produzidas pela Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico (ANA) — e mudanças em outras fontes normativas do serviço público de saneamento básico no Brasil — com destaque para os Decretos Federais n. 11.598/2023 e 11.599/2023, além do Decreto n. 10.936/2022, específico para a Política Nacional de Resíduos Sólidos — pareceu apropriado dar continuidade a essa pesquisa, agora na 2ª edição. Ainda, com menor protagonismo no setor, a Lei n. 13.019/2014 e o Decreto Federal n. 8.726/2016, alterado pelo Decreto n. 11.948/2024 (Marco Legal das Organizações da Sociedade Civil).

Até o advento da Lei n. 11.445/2007, os serviços de limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos dependiam de legislação esparsa, predominantemente infralegal; ou seja, incorporar-se à política nacional de saneamento básico facilitou o desenvolvimento do setor. Com as mudanças observadas no *Marco Legal do Saneamento*, além de leis específicas — o caso da Lei n. 12.305/2010² —, nota-se

2 Para os autores: “[...] a Política Nacional de Resíduos Sólidos (PNRS) nasce de forma arrojada, possibilitando uma série de dinâmicas que modernizaram sobremaneira as diretrizes para a gestão de resíduos sólidos no país, a começar pela definição de conceitos, princípios e diretrizes, até então apontada como uma necessidade. Entre as inovações possibilitadas pela nova legislação estão: a implementação obrigatória de iniciativas como a coleta seletiva; a obrigação, por parte

maior complexidade nas discussões em torno deste tema, as quais merecem destaque nesta edição. Para organizar o debate, a Lei n. 12.305/2010, regulamentada pelo Decreto Federal n. 10.936/2022, apresenta a Política Nacional de Resíduos Sólidos (PNRS). Por sua vez, o Decreto Federal n. 11.043/2022, aprovou o Plano Nacional de Resíduos Sólidos (Planares), fixando no seu art. 3º, que “[...] os planos de resíduos sólidos estaduais, microrregionais, de regiões metropolitanas ou aglomerações urbanas, intermunicipais e municipais deverão estar em conformidade com a Política Nacional de Resíduos Sólidos e com o Plano Nacional de Resíduos Sólidos”³.

Da mesma maneira, a *drenagem e o manejo de águas pluviais urbanas*, em diversos momentos, surgirão como ponto focal deste trabalho, visto que um dos subsistemas integrados ao conceito de *saneamento básico* no Brasil.

Na medida em que agora foi possível abranger todos os serviços relacionados ao conceito de *saneamento básico*, pelo menos na perspectiva do direito brasileiro, complementou-se a abordagem

das gestões municipais, estaduais e federal, da elaboração de planos de gestão de resíduos sólidos; a responsabilidade compartilhada dos resíduos gerados entre geradores e o poder público, assim como a valorização dos resíduos numa lógica de economia circular, onde boa parte dos materiais descartados passa a ser considerado recurso, sendo, dessa forma, recuperada para aproveitamento posterior – um ciclo valioso que gera emprego e renda, protege o meio ambiente e conserva os recursos naturais.” ZULIANI, Geninho; FILHO, Carlos Silva. A gestão dos resíduos sólidos no novo marco legal do saneamento básico: desafios e propostas. In: ZULIANI, G; DAL POZZO, A. **Saneamento Básico: Uma Lei e um Marco**. Belo Horizonte: Fórum, 2023, p. 136.

- 3 O Planares, já na sua introdução, em síntese, busca representar “[...] a estratégia de longo prazo em âmbito nacional para operacionalizar as disposições legais, princípios, objetivos e diretrizes da Política. O Plano tem início com o diagnóstico da situação dos resíduos sólidos no país, seguido de uma proposição de cenários, no qual são contempladas tendências nacionais, internacionais e macroeconômicas. E, com base nas premissas consideradas em tais capítulos iniciais, são propostas as metas, diretrizes, projetos, programas e ações voltadas à consecução dos objetivos da Lei para um horizonte de 20 anos. Ainda, “[...] o documento aborda diferentes sistemas de logística reversa, a atuação dos catadores de materiais recicláveis e reutilizáveis na gestão integrada dos resíduos sólidos, objetivando a sua emancipação; aspectos relacionados ao planejamento, por meio de planos de gestão nas diferentes esferas de governo; instrumentos econômicos e financeiros para viabilizar a gestão de resíduos sólidos; aspectos importantes para a melhoria da capacidade dos entes federativos para a gestão dos resíduos sólidos, além de sistema de informações que permita o acompanhamento, o monitoramento e a avaliação da implementação da PNRS”. MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. **Plano Nacional de Resíduos Sólidos — Planares 2022**, p. 12–14. Disponível em: <https://sinir.gov.br/informacoes/plano-nacional-de-residuos-solidos/>. Acesso em: 03 abr. 2024.



teórica, que é pressuposto, com as questões práticas do setor. Tais aspectos retratam as experiências profissionais que acumulamos nessa última década, com trabalhos para municípios de sistemas isolados no Estado do Rio Grande do Sul, companhias estaduais de saneamento (o processo de privatização da Corsan), empresas privadas de atuação nacional (Aegea e Equatorial Energia), além de operadoras dos serviços de limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos. Também por isso o nome original *Direito Administrativo do Saneamento* (1ª edição), surge agora com outro título, *Direito do Saneamento: abastecimento de água, esgotamento sanitário, resíduos sólidos e drenagem urbana* (2ª edição), em uma versão bastante ampliada, revisada, atualizada e aprimorada na sua vocação multidisciplinar, que ultrapassou os limites, nunca muito claros, do Direito Administrativo. A utilidade dos *sistemas de coletor de tempo seco* (CTS), das *membranas filtrantes*, dos *métodos não destrutivos* (MND), da *pirólise*, como conceitos (ou ferramentas) que são transversais a este livro, tornaram natural o diálogo com as diversas áreas do conhecimento que dialogam com este setor.

Não se pode desconhecer que o resultado do trabalho produzido pelo Poder Executivo e pelo Poder Legislativo, com as mediações do Poder Judiciário, identificou pontos de consenso e de conflito, que surgem na interpretação e na aplicação das leis de referência do saneamento. De qualquer sorte, persistem riscos de judicialização, conforme a tradição no Brasil, também pela presença de um número elevado de agências reguladoras. A convivência entre a regulação contratual e a regulação discricionária, para os próximos anos, ainda pode produzir muita insegurança, até que se consiga atingir um nível aceitável de maturidade e de previsibilidade na relação entre atores com interesses tão próprios. A rigor, tudo ainda está em movimento. Existe menos permanência, muito mais transformação.

Dentro de uma abordagem que valoriza o passado, mais ainda o presente e tenta projetar o futuro dessa política pública em seu sentido mais amplo, quer-se apresentar desde o início a nossa posição: existe, sim, um *Novo Marco* guiando o setor, com força para reformular o cenário atual, mesmo que os seus contornos a acabamentos não estejam terminados.

O julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade ns. 6.492, 6.536, 6.583, 6.882 (em dezembro de 2021) resolveu questões

de maior urgência, na medida em que o colegiado concluiu que a legislação proposta decorreu de uma leitura constitucionalmente correta do Congresso Nacional. E, no seu espírito original, direcionada para aumentar a eficácia da prestação, garantir a universalização dos serviços e da infraestrutura, protegendo a saúde coletiva, a conservação dos recursos naturais e do meio ambiente.

Observa-se uma transição de modelos, um ponto de virada, como foi o Código de Águas de 1934 (Decreto Federal n. 24.643/1934), ao organizar os seus usos, ou a Lei n. 9.427/1996 para o setor elétrico. Entre outros impactos, o *Novo Marco Legal do Saneamento* já significou, no serviço de acesso à água potável, na coleta e no tratamento de esgoto, uma diminuição do protagonismo das companhias estaduais e das estruturas autônomas dos municípios, em favor de uma ampliação da participação privada no setor, algo que adquiriu velocidade nos últimos anos e deve crescer entre 2024/2025.

Para os demais subsistemas do serviço de saneamento básico, acredita-se, da mesma forma, no potencial deste conjunto de princípios e regras, que, seguindo os trilhos do processo democrático de produção legislativa, nasceu para perseguir como finalidade última o interesse público em sentido estrito.

A presença do setor privado, com diferentes formatos em cada um dos sistemas que compõem o serviço de saneamento básico, consolida-se como uma tendência para o Brasil nos próximos anos, abrangendo os serviços vinculados ao tema dos resíduos sólidos (onde essa realidade já era prática comum) e da drenagem urbana. Esse movimento se concretiza pela abertura de capital das companhias estatais (no formato Eletrobras), pela privatização (Lei Federal n. 14.026/2020, art. 14), como o exemplo da Corsan no Rio Grande do Sul, ou por meio da utilização de contratos administrativos de concessão comum (Lei n. 8.987/1995, art. 2º), patrocinada ou administrativa (Lei Federal n. 11.079/2004, art. 2º) para delegar a operação de forma plena ou parcial, lembrando algumas dentre outras hipóteses possíveis.

A Cedae, no Rio de Janeiro, a Sabesp, em São Paulo, a Sanepar, no Paraná, e a privatização da Corsan, no Rio Grande do Sul, por diferentes motivos, surgem como exemplos para as próximas modelagens no setor. Da mesma forma, menciona-se a concorrência pública promovida pelo Consórcio de Gestão Integrada

de Resíduos Sólidos do Cariri (CGIRS-CARIRI), no Ceará, em 2022, por contemplar a execução de obras de infraestrutura, melhorias, manutenção e operação das unidades de tratamento e reciclagem da região, assegurando o correto manejo dos resíduos sólidos. De todos os lugares surgirão possibilidades novas, na medida em que amadurecem as propostas de investimento em infraestrutura, o que acelera a agenda regulatória da Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico (ANA). A concretização das entregas prometidas em todos estes projetos, os objetivos originais e os benefícios, será um vetor decisivo para reforçar a credibilidade da política proposta para o setor.

O titular desta modalidade de serviço público pode conduzir a escolha do melhor modelo e manter consigo a operação ou buscar argumentos para contratações no formato tradicional, desde que amparado nas disposições da ordem legal. Seguindo nessa linha, considerando que as Parcerias Público-Privadas (PPPs) também são ferramentas adequadas para permitir a contratação de infraestrutura, nova ou remodelada, além de serviços, percebe-se a multiplicidade de alternativas oferecidas ao gestor público. Diante das possibilidades existentes, por iniciativas individuais ou coletivas de municípios — a saber, o caso dos consórcios —, coloca-se um desafio para os modeladores, públicos ou privados. São os modeladores responsáveis por apresentar as soluções, seja em Procedimentos de Manifestação de Interesses (PMIs), Manifestações de Interesse Privado (MIPs) ou por meio da modalidade licitatória denominada *diálogo competitivo* (Lei n. 14.133/2001, art. 6º, XLII e art. 32).

Quando tratamos dos sistemas de acesso à água e aos serviços de esgotamento sanitário, em muitos lugares ainda são os contratos de programa que representam o vínculo dos titulares dos serviços, os municípios, com as companhias estaduais nas hipóteses de gestão associada, assim como existem as estruturas municipais autônomas, geralmente autarquias. Na soma, são as experiências que predominaram no Brasil nas últimas décadas e seguem pertinentes para boa parte da população do país, seja do campo, da floresta e das águas.

Todavia, com as novas regras, prevalecerão os modelos que tenham como diretriz as disputas em licitações, quando as modelagens (ou propostas de investimentos) comprovarem ser a opção

que entrega maior valor público (Lei Federal n. 11.445/2007, art. 10).

Interessante observar que outros são os pontos de tensão dentro do mesmo conceito de saneamento básico, quando analisamos os serviços de limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos. Na área da coleta, ou mesmo na gestão dos aterros sanitários, existe uma destacada presença do setor privado a partir de contratos administrativos típicos (Lei Federal n. 8.666/1993 transitando para a Lei Federal n. 14.133/2021) nos municípios e consórcios públicos. Para breve, esse desenho deve ser substituído por arranjos que priorizem a economia de escala e de escopo — o que pode viabilizar a incorporação de diferentes rotas tecnológicas ou de inovação para o sistema, na linha proposta pela Lei Federal n. 12.305/2010 e pelo Plano Nacional de Resíduos Sólidos (Planares, aprovado pelo Decreto Federal n. 11.043/2022). Inclusive, incentiva-se a utilização de ferramentas de regionalização para além dos próprios consórcios, combinadas com modalidades de concessão de serviço público (Lei n. 11.445/2007, art. 10) e cobrança de taxas, tarifas ou preços públicos compatíveis com o nível de investimentos exigido para o setor (Lei Federal n. 11.445/2007, arts. 2º, I, III, VIII, XIII, XIV, XV; 29, II).

Instituir um instrumento de cobrança para o serviço de limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos é agora uma obrigação legal. Por isso, se não ocorrer dentro do prazo de 12 meses de vigência da Lei, “[...] configura renúncia de receita e exigirá a comprovação de atendimento do titular do serviço, do disposto no art. 14 da Lei Complementar n. 101, de 4 de maio de 2000, observadas as penalidades previstas na referida legislação no caso de descumprimento” (Lei Federal n. 11.445/2007, art. 35, § 2º). Mais uma vez, a estruturação de bons projetos, em sintonia com as normativas do setor, orientações gerais e específicas, corresponde a um aspecto determinante para os rumos que serão seguidos por esta modalidade de serviço público.

Em outro estágio de evolução, o serviço de drenagem urbana e manejo de águas pluviais geralmente funciona sob controle da Administração Direta, ou seja, o planejamento, a construção, o financiamento, a operação e a manutenção, observados os casos de participação de atores privados em contratos de projeto e construção. Em relação à participação privada, delega-se para terceiros

a atividade de construção, via contratos tradicionais — agora com base na Lei n. 14.133/2021 (Decreto Federal n. 11.599/2023, art. 2º, § 1º) —, o que poderia incluir também os *contratos de performance*. Todavia, vale lembrar, a orientação primária confere ao contrato de concessão uma hierarquia superior (Lei n. 11.445/2007, art. 10).

A Lei Federal n. 11.445/2007, no art. 29, para este conjunto de atividades (drenagem e manejo de águas pluviais), também dispõe que a sustentabilidade econômico-financeira será assegurada com a cobrança dos serviços “[...] na forma de tributos, inclusive taxas, ou tarifas e outros preços públicos, em conformidade com o regime de prestação dos serviços ou das suas atividades [...]” (Lei Federal n. 11.445/2007, art. 29, III). Evitar alagamentos, enchentes, erosão, deslizamentos, prejuízos patrimoniais e perdas humanas são todos focos de atenção dessa ação típica de Estado. Para tanto, pode-se agora conceber, com total legitimidade, a instituição de tarifa quando se delega a obra e a operação para uma concessionária, depois de concluída a infraestrutura verde ou cinza — a título de exemplo, pavimentação, guias e sarjetas, bocas de lobo, galerias de drenagem, sistemas de detenção e infiltração nos lotes e pavimentos, trincheiras e valas.

O *Novo Marco* busca aperfeiçoar o cenário atual, estimulando estudos voltados para a viabilização de concessões, bem como a instituição de sistemas de cobrança que garantam a sustentabilidade dessas propostas de investimentos em infraestrutura (Lei Federal n. 11.445/2007, art. 29, III). Mais ainda, demonstra a dificuldade e o provável equívoco de se pensar o setor de maneira compartimentalizada, tendo em vista que existem muitas conexões e dependências entre os serviços de esgotamento sanitário — o lodo produzido pelas estações de tratamento de esgoto, a necessidade de gestão correta dos resíduos sólidos, com uso de tecnologias que permitam a recuperação energética⁴, assim como na drenagem

4 Revela o autor, “[...] o processo de recuperação energética dos resíduos proporcionará a redução da geração de chorume nas unidades de disposição final e emissão de gases de efeito estufa, na proporção de 90 mil toneladas/ano de CO₂. [...]. Também possibilitará o aumento da reciclagem a partir da melhora a seleção ou separação de materiais, com a consequente preservação dos recursos naturais. Há, ainda, outros ganhos expressivos: retorno de parte da energia consumida na produção, substituição de combustíveis não renováveis (fósseis) e ampliação da vida útil dos aterros sanitários atualmente em operação”. Sobre o assunto: Atlas da Recuperação Energética, integrado ao Sistema de Informação Nacional (SINIR). PEREIRA. Luiz Gonzaga Alves. Avanços e desafios do novo marco legal do

urbana e no manejo de águas pluviais, cujo funcionamento depende da desobstrução e da limpeza de bueiros e de bocas de lobo, atividades especializadas da limpeza urbana (Lei Federal n. 11.445/2007, art. 3-C, III, d).

Dentro dessa mesma lógica, pode-se estimular debates sobre a possibilidade de uma transição menos traumática do *sistema unitário* (ou combinado) para o *sistema separador absoluto* (que prevê canalizações independentes da rede de drenagem pluvial), com novos acordos por dentro dos contratos de concessão — cujo escopo não estaria limitado aos serviços de abastecimento de água e de esgotamento sanitário.

O compartilhamento de infraestruturas e as interconexões que comprovarem eficiência econômica e operacional — sugerindo entregas mais rápidas e com maior valor público na comparação com respostas tradicionais — podem justificar aditivos fundamentados na razão prática e no princípio da realidade. É o caso da implementação do *sistema de coletores de tempo seco* (CTS) no Rio de Janeiro, o qual protege a Baía de Guanabara e o complexo lagunar de Jacarepaguá. O sistema visa interceptar o esgoto despejado irregularmente na rede pluvial, sendo um exemplo de integração que surge pelo uso inadequado ou alternativo da infraestrutura disponível. Enquanto a rede pluvial é utilizada para transportar o esgoto, em um contexto de sistema único, transita-se para o separador absoluto, sendo esse relacionado às regras firmadas em contrato ou por deliberação do agente regulador, o que acontecer primeiro.

Com a modificação das bases do sistema legal voltado para a política de saneamento, existe a certeza de que somente a competição por dentro de um processo licitatório estabelece o marco zero, o cálculo de eficiência que é devolvido para a operação em benefício dos usuários. Este é fixado a partir de uma proposta vencedora, de entidade pública ou privada⁵, periodicamente avaliada

saneamento no setor de resíduos sólidos. In: ZULIANI, G; DAL POZZO, A. **Saneamento Básico: Uma Lei e um Marco**. Belo Horizonte: Fórum, 2023, p. 50.

- 5 Analisando as recentes licitações em Alagoas (leilões em setembro de 2020 e dezembro de 2021), no Rio de Janeiro (leilões em abril e dezembro de 2021) e no Amapá (leilão em setembro de 2021), mesmo que a operação destes contratos esteja revelando algumas imprecisões entre os estudos anteriores e o estado atual dos sistemas, “[...] nos três casos a licitação envolveu elevados compromissos de pagamento de outorga pelos licitantes vencedores, com grandes ágios sobre os valores mínimos de edital. [...]”. Dessa forma, os lances vencedores embutem um ganho de eficiência em relação à modelagem, feita pelo BNDES com base nos



com a gestão dos contratos (a regulação contratual) pelo titular do serviço e pelas agências reguladoras, nacional e subnacionais (a regulação discricionária). Apenas esse monitoramento, com marcos de recomposição predeterminados (Lei n. 11.445/2007, art. 38), garantirá que as metas estabelecidas pela Lei n. 14.026/2020 (já conhecidas no Plano Nacional de Saneamento Básico — Plansab, 2013 e no Plano Nacional de Resíduos Sólidos — Planares, 2022) e discriminadas no art. 11-B da Lei n. 11.445/2007, para o ano de 2033 (ou 2040), transformem-se em realidade:

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

Dessa maneira, ante a aprovação do *Novo Marco Legal do Saneamento* — a Lei Federal n. 11.445/2007, acrescida das transformações impostas pela Lei Federal n. 14.026/2020 —, admite-se uma ressignificação da titularidade dos municípios na linha de projetos mais amplos, envolvendo regiões metropolitanas, aglomerações urbanas, microrregiões, gestão associada (consórcio público ou convênio de cooperação), unidades regionais ou blocos de referência. Em uma palavra: regionalização — em novo formato, quando comparamos com o modelo Planasa (Lei n. 11.445/2007, art. 2º, XIV).

Surgem como destaques desse experimento normativo articulado para originar operações sustentáveis no aspecto social, ambiental e econômico: a regionalização, as metas de redução de perdas e de melhoria dos processos de tratamento discriminadas

padrões atuais da indústria. Chamamos aqui de ganho de eficiência o benefício econômico repassado ao usuário e/ou contribuinte, decorrente dos ágios pagos e, no caso do Amapá, também da redução tarifária, que foram fruto da proposta vencedora da licitação. Tais ganhos podem advir da gestão do faturamento, de custos, de investimentos ou de custo de capital. Atribuímos tal ganho de eficiência ao processo competitivo da licitação, ao selecionar os melhores prestadores e ao repassar a eficiência ao usuário/contribuinte, o que não ocorreria num cenário de contratação sem licitação [...]”. SOBRINHO, Edson Silveira; POMPERMAYER, Fabiano Mezadre. Perspectivas Econômico-Financeiras da Universalização do Saneamento no Brasil. In: INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. **Boletim Regional, Urbano e Ambiental n. 29 – jan. a jun. 2023**. Rio de Janeiro: IPEA, 2023, p. 53-54.

em lei — inclusive metas quantitativas de não intermitência do abastecimento —, a licitação e a mudança na política de regulação para o setor.

Importante ressaltar, não se discute aqui a titularidade dos municípios no serviço de saneamento. Contudo, mesmo municípios que não dependam de estruturas compartilhadas podem ser, agora, integrados em projetos de regionalização que valorizem a economia de escala e de escopo para assegurar eficiência às operações, como o exemplo dos consórcios públicos, das unidades regionais e dos blocos de referência. A formação desses coletivos dependerá sempre de uma ponderação entre as possibilidades ou necessidades técnicas e a sua viabilidade prática.

Na verdade, a formação desses coletivos nunca foi proibida, mas agora será incentivada com a concentração de recursos federais para projetos concebidos dentro desse desenho, nos termos da Lei n. 11.445/2007, art. 50 e do Decreto Federal n. 11.599/2023, arts. 7º (da alocação de recursos públicos federais e dos financiamentos com recursos da União ou geridos ou operados por órgãos ou entidades da União), 10 e 11 (do apoio da União para adaptação dos serviços às disposições da Lei Federal n. 14.026/2020). Municípios que utilizem da mesma fonte de captação de água, despejem o esgoto tratado no mesmo lugar, disponham resíduos compartilhando o aterro sanitário ou integrem regiões metropolitanas, deverão construir vínculos motivados pelo federalismo cooperativo.

Diante de tantos elementos incorporados ao marco legal do setor, criou-se um cenário menos amigável para as companhias estaduais preservarem a sua base de contratos, considerando as opções e as vantagens oferecidas para coletivos formados pela iniciativa da União Federal, dos estados ou municípios — em relação aos últimos, mesmo quando não sejam limítrofes, a saber, unidades regionais e blocos de referência.

Por outro lado, no atual momento, municípios convencidos de sua capacidade de assumir a responsabilidade pelas operações dos seus serviços podem aproveitar essa janela para o desenvolvimento de projetos, rompendo com o Plano Nacional de Saneamento (Planasa), mesmo que não seja mais a política vigente. A dificuldade será, em qualquer hipótese, desfazer contratos válidos, seja contrato de programa, seja contrato de concessão, quando não existir ambiente para uma rescisão amigável.



O compromisso de alcançar as metas determinadas pela *Novo Marco* exige, no curto prazo (2033 ou 2040), altos investimentos, e nenhuma tomada de decisão do gestor municipal prescindirá de estudos robustos que justifiquem essa busca por autonomia. Não se pode falar apenas de exercício legítimo de um poder discricionário, mas de *discricionariedade técnica* que, muitas vezes, comprime o espaço de decisão da autoridade.

No caso do serviço de limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos, havendo:

[...] 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” (Lei n. 11.445/2007, art. 35, § 3º).

As regiões metropolitanas, as aglomerações urbanas, as microrregiões, a gestão associada (em especial, os consórcios públicos na área de resíduos sólidos), as unidades regionais e os blocos de referência são as ferramentas oferecidas pela legislação para personificar as novas combinações, com legitimidade para confeccionar editais e licitar contratos de concessão.⁶ O objetivo é substituir o modelo Planasa por algo diferente, construído a partir

6 Na visão do STF, em julgamento que confirmou a constitucionalidade do Novo Marco Legal do Saneamento, pelo menos em relação aos pontos controvertidos desde o início de sua vigência, “[...] o primeiro objetivo setorial da Lei n. 14.026/2020 é incrementar a eficiência na prestação dos serviços, diante de novo regime de contratação pública. Portando, quando à forma de execução dos serviços de saneamento básico, a norma impugnada externou a vontade política inequívoca pelo modelo da concessão. Seja conforme a justificativa dos Ministros de Estado da Economia e do Desenvolvimento Regional, que instruiu o texto da MP 868/2018 [...]; seja conforme os documentos produzidos pelo Relator do Projeto de Lei do Senado Federal [...], extrai-se a pretensão de fomentar a concorrência pelos mercados. Reitero: concorrência para os mercados, uma vez que a concorrência nos mercados – correspondente ao senso comum de “livre concorrência” é indesejável para o setor de monopólio natural. Nesse particular, processo de licitação corresponde ao momento em que o Poder Público interessado pode analisar as variáveis tecnológicas, a evolução dos fatores de produção e a relação de custo-benefício de cada player que se habilita”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.492/DF**. Inteiro Teor do Acórdão (e-STF, doc. 41), p. 29.

das bacias hidrográficas e voltado para a proteção dos corpos hídricos, no caso do serviço de abastecimento de água potável e esgotamento sanitário; ou podem ser estruturados nas proximidades de aterros sanitários compartilhados e um sistema que contemple rotas tecnológicas ao processo de destinação/disposição final ambientalmente adequada de resíduos sólidos.

Para cada realidade, existe um formato melhor para a organização do sistema — ou dos subsistemas —, seja grandes áreas territoriais abrangendo muitos municípios, seja áreas menores com grande densidade populacional, respeitando as peculiaridades de cada região. Com diferentes encaminhamentos, esse debate ocorre nas casas legislativas dos estados brasileiros, o que torna desafiador respeitar o calendário apresentado pelo *Novo Marco Legal do Saneamento* para um amplo e diversificado conjunto de entregas, públicas e privadas. Futuramente, muitas dessas datas serão repensadas, exigindo mudanças legislativas, visto que o volume e a velocidade dos investimentos encontrarão limites na capacidade do Estado e dos contribuintes de sustentar o equilíbrio econômico-financeiro destas operações Lei n. 11.445/2007, art. 2º, VIII).

A visão transformadora proposta pela Lei Federal n. 14.026/2020 decorre da convicção de que a Lei Federal n. 11.445/2007 não conseguiu produzir transformações substanciais no setor, mesmo percebendo-se evoluções na comparação com o Planasa, um modelo construído pelo Brasil nos anos 60/70.

Confirmam as insuficiências do setor, dentre as mais evidentes, o déficit de infraestrutura: os dados do Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento 2022 (SNIS — futuramente SINISA), os dados do Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) de 2021-2022⁷, a persistência das mortes em razão de doenças de veiculação hídrica⁸ e os riscos de desabastecimento diante de um contexto de emergência climática.

7 UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME. **Human Development Report 2021-2022: Uncertain Times, Unsettled Lives: Shaping our Future in a Transforming World.** New York, 08 set. 2022. Disponível em: <https://hdr.undp.org/content/human-development-report-2021-22>. Acesso em: 12 jul. 2023.

8 INSTITUTO TRATA BRASIL. **Benefício Econômicos e sociais da Expansão do Saneamento no Brasil.** 2022. Disponível em: <https://tratabrasil.org.br/beneficios-e-economicos-e-sociais-da-expansao-do-saneamento-no-brasil/>. Acesso em: 12 jul. 2023.

O modelo Planasa⁹, idealizado a partir das companhias estaduais de saneamento — os verdadeiros condutores desse primeiro esboço de uma política nacional para o setor de água e esgotamento sanitário —, ainda está presente no cotidiano, com um legado de erros e acertos. Todavia, sua sobrevivência ficou dificultada enquanto formato sustentável, por depender de financiamento público para avançar nas metas históricas de universalização.

Esse é outro ponto de apoio da mudança estabelecida pelo *Novo Marco Legal do Saneamento*, impedindo comparações com as experiências do passado ou do presente vividas por outros países, pois os seus ciclos históricos podem ser diversos. As realidades de Paris — e o seu processo recente de reestatização pelo encerramento dos contratos —, de Buenos Aires — outro caso de reestatização — e do Brasil não são parâmetros apropriados para a definição do melhor modelo de operação.

Como dito anteriormente, a Lei Federal n. 11.445/2007, não significou a ruptura desejada por alguns setores em relação ao modelo de prestação do serviço público de saneamento básico no Brasil, mesmo trazendo maior transparência para o sistema com as ferramentas de controle social. A exigência de contratos formais entre titulares e operadores do serviço e a obrigatoriedade da regulação — em detrimento da autorregulação — foi também uma das evoluções propostas pela Lei n. 11.445/2007, facilitando um acompanhamento dos níveis de efetividade dos investimentos do Estado em políticas públicas.

Hoje, começa-se a compreender a importância de uma operação baseada em metas de desempenho, na mesma linha defendida pelos organismos internacionais e pelo Plansab de 2013 com as suas posteriores revisões. Em parte, as metas já integravam o

9 “[...] o grande marco das políticas públicas nacionais na década de 1970 foi o Plano Nacional de Saneamento (PLANASA), cujo objetivo era incentivar a criação de Companhias Estaduais de Saneamento (CESBS) e linhas de financiamento para investimentos. As companhias estaduais, pouco expressivas até então, passaram a ganhar volume e a contrair para si o dever que cabia aos municípios, titulares dos serviços. [...] Assim, o setor de saneamento básico passou a ser conduzido por uma estratégia nacional que afastou os municípios da gestão dos serviços, direcionando para os estados o papel de operadores do sistema, cujo principal desafio foi universalizar os serviços sem abrir mão da sustentabilidade econômica”. GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. A Evolução Jurídica do Serviço Público de Saneamento Básico. In: OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; DAL POZZO, Augusto Neves. (coords.). **Estudos sobre o Marco Regulatório do Saneamento no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 22-23.

escopo da Lei n. 11.445/2007, do Plansab de 2013, bem como da Lei n. 12.305/2010 (e Decreto n. 10.936/2022), da Política Nacional de Resíduos Sólidos (PNRS) e do Plano Nacional de Resíduos Sólidos de 2022 (Planares), aprovado pelo Decreto Federal n. 11.043/2022, mas tudo adquire maior destaque e técnica a partir do *Novo Marco*.

A legislação vigente considera como componentes/subsistemas do conceito de saneamento básico os serviços de abastecimento de água potável, de esgotamento sanitário, da limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos, bem como, nas áreas urbanas, a drenagem e manejo das águas pluviais. Nesse sentido, o art. 3º, inciso I, da Lei n. 11.445/2007, com as alterações promovidas pela Lei n. 14.026/2020, entende saneamento básico da seguinte forma:

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

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

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

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

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

d) drenagem e manejo das águas pluviais urbanas: constituídos pelas atividades, pela infraestrutura e pelas instalações operacionais de drenagem de águas pluviais,



transporte, detenção ou retenção para o amortecimento de vazões de cheias, tratamento e disposição final das águas pluviais drenadas, contempladas a limpeza e a fiscalização preventiva das redes; (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020)

Partindo dessa concepção, esses subsistemas se equilibram entre dinâmicas próprias, atividades especializadas e pontos de intersecção, retratando um pouco dos obstáculos envolvidos no esforço de enumerar princípios e regras que alimentem esse tronco comum e colaborem na sua organização. Ao reconhecer tantos desafios, o objetivo do presente trabalho é enfrentar o tema do saneamento básico no Brasil, explorando com diferentes ênfases, os sistemas de abastecimento de água potável, de esgotamento sanitário, de limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos e de drenagem urbana e manejo de águas pluviais. Ao mesmo tempo, quer-se revelar os princípios e regras que compõem a última versão da Lei n. 11.445/2007, admitindo-se que esses quatro subsistemas experimentam diferentes estágios de maturidade, desenvolvimento, horizontalidade, verticalidade e multidisciplinaridade.

Existe uma conexão entre os assuntos incluídos no conceito legal de saneamento básico, dentro de um objetivo mais amplo de promoção do bem-estar social e da preservação ambiental. No ponto, o direito de acesso ao saneamento básico não pode ficar restrito ao tema da água e do esgotamento sanitário, devendo abranger a coleta, a destinação e a disposição ambientalmente adequadas dos resíduos sólidos, bem como incluir a segurança no bom funcionamento de sistemas de drenagem urbana.

Após um longo período de hegemonia das companhias estaduais e das entidades municipais com operação própria, é preciso cautela quando o abastecimento de água potável e o serviço de esgotamento sanitário transitam do arquétipo público para o privado. Encontrar a sustentabilidade social, ambiental e econômica desses projetos de investimento, seja infraestrutura cinza, seja infraestrutura verde, é um dos objetivos dos atores públicos e privados responsáveis por construir artesanalmente essas modelagens, o que exige cuidado maior para setores caracterizados como exemplo de monopólio natural.

Em breve, imagina-se, será possível separar um maior número de tarefas na prestação dessa modalidade de serviço público, em razão de tecnologias incorporadas ao setor, algo que já se observa.

Por exemplo, os sistemas descentralizados para tratamento de esgoto, por não dependerem de grandes estruturas, colaboram para a universalização do serviço em regiões remotas, mesmo que a solução ideal seja a rede pública. O denominado *saneamento ecológico* (biodigestores, jardins filtradores e banheiros secos) dialoga com áreas urbanas de difícil acesso e déficit estrutural acentuado, sendo capaz de suprir uma rede de esgoto incompleta. Diga-se de passagem, essa não é uma possibilidade distante, visto que tais experiências foram concretizadas no Brasil em áreas de periferia, favelas urbanas e palafitas. Surge, aqui, um contexto interessante para a utilização dos *contratos de performance* ou como escopo detalhado em *contratos de concessão* a partir das metas discriminadas desde o Plansab 2013.¹⁰

Somente processos licitatórios bem estruturados e contratos móveis harmonizarão interesses públicos e privados no contexto da operação de uma política que pede universalização, equidade, sustentabilidade e eficiência na direção das metas fixadas em lei. Na verdade, a combinação entre regulação contratual e regulação normativa (ou discricionária), com prevalência da primeira nas hipóteses de contratos licitados, não retira do Estado a responsabilidade de desenhar essa política social.

Os modelos de operação do serviço público de saneamento básico implantados no Brasil descendem, em grande medida, das experiências discutidas nos fóruns internacionais. Nas últimas décadas, a Organização das Nações Unidas (ONU), sua Assembleia Geral e seus programas — o caso do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) e dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) —, o Conselho de Assuntos Econômicos e Sociais e um conjunto de agências interessadas — Banco Mundial e Fundo Monetário Internacional (FMI) — elaboraram normas que

10 De fato, como reconhecido pelo STF, “[...] ao lado do incremento da pressão competitiva, é dizer, da percepção da concessionária de que pode ser substituída após o termo contratual, o segundo objetivo setorial da Lei n. 14.026/2020 é a estipulação de ambiciosas metas quanto à população atendida pela distribuição de água (99% da população) e pelo esgotamento sanitário (90% da população). Nesse ponto, por ausência de capacidade institucional, não compete ao Poder Judiciário proceder à valoração desse objetivo, para questionar se a métrica é precisa, conveniente ou inconveniente. O que se pode deduzir, razoavelmente, é o incentivo das metas à realização de controle periódico sobre os resultados das outorgas”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.492/DF**. Inteiro Teor do Acórdão (e-STF, doc. 41), p. 29.

sinalizam para a criação de um regime internacional do saneamento básico. Essa demanda, parece cada vez mais relevante e urgente, ou seja, deve-se construir uma centralidade normativa, um padrão de desempenho para o setor, o que é importante para a saúde pública e para a proteção do meio ambiente em todas as regiões do mundo.

No entender de Léo Heller, “[...] quando a Assembleia Geral da Nações Unidas (AG) aprovou a Resolução A/64/262, em julho de 2010 [...]”, os direitos humanos à água e ao saneamento tiveram reconhecimento explícito.¹¹ Além disso, após “[...] a aprovação da Resolução 64/262 pela AG e, ainda em 2010 foi aprovada pelo Conselho de Direitos Humanos a Resolução A/HRC/RES/15/9, mais completa e definindo com clareza e precisão o escopo, conteúdo e obrigações relativas a esse direito”.¹² Logo, existe um racional para o prosseguimento dessas discussões, o que reflete um consenso internacional a respeito de classificar esta política, ou parte dela, como direito do cidadão e dever do Estado, mesmo que não exista o compromisso da gratuidade.

É importante ressaltar, este trabalho começou a ser escrito em 2012, na Tese de Doutorado em Direito na Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Na medida em que regras básicas de prevenção e de defesa da vida exigem o acesso universal à água potável, o recolhimento e tratamento do esgoto, à coleta e destinação adequada do resíduo e o bom funcionamento dos sistemas de drenagem urbana, realidade não observável no Brasil, tornou-se obrigatório falar sobre isso. Morar em uma cidade ou um bairro que oferece, de maneira satisfatória, esses serviços não nos garante o lugar de fala nessa discussão, uma vez que não somos vítimas diretas dessa violência, mas também não impede uma abordagem engajada e consequente sobre o assunto.

11 Para reforçar, complementa com o seguinte: “[...] Essa trajetória, que sempre estará em reformulação, vem formando um corpo de princípios e a gradual compreensão desses direitos. Uma ilustração desse dinamismo é a aprovação, em 2018, pela Assembleia Geral das Nações Unidas, da Declaração sobre o Direito dos Camponeses e de outras Pessoas trabalhando nas Áreas Rurais [...] na qual se afirma o direito desses grupos populacionais à “água para uso pessoal e doméstico, cultivo, pesca e manutenção da pecuária, e para assegurar outras vidas relacionadas à água” e “ao acesso equitativo à água e a sistemas de manejo da água, e de estar livres da desconexão arbitrária ou da contaminação do abastecimento de água”. HELLER, Léo. **Os Direitos Humanos à Água e ao Saneamento**, Rio de Janeiro: Fiocruz, 2022, p. 43.

12 Ibidem, p. 71.

Tanto na Declaração Universal de Direitos Humanos, de 1948, quanto na Declaração de Estocolmo, de 1972, da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, afirmou-se o direito universal a uma vida digna, o que inclui o acesso aos serviços de saneamento básico em sentido amplo. A Carta Europeia da Água, de 1968, já havia declarado que o direito ao saneamento é indissociável da garantia do direito à vida, à liberdade, à dignidade e a um patamar capaz de assegurar a si e à sua família saúde, bem-estar, alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e serviços sociais indispensáveis.¹³ Mais enfáticas, ainda, são as convenções que abordam a discriminação contra a mulher (no art. 14)¹⁴ e os direitos das crianças (no art. 24)¹⁵, bem como as resoluções da Assembleia Geral da ONU de julho de 2010¹⁶ e de dezembro de 2015¹⁷.

A questão que se coloca, são os mecanismos de implementação desses direitos, ou seja, a transição para o mundo concreto e o impacto no cotidiano das pessoas. O serviço de saneamento

13 ONU, **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, 1948, Arts. II, XXII e, de forma mais acentuada, o XXV.

14 Conforme o Art. 14, ao tratar dos problemas enfrentados pela mulher que vive em áreas rurais, está bastante claro que um dos seus direitos envolve: “[...] h) gozar de condições de vida adequadas, particularmente nas esferas da habitação, dos serviços sanitários, da eletricidade e do abastecimento de água, do transporte e das comunicações”. Aqui, sob certo aspecto, pressupõe-se, erroneamente, que isso não está mais acontecendo, enquanto experiência insuficiente e negativa, com a mulher que vive nas aglomerações urbanas. ONU. **Convenção sobre todas as formas de discriminação contra as mulheres**, 1979.

15 No art. 24, afirma-se que: “[...] 1. Os Estados-partes reconhecem o direito da criança de gozar do melhor padrão possível de saúde e dos serviços destinados ao tratamento das doenças e à recuperação da saúde. Os Estados-partes enviaresão esforços no sentido de assegurar que nenhuma criança se veja privada de seu direito de usufruir desses serviços sanitários. 2. Os Estados-partes garantirão a plena aplicação desse direito e, em especial, adotarão as medidas apropriadas com vista a: [...] c) combater as doenças e a desnutrição, dentro do contexto dos cuidados básicos de saúde mediante, inter alia, a aplicação de tecnologia disponível e o fornecimento de alimentos nutritivos e de água potável, tendo em vista os perigos e riscos da poluição ambiental. [...] 4. Os Estados-partes se comprometem a promover e a incentivar a cooperação internacional com vistas a lograr progressivamente a plena efetivação do direito reconhecido no presente artigo. Nesse sentido, será dada atenção especial às necessidades dos países em desenvolvimento”. ONU, **Convenção sobre os direitos das crianças**, 1989.

16 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Resolution The human right to water and sanitation, A/RES/64/292, vinte e oito de julho de 2010.

17 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Resolution The human rights to safe drinking water and sanitation, A/RES/70/169, dezessete de dezembro de 2015.

básico, quando qualificado, melhora a condição de vida de uma população, reduzindo a mortalidade infantil, doenças transmitidas pela água e o índice de evasão escolar¹⁸ — por isso a preocupação com disponibilidade, acessibilidade física, segurança, aceitabilidade, acessibilidade econômica, privacidade e dignidade (o conteúdo normativo do direito humano à água e ao saneamento no sentido estrito).¹⁹

As declarações, os pactos, os tratados e as resoluções da Organização das Nações Unidas (ONU), por si só, não são fontes normativas suficientes para concretizar normas vinculantes no âmbito do Direito Interno. Em específico, não asseguraram de modo efetivo o reconhecimento do direito humano ao saneamento básico. A concretização do terceiro grande pacto global de direitos humanos, agora dedicado ao direito ambiental — o direito ao futuro, o direito à felicidade —,²⁰ depende sobremaneira de fontes extra normativas

18 Revelando a face mais humana dos debates que envolvem o tema do saneamento, o autor traz um relato importante de sua experiência pessoal, que não é algo distante do contexto brasileiro, sabemos disso: “[...] o tema da disponibilidade do serviço de saneamento emergiu em quase todas as minhas missões oficiais, como um padrão de assimetria em relação à disponibilidade dos serviços de água, em geral mais adequada. No Tajiquistão, por exemplo, observei nas áreas urbanas baixo nível de acesso à coleta de esgotos, acarretando a proliferação de canais abertos para a disposição de águas servidas. Nas áreas rurais as soluções individuais contavam com baixa assistência do Estado. Também no campo da higiene, identifiquei preocupações em relação às instalações nas escolas, tanto no que diz respeito à disponibilidade de banheiros, levando em conta as necessidades diferenciadas de meninas e adolescentes, quanto referente à gestão da menstruação [...]”. HELLER, Léo. **Os Direitos Humanos à Água e ao Saneamento**, Rio de Janeiro: Fiocruz, 2022, p. 123-124.

19 “Além do número suficiente (disponibilidade) de instalações sanitárias (soluções individuais, compartilhadas ou coletivas), é preciso pensar nas pessoas com deficiência (acessibilidade). A segurança sanitária, técnica, no uso, na manutenção das instalações e ambiental demonstra as múltiplas funções do gerenciamento correto das externalidades dessa política. A solução proposta, por óbvio, precisa ser compatível com a cultura local, para que seja incorporada aos hábitos da comunidade (aceitabilidade), um dos desafios para diminuir a defecação a céu aberto na Índia, prática que deveria ser substituída pelo uso de privada de fossa dupla e descarga de baixo volume. Por sua vez, deve-se superar a barreira dos custos para conexão às redes coletoras, ou apoiar a população na construção e limpeza das fossas, além da disposição do lodo (acessibilidade econômica). Atentar para as necessidades próprias das diferenças de gênero no acesso ao serviço, o que inclui pessoas transgêneros, também integra a dimensão mais ampla do conteúdo dessa política (privacidade e dignidade).” Ibidem, p. 118-132.

20 Na 72ª Assembleia Geral da ONU, 17 set. 2017, o presidente francês Emmanuel Macron apresentou o projeto de Pacto Mundial para o Meio Ambiente. Além dessa versão proposta por um político, existem outras mais acadêmicas, e, por

de pressão e convencimento dos agentes internacionais (o exemplo do Acordo de Paris de 2015 na COP 21).

No caso brasileiro, o que já se disse, o *Novo Marco Legal do Saneamento* resultou de alterações em fontes legais, seguindo uma linha de continuidade em relação às medidas provisórias editadas anteriormente. Ambas não foram convertidas em lei, mas apon-taram a base das formulações que agora estão integradas ao ordenamento jurídico brasileiro. Então, neste livro, não se vai tratar de um acidente, de um desvio histórico, mas de uma construção, que dependeu da conjugação de interesses de setores distintos, nacionais e internacionais. Para a população menos protegida por esta política pública, existe uma pressa compreensível na solução do déficit de infraestrutura e de serviços.

Mais do que nunca, o modelo Planasa, que se mostrou resiliente e longo no Brasil, é confrontado por um conjunto de mudanças no campo legal e infralegal, que estão impondo uma outra lógica, de incentivo à regionalização²¹ (em novo formato), de regulação centralizada a partir da agência reguladora nacional (ANA), com estímulo para concorrências e desestatizações, acompanhado de metas ambiciosas e claras de universalização. Por isso, do *Novo Marco Regulatório*, destaca-se, novamente, como pontos principais: (i) o incentivo à regionalização; (ii) o novo desenho da regulação (incentivada ou de orientação); (iii) o estímulo à concorrência e à desestatização no setor; e (iv) a adoção de metas para a universalização.

Em qualquer contexto, o melhor sistema de prestação do serviço público de saneamento básico é aquele compatível com a

assim dizer, mais ambiciosas, a exemplo da apresentada pelo Centre International de Droit l'Environnement (CIDCE), ONG que possui caráter consultivo junto ao ECOSOC. Vide a quarta versão documento, publicada em 18 de abr. de 2018. Disponível em: <https://cidce.org/fr/droits-de-lhomme-a-lenvironnement-human-right-to-the-environment/>. Acesso em: 21 set. 2020.

- 21 Diante de uma proposta de incentivo à regionalização, com ingredientes novos na comparação com o modelo Planasa, compreendeu o STF que havia uma aderência com o texto da Constituição Federal. No julgamento destacou-se a importância da cooperação federativa para a [...] busca de sustentabilidade econômico-financeira e viabilidade dos vínculos de parceria entre a Administração Pública (Poder Concedente) e os agentes econômicos (concessionárias). Ou seja, “[...] tal como enunciado nos objetivos setoriais do Marco Regulatório, a prestação regionalizada passa a ser um dos pilares para a institucionalização do saneamento básico”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.492/DF**. Inteiro Teor do Acórdão (e-STF, doc. 41), p. 30.



realidade do lugar. O próprio art. 2º, inciso VI, da Lei n. 11.445/2007, cobra uma:

“[...] 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 a melhoria da qualidade de vida, para os quais o saneamento básico seja fator determinante”.

A entrada de novas tecnologias, a busca constante por eficiência energética, controlando as perdas físicas e as perdas reais, ampliando o reúso ou incorporando à sua carteira de projetos soluções inovadoras para o tratamento de resíduos sólidos, dependerá de contratos móveis, que não estejam em contradição direta com a capacidade econômico-financeira das companhias e da própria dinâmica de funcionamento do setor.

Hoje, no Brasil e no mundo, identificam-se empresas privadas e estatais formatando planos de sustentabilidade, especialmente quando a intenção é ampliar o acesso aos fundos de investimento, nacionais e internacionais. Nesse aspecto, a atuação na área de saneamento básico pode significar maior facilidade para a obtenção desses valores, até para as companhias estatais. Existe um estoque importante de recursos para acelerar as obras de infraestrutura sustentável²², que são urgentes ao setor, em particular agora, com as metas reveladas pela legislação setorial. No mercado internacional de créditos, multiplicam-se investidores interessados em obter performance nos temas relacionados aos ODS e à Agenda 2030; essa nova visão de controle das externalidades, como um

22 No caso, este documento, “[...] apresenta a metodologia utilizada para desenvolver a Ficha de Sustentabilidade do Monitor de Investimentos, cujo objetivo é permitir uma avaliação da maturidade da gestão de sustentabilidade em projetos de infraestrutura. Os atributos de avaliação da sustentabilidade estão baseados no Marco da Infraestrutura Sustentável (BID, 2019) Adicionalmente, a avaliação é proposta para cada fase do ciclo de vida do ativo. [...] Para a escolha dos atributos brasileiros, foram ainda considerados os seis Princípios do G20 - para investimento em infraestrutura de qualidade, ratificando os compromissos assumidos pelo Brasil, como membro do G20”. A preparação do projeto, a construção, a operação e o descomissionamento correspondem as diferentes fases que serão avaliadas segundo as dimensões de sustentabilidade econômica e financeira, sustentabilidade ambiental e resiliência, sustentabilidade social e sustentabilidade institucional. MINISTÉRIO DA ECONOMIA, BID, UK Government, UK/SIP, CODEX. **Metodologia de Sustentabilidade do Monitor de Investimentos**: Setor de Mudanças Climáticas e Desenvolvimento Sustentável, dez. 2022, p. 13-14.

compromisso dividido entre o poder público e a iniciativa privada, deve permanecer na pauta pelos próximos anos.

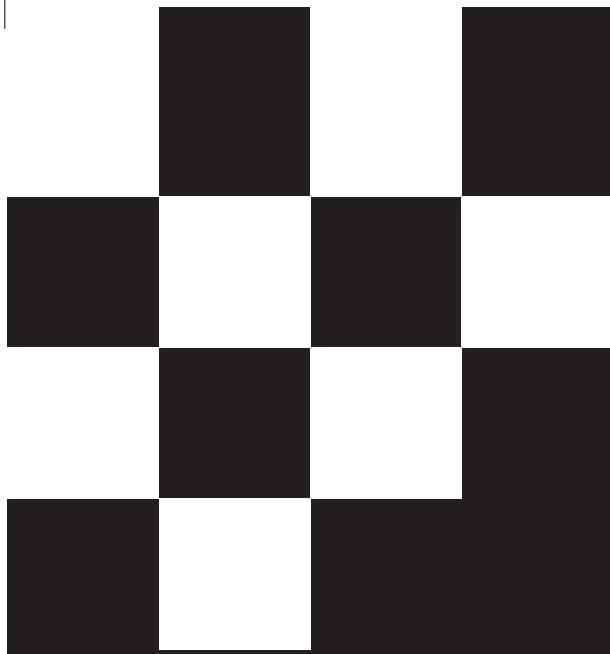
Se não é possível defender o crescimento zero (Conferência de Estocolmo, Relatório do Clube de Roma, 1972), aposta-se no ecodesenvolvimento (Conferência de Estocolmo, Relatório Strong, 1972), no desenvolvimento sustentável (Relatório Brundtland, 1987) e na interligação entre desenvolvimento socioeconômico e meio ambiente (Rio-92), indicando a existência de uma linha de pensamento que ampara a defesa da responsabilidade social e ambiental e de uma governança voltada a preservar interesses coletivos. A análise dos desafios de infraestrutura na América Latina e no Caribe, proposta pelo Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID) — relatório *Development in the Americas* (DIA) —, para 2020, demonstra ser prioritário canalizar investimentos para obras de infraestrutura concernentes à água e ao serviço de esgotamento sanitário, acelerando o crescimento e o desenvolvimento do país e das regiões mais degradadas.

Diante de uma conjuntura tão abrangente, este livro está dividido em três grandes partes. Na primeira, analisaremos as políticas internacionais de saneamento básico, o que resulta no processo de afirmação histórica do direito humano à água e ao serviço de esgotamento sanitário (o que, para o Brasil, integra o conceito de saneamento básico)²³ no âmbito internacional; e, em sequência, os modelos de gestão dos serviços de saneamento no mundo. Introduziremos, aí, o tensionamento entre a operação pública (hegemônica no mundo) e a privada (em especial, os exemplos da Inglaterra e da França). Os casos de desestatização e de reestatização demonstrarão que não existe um modelo perfeito, visto que inúmeras circunstâncias precisam ser avaliadas, servindo de base para a conformação de uma política pública em sintonia com as necessidades das populações, mormente as mais vulneráveis.

Na segunda parte, nos concentraremos no Brasil, apresentando os pressupostos do direito do saneamento básico e os quatro componentes do saneamento básico, objeto de análise descritiva e crítica, sendo eles o abastecimento de água e o esgotamento sanitário; a limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos; e a drenagem urbana e manejo de águas pluviais.

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

Por fim, a terceira parte pretende detalhar o *Novo Marco Legal do Saneamento Básico* — regime jurídico vigente no Brasil e suas recentes transformações; o regime de transição e regularização de operações; a participação privada e o saneamento básico no Brasil; o Decreto Federal n. 11.598/2023: procedimento de comprovação da capacidade econômico-financeira; a regionalização dos serviços de saneamento básico e a alocação de recursos e financiamentos pela União Federal e o Decreto n. 11.599/2023; a regulação dos serviços de saneamento e o papel da Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico (ANA). Por dentro de tudo isso, tentou-se dizer muito mais, com a intenção humilde e verdadeira de contribuir com debates que estão apenas começando.



PARTE I

SANEAMENTO BÁSICO NA ARENA GLOBAL





Capítulo I

Políticas Internacionais de Saneamento Básico

1. Direito Internacional e Direitos Humanos

1.1 Breve Introdução ao Direito Internacional Público

Um Direito Internacional que, à imagem dos ordenamentos jurídicos nacionais, tenha vinculatividade e autoridade é, ainda, uma realidade distante.¹ Tal desejo pode ser apropriado quando se cogita tornar os acordos uma manifestação do direito positivo, mas frágil caso seja necessário o impor nas circunstâncias em que predominam os desequilíbrios de poder entre países. O Direito Internacional pode ser eficiente para regular os processos de conflito, porém, paradoxalmente, apenas depois de exauridos; por outro lado, mostra-se apto a viabilizar a estabilização dos acordos e constranger, em curto prazo, novas rupturas — mas nem tanto assim.²

Pode-se dizer que o Direito Internacional, enquanto instrumento de formalização de acordos entre Estados, estava consolidado no século XIX, e, nos séculos XX e XXI, ampliou seu objeto, com direta implicação na teoria das fontes do Direito Público e do Direito Privado. Os debates sobre direitos humanos, aproveitando a caminhada do Direito Internacional, passaram a integrar os seus documentos e intervenções. Ainda que se fale em direitos subjetivos desde o início da modernidade, as primeiras declarações de direitos apareceram no século XVIII, nas experiências americana e francesa. Assenta-se, ali, a produção da ideia de um indivíduo racional e emancipado,³ explicitando duas figuras-chaves: o contrato

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

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

3 LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 2009, p. 123.

social e o catálogo de direitos. Esses processos de enumeração, de forma contraditória, tornam os direitos mais concretos e menos universais — nenhum direito é natural; tudo é direito posto.⁴

Depois da Primeira Guerra Mundial, no Tratado de Versalhes em 1919, fortalece-se o sentido da cooperação, ou do esforço de integração entre Povos e Nações, o que implica construir espaços de relação com o outro, a partir de um propósito: proteção mútua em um contexto de pós-guerra, quando os atores estão convencidos da relevância de um empenho de pacificação.⁵ Assemelha-se aos dilemas atuais — as guerras constantes, a insegurança climática e as crises sanitárias.

No entanto, a fragilidade desses esforços provou-se com a deflagração da Segunda Guerra Mundial. Concomitante ao seu término, no ano de 1945, surge a Organização das Nações Unidas (ONU) — uma tentativa de estabilização institucional em nível internacional — demandando o aperfeiçoamento das estruturas político-normativas, ainda desaparelhadas para protagonizar novos consensos.

Na origem dessa construção, o propósito de modificar, novamente, a relação entre os Estados, os organismos internacionais, as comunidades e os indivíduos⁶ — direcionando a liderança maior

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

5 COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 67.

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

para o último. Para a assimilação desse espírito de concertação internacional — que precisa ser continuamente renovado —, é necessário que os Estados reconheçam a existência de um espaço para a reconstrução de acordos possíveis na arena pública internacional, capazes de eliminar tensões e prevenir conflitos.

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

Por essa razão, insiste-se, a cooperação internacional, para uma superação definitiva dos eventos de guerra total, transforma-se no alicerce dessa transição.⁷ Talvez a Conferência das Nações Unidas sobre Direitos Humanos, em Viena, no ano de 1993, na mesma linha histórica da primeira Conferência Internacional de Direitos Humanos, em 1968, na cidade de Teerã, tenha produzido essa síntese. Uma reafirmação do direito ao desenvolvimento como experiência de fraternidade e solidariedade, o que está na base de sustentação do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), desde a sua origem, na década de 1960.

Interessante perceber que a passagem do tempo e uma sequência de acontecimentos trouxeram de volta, com muita força, já em 2020, o discurso de cooperação internacional ativa. Torna-se urgente a busca de um compromisso voltado à importância de construir políticas aderentes à ideia de sustentabilidade social, ambiental e econômica na sua execução e nos seus resultados. O aquecimento global e a segurança hídrica são enfrentados pela política verde e pela bioeconomia, na Dinamarca, na Alemanha e na França. Inegavelmente, o Brasil tem a obrigação e as condições necessárias para ser uma referência nesse debate.

7 Por certo, “[...] os direitos de terceira geração enfatizam a necessidade de decisões e ações conjuntas na esfera internacional, e não apenas no âmbito das fronteiras nacionais. A palavra-chave nesses direitos é solidariedade. Todos os direitos humanos estão relacionados a este valor, todavia, são os direitos de terceira geração que trazem esse traço de forma mais marcante. [...] os direitos de solidariedade são um pré-requisito para o exercício de todos os direitos humanos e reforçam a indivisibilidade e a interdependência dos direitos humanos”. APOLINÁRIO, Sílvia Menicucci de Oliveira Selmi. **Barreiras não tarifárias no comércio internacional e direito ao desenvolvimento**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 482.

O mundo público e o privado precisam assumir compromissos de ampliar a infraestrutura de saneamento básico, desenvolver projetos de reflorestamento em áreas críticas (a infraestrutura verde), além de ampliar a eficiência do uso da água nos processos produtivos, o que comprova a existência de diversos pontos de conexão entre a Agenda Verde e a Agenda Azul da ONU. Ainda assim, na primeira metade do século XXI, com outras linguagens, o uso de expressões como *guerra fria*, *nacionalismo* e *desglobalização*, além de conflitos armados envolvendo disputa por território e desrespeito ao princípio da soberania, voltam a ter presença internacional, indicando um recrudescimento da violência no mundo.

Vivemos em rede, imbricados e dependentes, por isso, é urgente encontrar um padrão de convivência, empatia e solidariedade, o que tem sido, por exemplo, o esforço das Conferências das Partes (COP) enquanto órgão supremo da Convenção Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima (1992), ao avaliar o agravamento da crise climática no planeta e ao construir soluções para o enfrentamento de um problema comum, como por exemplo, o reforço da segurança hídrica, a expansão das redes de coleta e tratamento de esgoto e o estímulo à economia circular a partir de uma gestão mais apropriada dos recursos naturais.

Corroborando essa tendência, entre os dias 30 de novembro e 12 de dezembro de 2023, em Dubai, Emirados Árabes Unidos, aconteceu a 28ª Conferência da Organização das Nações Unidas sobre Mudanças Climáticas (COP 28). Contou com a presença de representantes de 198 países qualificados para discutir a importância e a urgência das ações em favor da redução das adversidades climáticas, que afetam mais gravemente os países em desenvolvimento diante de fenômenos ambientais extremos.

Como é de conhecimento geral, eventos com este enfoque têm o propósito de avaliar a implementação dos acordos internacionais relacionados às mudanças climáticas (como o Protocolo de Kyoto, Acordo de Paris e as demais COPs), e, nesse sentido, elaborar decisões que promovam o desenvolvimento de mecanismos que oportunizem a implementação das metas contidas nesses documentos.⁸

8 UNITED NATIONS FRAMEWORK CONVENTION ON CLIMATE CHANGE (UNFCCC). Process and meetings. **WHAT ARE UNITED NATIONS CLIMATE CHANGE CONFERENCES?** Disponível em: <https://unfccc.int/process-and-meetings/what-are-united-nations-climate-change-conferences>. Acesso em: 18 dez. 2023.

Durante a COP 28, muitos pontos foram abordados ao longo dos encontros. Entidades globais (Chefes de Estado, comunidade científica, comunidades indígenas etc.) tiveram a oportunidade de se manifestar a respeito de particularidades cruciais para a realização de metas acordadas anteriormente e reafirmadas durante a conferência. A meta de limitar o aumento da temperatura global em 1,5°C — estabelecida no Acordo de Paris — norteou as discussões envolvendo a mitigação dos impactos derivados da instabilidade climática.⁹ O documento prevê a redução de 43% da emissão de gases de efeito estufa até 2030.

O acordo final apresentado pela COP — o primeiro Balanço Global do Acordo de Paris — convoca os países a participarem dos esforços globais de redução dos gases de efeito estufa, sem desconhecer que existem diferenças de realidades e circunstâncias. Em suma, o documento prevê oito alternativas capazes de permitir o alcance da meta de redução da emissão desses gases.¹⁰⁻¹¹ A título exemplificativo, o documento dispõe que a capacidade de energia renovável global deverá ser triplicada e a eficiência energética

9 UNITED NATIONS FRAMEWORK CONVENTION ON CLIMATE CHANGE (UNFCCC). Process and meetings. **THE PARIS AGREEMENT: WHAT IS THE PARIS AGREEMENT?** Disponível em: <https://unfccc.int/process-and-meetings/the-paris-agreement>. Acesso em: 18 dez. 2023.

10 UNITED NATIONS FRAMEWORK CONVENTION ON CLIMATE CHANGE (UNFCCC). **Outcome of the first global stocktake. MITIGATION.** Disponível em: https://unfccc.int/sites/default/files/resource/cma2023_L17_adv.pdf. Acesso em: 18 dez. 2023.

11 "28. Further recognizes the need for deep, rapid and sustained reductions in greenhouse gas emissions in line with 1.5 °C pathways and calls on Parties to contribute to the following global efforts, in a nationally determined manner, taking into account the Paris Agreement and their different national circumstances, pathways and approaches: (a) Tripling renewable energy capacity globally and doubling the global average annual rate of energy efficiency improvements by 2030; (b) Accelerating efforts towards the phase-down of unabated coal power; (c) Accelerating efforts globally towards net zero emission energy systems, utilizing zero- and low-carbon fuels well before or by around mid-century; (d) Transitioning away from fossil fuels in energy systems, in a just, orderly and equitable manner, accelerating action in this critical decade, so as to achieve net zero by 2050 in keeping with the science; (e) Accelerating zero- and low-emission technologies, including, inter alia, renewables, nuclear, abatement and removal technologies such as carbon capture and utilization and storage, particularly in hard-to-abate sectors, and low-carbon hydrogen production; (f) Accelerating and substantially reducing non-carbon-dioxide emissions globally, including in particular methane emissions by 2030; (g) Accelerating the reduction of emissions from road transport on a range of pathways, including through development of infrastructure and rapid deployment of zeroand low-emission vehicles; (h) Phasing out inefficient fossil fuel subsidies that do not address energy poverty or just transitions, as soon as possible;"

dobrada até 2030; que os países se afastem dos combustíveis fósseis de maneira justa, ordenada e equitativa; e optem por energias renováveis de zero ou baixo carbono. Países que dependem de combustíveis fósseis enfrentarão desafios maiores na transição energética. Neste aspecto, o Brasil se distingue, visto que utiliza em larga escala energias renováveis.

Além disso, a COP 28 ressaltou o significado da implementação e adaptação dos planos nacionais de desenvolvimento sustentável ao momento de cada país. Com o plano será possível estimar se os participantes estão alinhados com as urgências e as metas globais fixadas pelos documentos.

Faz-se de suma importância, portanto, ações estruturais capazes de promover: a implementação de políticas públicas voltadas ao meio ambiente, à saúde, à cultura e ao acesso à água potável e ao saneamento (ou serviço de esgotamento sanitário); a manutenção de infraestruturas para assistir toda a sociedade de maneira equitativa e permanente; a afirmação dos direitos humanos como meio de orientação das ações do setor público e privado; e a redução da pobreza, diminuindo assim os impactos climáticos nas regiões de maior vulnerabilidade.

O documento, ao traçar objetivos, estipula o prazo de 2030 para todos colocarem em prática as ações de avaliação, planejamento, implementação, monitoramento e aprendizagem para enfrentar as adversidades climáticas¹². Vale mencionar, também, a existência do Fundo de Adaptação que passou a ter a função de financiar projetos e programas dos países em desenvolvimento que estão mais expostos às mudanças climáticas.¹³

Nessa lógica, o Brasil assume um papel de visibilidade no cenário internacional ao ser confirmado como sede da COP 30 que ocorrerá entre 10 e 21 de novembro de 2025 em Belém, capital do Pará, parte integrante do bioma amazônico.¹⁴

12 UNITED NATIONS FRAMEWORK CONVENTION ON CLIMATE CHANGE (UNFCCC). **Outcome of the first global stocktake**. ADAPTATION. Disponível em: https://unfccc.int/sites/default/files/resource/cma2023_L17_adv.pdf. Acesso em: 18 dez. 2023.

13 UNITED NATIONS FRAMEWORK CONVENTION ON CLIMATE CHANGE (UNFCCC). Process and meetings. **ADAPTATION FUND**. Disponível em: https://unfccc.int/Adaptation-Fund?psafe_param=1&gclid=CjwKCAiAvoqsBhB9EiwA9XTWGCXvj4N-fiH9KtGgqWTBeCeMdwQCtZwMdpiEV3XOb12CSotNoGFhN3xoCBREQAvD_BwE. Acesso em: 18 dez. 2023

14 UNITED NATIONS FRAMEWORK CONVENTION ON CLIMATE CHANGE (UNFCCC). Dates and venues of future sessions. **DRAFT DECISION -/CP.28**. Disponível

1.2 Afirmação dos Direitos Humanos na ONU

Os direitos humanos enquanto espécie de Direito Internacional positivado surgiram juntamente à criação da própria ONU, em 1945, tendo na Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948,¹⁵ o seu marco documental. Uma pluralidade de normas de caráter geral, teoricamente alcançando todas as pessoas, compôs a construção de um sistema de proteção desses direitos.¹⁶ Nessa linha, as normas de combate ao racismo e à discriminação contra as mulheres, exemplos qualificados, elevaram o ser humano à categoria de sujeito do Direito Internacional.

Assim formou-se um novo ramo do Direito Internacional: o dos direitos humanos, dotado de princípios próprios, de caráter específico e de autonomia. A Declaração sobre a Concessão de Independência aos Países e Povos Coloniais,¹⁷ de 1960, assegura a emancipação de todas as populações em relação ao domínio estrangeiro. Entende-se, portanto, que, além da “não discriminação individual”, afirma-se a existência, e, por isso, a obrigatoriedade de preservar uma “autonomia coletiva” — o denominado “direito à autodeterminação dos povos”¹⁸ —, um verdadeiro reforço à soberania.

O direito à autodeterminação dos povos — exemplo de *jus cogens* no plano internacional¹⁹ — foi construído na prática da ONU,

em: https://unfccc.int/sites/default/files/resource/cop28_auv_2g_dates_venues.pdf. Acesso em: 20 dez. 2023.

- 15 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU), Universal Declaration of Human Rights Preamble, A/RES/3/217/A, dez de dezembro de 1948, Paris. Disponível em: <http://www.un-documents.net/a3r217a.htm>. Acesso em: 21 set. 2020.
- 16 A Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, de 1948, e os Pactos Internacionais de Direitos Cívicos e Políticos, e de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966, foram importantes nesse processo, assim como a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos. MARTÍN, Líber et al. **El derecho humano al agua**: particularidades de su reconocimiento, evolución y ejercicio. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2011, p. 30-31.
- 17 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU), Declaration on the Granting of Independence to Colonial Countries and Peoples, A/RES/15/1514, catorze de dezembro de 1960, Nova York. Disponível em: <http://www.un-documents.net/a15r1514.htm>. Acesso em: 15 jan. 2012.
- 18 BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 35.
- 19 Para o autor, “[...] cabe marcar uma distinção importante entre o princípio das nacionalidades consagrado no Pacto da Sociedade das Nações — que foi aplicado preferencialmente na Europa e que não levou à rejeição do colonialismo na África, na Ásia e na América Latina — e o princípio da autodeterminação dos povos no sistema da ONU, que levou a uma norma peremptória de Direito Internacional Público de escopo universal”. LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**:



exteriorizado na Carta de 1960, esmiuçado no Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966, e no instrumento relativo aos Direitos Civis e Políticos, do mesmo ano. Como consequência imediata do processo de descolonização, torna-se indiscutível que os próprios Estados devem promover e proteger o direito à autodeterminação dos povos, o que inclui o direito coletivo de “desfrutar e dispor plenamente de suas riquezas e recursos naturais”.²⁰ Nasce um compromisso para a comunidade internacional de colaborar no processo de afirmação dos direitos fundamentais no Direito Interno e no ambiente externo.

Na comparação com as declarações de direitos do cidadão, a americana e a francesa, para Norberto Bobbio:²¹

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

Os direitos humanos estão na origem e no centro da construção e da transformação do Direito Internacional público moderno.²² Dos “direitos naturais universais”, passando pela condição de “direitos positivos particulares” das declarações americana e

um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 2009, p. 131.

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

21 Ibidem, p. 29-30.

22 PIOVESAN, Flávia. Introdução ao Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos: a Convenção Americana de Direitos Humanos In: GOMES, Luiz Flávio; PIOVESAN, Flávia. (coord.). **O Sistema Interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 20.

francesa, surgem os “direitos positivos universais”, isto é, “direitos dos cidadãos do mundo”, como um ideal a ser alcançado.²³ O Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos possui uma característica que o diferencia dos demais sistemas de Direito Internacional: a fixação de obrigações absolutas e universais²⁴ dos Estados em referência ao objeto e à finalidade das convenções, e não somente de direitos e obrigações entre as partes signatárias.

Os direitos de primeira e segunda geração — respectivamente, a liberdade e a igualdade — e, mais tarde, os de terceira geração (ou dimensão) — a fraternidade — surgem, de forma progressiva, cumulativa e concomitante, para representar diferentes concepções na relação entre o Estado e o indivíduo. No plano internacional, essa diferença de tipos de Estados, do liberal na comparação com o social, dá sentido à conformação de dois pactos distintos, um para os direitos civis e políticos, outro para os direitos econômicos e sociais.²⁵

1.3 Centralidade do Desenvolvimento Sustentável no Século XXI

A compreensão da palavra “desenvolvimento”, no âmbito da economia, como critério à avaliação de um Estado, é um exemplo de “conceito viajante”. O termo surge para representar o alcance de padrões semelhantes aos obtidos pelos países ditos desenvolvidos,

23 BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 30.

24 E, “diferentemente da grande maioria dos tratados multilaterais, os tratados de direitos humanos não criam relações recíprocas entre os estados partes, mas criam um regime de objetivo dos direitos humanos”. Tradução nossa. KORKELA, Konstantin. New Challenges to the Regime of Reservations under the International Covenant on Civil and Political Rights. **European Journal of International Law**. v. 13, n. 2. Oxford: Oxford University Press, 2002, p. 439.

25 Na verdade, “[...] os direitos civis e políticos comportam o processo de reclamação ou petição individuais a um organismo internacional, que pode resultar de uma garantia-coletiva criada pelos Estados-Parte de uma convenção sobre direitos humanos. Já os direitos econômico-sociais e culturais, pelas suas características de objetivos a serem realizados progressivamente por uma coletividade, através da ação estatal, são menos suscetíveis de aplicação imediata. Por isso, o acompanhamento de sua tutela, no plano internacional, não cuida normalmente da reparação ou do problema da violação individuais, como é o caso dos direitos civis e políticos, mas geralmente se faz através de relatórios sobre situações prevalentes que afetam grupos ou coletividades humanas e que são discutidos e examinados por um organismo internacional”. LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 2009, p. 129.

principalmente em termos de patamar de industrialização — o desenvolvimento/crescimento econômico.²⁶ Contudo, o subdesenvolvimento, seja econômico, seja social, não é apenas um estágio obrigatório na direção do desenvolvimento,²⁷ mas, sim, uma realidade que não se supera pela simples passagem do tempo.

O desenvolvimento econômico depende do desenvolvimento humano,²⁸ do respeito aos direitos identificados com o conceito de mínimo existencial.²⁹ A Conferência de Copenhague, em 1995, enfatizou a importância de o Estado garantir a proteção dos direitos humanos de caráter social, indispensáveis à identificação de uma vontade de desenvolvimento.³⁰

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

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

28 Dessa maneira, “[...] a partir de um conceito construído historicamente pela adição de novos elementos, o desenvolvimento como objeto de um direito humano corresponde ao sentido alcançado por meio de um processo cumulativo que compreende o seguinte: crescimento econômico (crescimento), redistribuição de recursos (igualdade), atuação do Estado (intervenção), democratização do processo (participação) e consideração da nova ordem internacional (reforma e cooperação). Esses elementos devem necessariamente estar presentes em medidas políticas, instrumentos jurídicos e princípios subjacentes delineadores dos meios e fins do desenvolvimento”. APOLINÁRIO, Silvia Menicucci de Oliveira Selmi. **Barreiras não tarifárias no comércio internacional e direito ao desenvolvimento**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 493.

29 Logo, a “[...] constatação de que o desenvolvimento econômico deve caminhar de mãos dadas ao desenvolvimento social contribuiu para uma relativização da divisão Norte/Sul em face da natureza global dos problemas e do papel de atores não estatais na esfera internacional e significou uma síntese entre duas tendências contraditórias: exigência liberal e reivindicações sociais”. Ibidem, p. 491.

30 A crise do petróleo na década de 1970, as dificuldades de financiamento encontradas nos anos 1980, o fim da Guerra Fria, o Consenso de Washington (1989) e as Convenções no Rio de Janeiro (1992), em Viena (1993), no Cairo (1994) e em Copenhague (1995) vão determinar, enquanto elemento de tensão, uma

Dentro do processo de afirmação dos direitos individuais e coletivos, em 1986, a Assembleia Geral da ONU elaborou e cancelou a Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento, reconhecendo, em seu art. 1º, “[...] um direito inalienável de todos os seres humanos e de todos os povos” à “participação no desenvolvimento econômico, social, cultural e político e o gozo desse desenvolvimento”. Na Declaração de Direitos Humanos de Viena, de 1993, também se assegura que a noção de desenvolvimento deve privilegiar a sua dimensão humana e social.³¹

O que se assentou como direito ao desenvolvimento é também o direito-dever do Estado de enfrentar a pobreza, em vez de admitir como uma dimensão cotidiana e constitutiva da experiência de uma parcela da população mundial. Mais precisamente, exige-se que o combate à pobreza, enquanto privação do exercício das capacidades básicas de cada indivíduo, e não apenas como problema de déficit de renda, esteja no centro da ação social de qualquer governo.³²

O serviço de abastecimento de água potável, a coleta e tratamento de esgoto, a limpeza urbana e o manejo de resíduos sólidos, assim como a drenagem e o manejo de águas pluviais são atividades que conformam a rede de proteção estatal que assegura para todos o direito à cidade, o direito ao futuro e o direito à felicidade.

No Direito Internacional, a Convenção das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, assinada na Conferência de Estocolmo de 1972, é o embrião normativo da ideia de desenvolvimento sustentável, o que se extrai de alguns dos seus Princípios.³³ Essa premissa de direito ambiental foi inscrita em quase todos os

desidratação do Estado social, na mesma medida em que se diagnostica a necessidade de desenvolvimento humano e do surgimento de novas políticas públicas.

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

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

33 “Princípio 5: Os recursos não renováveis da terra devem empregar-se de forma que se evite o perigo de seu futuro esgotamento e se assegure que toda a humanidade compartilhe dos benefícios de sua utilização. [...] Princípio 8: O desenvolvimento econômico e social é indispensável para assegurar ao homem um ambiente de vida e trabalho favorável e para criar na terra as condições necessárias de melhoria da qualidade de vida.” Declaração da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, jun. de 1972. Disponível em: https://apambiente.pt/_zdata/Políticas/DesenvolvimentoSustentavel/1972_Declaracao_Estocolmo.pdf. Acesso em: 22 set. 2020.

documentos internacionais sobre meio ambiente que a sucederam, mas é apenas no Relatório Brundtland que o conceito de desenvolvimento sustentável é caracterizado como o “desenvolvimento capaz de garantir as necessidades do presente sem comprometer as capacidades das gerações futuras de atenderem suas necessidades”.³⁴ Os países chamados desenvolvidos aceitam repensar os processos produtivos e incorporar novas tecnologias, evitando a exportação dos seus parques industriais, comprometidos com uma dinâmica equivocada de produção.³⁵

Aos poucos, a noção normativa de desenvolvimento³⁶ vai distanciando-se de critérios de ordem financeira, para incorporar, ao seu universo, variáveis que vinculem o crescimento de um Estado à sua capacidade de realizar o catálogo dos direitos fundamentais.³⁷

O estágio de desenvolvimento de cada Estado, por carência extrema, poderá desconsiderar normas de caráter restritivo para o aproveitamento dos recursos naturais. A solução para isso é criar alternativas, que ofereçam possibilidades para a equação desenvolvimento-tempo.³⁸ Este é um dos dilemas contemporâneos: quando incorporar os padrões da economia verde aos processos produtivos. Ainda que se reconheça os atuais riscos ecológicos, se os comportamentos exigidos impactarem o crescimento econômico, pode-se imaginar reações negativas nos países que convivem com taxas elevadas de desigualdade social.

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

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

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

37 Ibidem, p. 433.

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

Hoje, defende-se, mais enfaticamente, o respeito aos padrões de sustentabilidade social, ambiental e econômica.³⁹ Cobra-se dos governos uma agenda para o desenvolvimento sustentável em harmonia com o Relatório Global de Riscos do Fórum Econômico Mundial.⁴⁰ Ademais, tanto riscos ambientais quanto a preocupação com doenças infecciosas, destacados nesse trabalho, têm ligação direta com a necessidade de universalização do serviço público de saneamento básico no Brasil em todas as suas frentes.

Exige-se dos Estados propostas econômicas para combater as mudanças climáticas — como os riscos de disponibilidade de água nos mananciais e os desastres ambientais — e a desigualdade social, ponto de equilíbrio difícil de encontrar. Falar de energia renovável e maior eficiência na utilização dos recursos naturais parece retratar um pensamento hegemônico, indicando uma transição para a economia verde. Todavia, os efeitos adversos das mudanças climáticas exigem ações compensatórias, aumentando a resiliência dos países mais pobres.

O Relatório de Brundtland, de 1987, e a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, ocorrida no Rio de Janeiro, em 1992, como se disse antes, refletiam sobre essas questões. Ambos sublinharam que o padrão de desenvolvimento deve obedecer a um limite estabelecido não pelos dilemas do presente, mas em razão do direito ao futuro, que as próximas gerações também possuem.⁴¹ Nas palavras de Amartya Sen, “[...] o valor do meio ambiente não pode ser dissociado das vidas dos seres vivos”.⁴² Entretanto, somente agora, estão sendo produzidos os consensos necessários para uma reação do coletivo de países signatários do Acordo de Paris (COP 21), no sentido de fortalecer a resposta global e criar condições para um gerenciamento dos impactos decorrentes das mudanças climáticas, o que depende de proposições mais ambiciosas. Não se espera apenas um comportamento passivo, de

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

40 WORLD ECONOMIC FORUM. Reports. **Global Risks Report 2023**. Disponível em: https://www.weforum.org/reports?_gl=1*18acu0v*_up*MQ..&gclid=CjwKCAjw2K6l-BhBXEiwA5RjtCQTNBNeLM1j1Je1gV79wPLpJUFDjqprbDsa9Ycgc-ldvwufWaMTS-gBoCCcsQAvD_BwE. Acesso em: 10 jul. 2023.

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

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

não intervenção, mas uma atividade que amplie a liberdade e estimule o desenvolvimento das capacidades dos indivíduos.⁴³

Progressivamente, o direito ao desenvolvimento ganha reconhecimento no Direito Internacional do meio ambiente. Integrados, compõem o conceito de desenvolvimento sustentável,⁴⁴ tendo três elementos essenciais: eficiência econômica, justiça social — o que também significa respeito à diversidade — e harmonia com o meio ambiente.

1.4 “Cisne Verde” e o Fórum Mundial de Davos de 2020

Os anos de 2020 e 2021 podem representar o momento-chave de um processo longo de aceitação por parte do mercado financeiro e de seus agentes de que as questões ambientais, em especial as mudanças climáticas, afetarão suas atividades nos próximos anos.

Desde a assinatura do Acordo de Paris (2015/2016)⁴⁵⁻⁴⁶, no âmbito da Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre a Mudança do Clima⁴⁷, com o propósito de limitar a 1,5°C o aumento da temperatura global, as emissões de gases do efeito estufa — responsáveis pelo aquecimento do planeta — continuaram crescendo.⁴⁸

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

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

45 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Climate Action. **The Paris Agreement**. 2015. Disponível em: <https://www.un.org/en/climatechange/paris-agreement>. Acesso em: 10 jul. 2023.

46 O Acordo de Paris é um amplo tratado internacional com o objetivo de atingir a meta global de manutenção do aquecimento do planeta em índices inferior a 2,0°C, ou, preferencialmente, 1,5°C, em comparação aos níveis pré-industriais. A partir disso, o Acordo parte de diferentes ciclos, que envolvem metas objetivas nacionais de contribuição ao combate das mudanças climáticas; redução da emissão de gases poluentes, bem como a construção de infraestrutura voltada para a diminuição dos impactos das mudanças climáticas. Todas essas medidas devem ser revistas periodicamente por comitês, que poderão estimar o nível de cumprimento das metas negociadas.

47 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Process and Meetings. **United Nations Framework Convention on Climate Change (UNFCCC)**. Disponível em: <https://unfccc.int/process-and-meetings/what-is-the-united-nations-framework-convention-on-climate-change>. Acesso em: 10 jul. 2023.

48 FIGUERES, Christiana; LE QUÉRÉ, Corine; MAHINDRA, Anand; BÄTE, Oliver; WHITEMAN, Gail; PETERS, Glen; GUAN, Dabo. Emissions are still rising: ramp up the cuts. **Nature**.

Um estudo importante, que sintetiza uma tomada de consciência, publicado em janeiro de 2020 pelo *Bank for International Settlements*, é o trabalho de Patrick Bolton, Morgan Després, Luiz Awazu Pereira da Silva, Frédéric Samama e Romain Svartzman, intitulado *O cisne verde: bancos centrais e a estabilidade financeira na era das mudanças climáticas*. Ainda que seus destinatários sejam os bancos centrais, o documento, com uma apresentação dos riscos provocados pelas mudanças climáticas à estabilidade dos sistemas financeiros, tem influenciado as ações de agentes do mercado mundial, visto que os modelos hidrológicos, baseados em registros históricos, estão com dificuldades para projetar o futuro. O mesmo estudo reconhece que tais mudanças estão à beira de conduzir a “impactos irreversíveis e catastróficos”, possivelmente “a causa da própria crise financeira”. Logo, faz um chamado urgente para “ações ambiciosas dirigidas a uma transformação estrutural de nossas economias” e para que coordenem governos, o setor privado, a sociedade civil e a comunidade internacional.⁴⁹

A COP 28 pode realmente significar um ponto de virada na formação de um consenso que implique em ações conjuntas mais efetivas, e a criação do Fundo de Perdas e Danos é um sinal positivo, mesmo que seja preciso esclarecer questões ainda indefinidas a respeito das hierarquias que prevalecerão na liberação dos recursos.

O título do estudo alude ao conceito de *cisnes negros*, criado por Nicholas Taleb, que diz respeito a eventos inesperados cujos impactos abrangentes ou extremos só podem ser explicados após a observação dos fatos, como desastres naturais ou ataques terroristas. A comprovação dos constantes riscos desses eventos demanda que a incerteza seja incluída, na forma de padrões fractais, em modelos matemáticos que estudem cenários de risco.

Por sua vez, os *cisnes verdes* — para melhor esclarecer o conceito —, embora indefinidos, apresentam alto grau de certeza de que graves riscos se materializarão em breve, configurando uma ameaça à existência humana. Dentre eles, estão o aumento do nível dos mares, de picos de temperatura, as enchentes, a erosão de solo e a extinção massiva de espécies, com o crescimento da pobreza, da desigualdade e do fluxo migratório.

Online, 05, dez. 2018, Disponível em: <https://www.nature.com/articles/d41586-018-07585-6>. Acesso em: 10 jul. 2023.

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

Segundo o estudo, os supervisores dos bancos centrais de todo o mundo podem atuar como agentes de disseminação de padrões ambientais, sociais e de governança, estimulando a alocação de recursos em empresas e países comprometidos com eles.⁵⁰ Mas isso não basta; o mercado financeiro deve começar a aceitar retornos menores em nome de um melhor controle dos riscos relacionados à mudança climática.

O texto também aponta para os “efeitos distributivos” das mudanças climáticas: os riscos e os custos de adaptação recaem desproporcionalmente sobre países e populações pobres, um elemento de preocupação já destacado. O custo de mitigação dos danos e da migração de matrizes energéticas pode ser proibitivo para esses grupos. A viabilidade sociopolítica de combater as mudanças climáticas depende de lidar com suas consequências distributivas.⁵¹ Esse debate também precisa consolidar-se no Brasil como pauta importante ao longo do ano de 2024 (COP 29) e 2025 (COP 30).

Atualmente, o mercado financeiro tem considerado como parte das suas projeções e dos seus cálculos de riscos não apenas a agenda climática e da sustentabilidade, mas as questões associadas ao combate da desigualdade. Por isso, mostra-se prioritária e essencial a universalização do acesso à água e aos serviços de esgotamento sanitário, da limpeza urbana, do manejo correto de resíduos sólidos, da drenagem urbana e do manejo de águas pluviais. Essa aceitação, por parte do mercado financeiro, de que os riscos decorrentes da crise climática devem ser levados em conta nos seus estudos, nada mais é do que o reconhecimento de que a degradação ambiental produz externalidades às funções de custo e demanda, prejudicando o funcionamento do sistema econômico.⁵² Essa percepção se harmoniza com o conceito de “responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida dos produtos”, utilizado pela Lei n. 12.305/2010, art. 3º, inciso XVII, tendo em vista que os resultados ambientais da poluição são, esses sim, distribuídos entre todos.

O Fórum Econômico Mundial de 2020 provou a impossibilidade de ignorar a realidade da mudança climática, cujos efeitos vêm sendo notados concretamente. O tema foi, ao lado da desigualdade

50 Ibidem, p. 53.

51 Ibidem, p. 23.

52 ARAÚJO, Suely Mara Vaz Guimarães de; JURAS, Ilidia da Ascensão Garrido Martins. **Comentários à Lei dos Resíduos Sólidos: Lei nº 12.305, de 2 de agosto de 2010 (e seu regulamento)**. São Paulo: Editora Pillares, 2011, p. 61.

social, o mais debatido nas reuniões bilaterais entre empresas e investidores, evidenciando que as decisões de alocação de capital serão cada vez mais guiadas pelos padrões ambientais, sociais e de governança (ESG).

É necessário, portanto, que os agentes políticos e econômicos internos sejam capazes de levar a sério os Objetivos para o Desenvolvimento Sustentável (ODS) e a Agenda 2030, apresentando um plano consistente e cronogramas factíveis que comprovem a aderência do Brasil aos acordos multilaterais mais recentes. Além de um compromisso assumido no âmbito nos Fóruns Internacionais, trata-se agora de um pré-requisito para que o país se consolide como um ator respeitado nas próximas décadas, quando deve se acelerar a transição energética na direção de uma economia de baixo carbono.

A concretização da meta de universalização dos serviços de saneamento básico, obviamente, dialoga com essas mesmas expectativas; por exemplo, quando busca a conservação dos recursos naturais e a proteção do meio ambiente, fomentando a eficiência energética, o reúso de efluentes sanitários e o aproveitamento de águas da chuva. Compreender os aterros sanitários como centrais de reciclagem, captação de biogás, produção de combustível ou planta de fertilizante, está em sintonia com as melhores práticas relacionadas ao manejo de resíduos sólidos. A produção de fertilizantes orgânicos a partir do lodo recebido dos aterros e as usinas de incineração, da mesma forma, são iniciativas que devem ser replicadas em todas as regiões do Brasil nos próximos anos, na medida em que demonstrem sua viabilidade econômica. Com toda certeza esse caminho será trilhado pelas operadoras do setor de saneamento, diante da perspectiva de diversificação dos negócios relacionados ao conceito de economia circular, como a partir do reaproveitamento dos subprodutos que resultarem dos processos de tratamento (a água de reúso e o lodo proveniente de estações de tratamento de esgoto)⁵³.

53 Ilustram os autores as possibilidades oferecidas para os operadores na lógica da economia circular relacionada ao serviço de saneamento: "[...] i. Captação da água de modo sustentável, gerando energia limpa através de pequenas centrais hidrelétricas (PCHs) passando pelo tratamento adequado da água; ii. Utilização do lodo deste tratamento de água como material de construção; iii. Atuação através da preservação de áreas de proteção permanente como Pagamento de Serviços Ambientais (PSA); iv. No caso de captação subterrânea, onde é exigida uma área de proteção para os poços, é possível a instalação de painéis solares que ajudam

Por isso, deve-se compreender as metas incorporadas ao ordenamento brasileiro no art. 11-B da Lei n. 11.445/2007, que para a garantia do direito de acesso à água potável e para o serviço de coleta e tratamento de esgoto estabeleceu-se 2033 como ano de referência; assim como eliminar práticas de disposição final inadequadas, encerrando lixões e aterros controlados nas condições e nos prazos estabelecidos no Planares a partir da Lei n. 12.305/2010 — limitando o prazo final, 2 de agosto de 2024, aos municípios que tenham elaborado o seu plano de resíduos sólidos, que possuam mecanismos de cobrança capazes de garantir a sustentabilidade econômica do serviço e que tenham, com base no Censo 2010, a população inferior a 50.000 habitantes.⁵⁴⁻⁵⁵ Trata-se de algo que

a proteção do entorno do poço e ainda o tornam autossustentável em energia; v. Assim como toda a inovação tecnológica, no acompanhamento e controle das perdas, geram economia de água; vi. Seguindo o caminho das águas, no seu retorno, após o uso, temos a coleta de esgotos, que, sendo incentivada pela implantação das redes, é o maior avanço na saúde e condições sanitárias para a população, que deixa de utilizar fossas precárias, tão prejudiciais ao solo, ao lençol freático e à saúde pública; vii. Esse efluente é coletado e tratado, podendo gerar, nesse processo, energia pelos gases gerados e queima do lodo; viii. As cinzas do lodo podem ser utilizadas como material para construção civil; ix. O lodo tratado como fertilizante; x. O efluente tratado com água para reúso para diversos fins, como água enriquecida, para uso como fertilizante, ou água não potável para fins industriais; em casos mais críticos, até como reposição de aquífero; e ; x. Aterros Sanitários". OLIVEIRA, Gesner et al. Novo Marco do Saneamento: uma janela de oportunidade para eliminar o atraso no saneamento. In: ZULIANI, G; DAL POZZO, A. **Saneamento Básico: Uma Lei e um Marco**. Belo Horizonte: Fórum, 2023, p. 328–329.

- 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: (Redação dada pela Lei nº 14.026, de 2020) 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; (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020)
- I. 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; (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020)
 - II. 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 (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020)
 - IV. até 2 de agosto de 2024, para Municípios com população inferior a 50.000 (cinquenta mil) habitantes no Censo 2010. (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020)
- 55 Existem pelo menos 2,5 mil lixões ativos no Brasil, e no ano passado, estima-se, receberam cerca de 30 milhões de toneladas de resíduos, ou seja, 40% das 82 milhões de toneladas produzidas no país. A universalização da coleta seletiva,

ainda não se conseguiu, nem mesmo, quando o campo de análise são apenas os municípios brasileiros que integram Regiões Metropolitanas.

As áreas de lixões que recebem resíduos e rejeitos seguidamente causam danos ao meio ambiente e recuperar essas áreas no futuro pode ser muito mais complexo do que a implantação imediata do conjunto de diretrizes, princípios e regras detalhados na Lei n. 12.305/2010, quando instituiu a Política Nacional de Resíduos Sólidos. Por isso, universalizar a disposição final deve ser uma meta, também por estar de acordo com o sistema legal que organiza o setor — ou seja, é uma condicionante que deve ser apontada pelos Programas de Integridade implementados no âmbito da Administração Pública. Com certos cuidados, o *compliance público* pode exercer essa função de crítica interna e fixação de limites ao poder discricionário do gestor público. Por exemplo, quando o governo estabelece prioridades que não refletem as urgências da Lei, no exercício equivocado de um poder discricionário *contra legem*.

2. Direito Humano à Água Potável e ao Saneamento Básico

A defesa no cenário internacional de um direito humano à água potável e aos demais serviços que compõe o conceito de saneamento básico (Lei n. 11.445/2007, art. 3º) não surge em um plano abstrato, como componente de um catálogo básico de direitos humanos, mas em um momento histórico específico.

Não obstante, é preciso reconhecer que há um debate mais consistente no cenário internacional a respeito do acesso à água e ao esgotamento sanitário na comparação com os temas posteriormente incorporados ao conceito de saneamento básico. Reconhecido isso, sempre que possível, o assunto abordado será apresentado com a indicação dos desdobramentos da matéria para todos os serviços envolvidos na política pública de saneamento básico no Brasil.

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

realidade ainda distante, seria um dos caminhos para o enfrentamento deste problema, na linha proposta pela Lei n. 12.305/2010 e detalhada no Planares.



saneamento.⁵⁶ Obviamente, para o bem ou para o mal, esses números variam constantemente.

O Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966, declarou um conjunto de direitos identificados com o conceito de mínimo existencial, capaz de garantir o direito a um nível adequado de vida — que envolve a alimentação, o vestuário e a moradia.⁵⁷ Interpretando esse pacto, o Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas, no ano de 2002, confirmou que a expressão “nível adequado de vida”⁵⁸ compreende o acesso à água potável e, como natural decorrência, ao serviço de saneamento (ou serviço de coleta e tratamento de esgoto).

É também o que ficou consagrado, em 2006, nas Diretrizes para a Realização do Direito à Água Potável e ao Saneamento, utilizada pela Subcomissão para a Promoção e Proteção dos Direitos Humanos das Nações Unidas — o direito à água potável e ao serviço de saneamento é um pré-requisito para a proteção do direito à vida. Ainda, está no Informe de 2007 do Alto Comissariado das Nações Unidas para Direitos Humanos e do Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais — o Protocolo de San Salvador.⁵⁹

56 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, A CIÊNCIA E A CULTURA (UNESCO). **The United Nations world water development report 2019: leaving no one behind**. Paris: UNESCO, 2019. Disponível em: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000367306>. Acesso em: 22 set. 2020.

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

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

59 COHRE. **A Efetivação do Direito à Água e ao Saneamento no Brasil: uma análise**

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

*[...] a quantidade de 50 litros diários de água por pessoa como o necessário para garantir que haja baixo risco à saúde, e que se satisfaçam as necessidades mais básicas, inclusive banhar-se e lavar roupas. Somente quando estiver assegurado que todos tenham acesso a essa quantidade diária de água é que outros usos, como os comerciais ou industriais, podem ser autorizados.*⁶⁰

No campo da dogmática dos direitos humanos, especialistas definem a água como um bem indispensável para uma vida digna, pois o acesso a ela e ao serviço de esgotamento sanitário (saneamento em sentido estrito no debate internacional) são condições *sine qua non* para a realização de outros direitos fundamentais — o direito à vida, à moradia, à educação, à alimentação e à saúde. De fato, a água é um dos elementos que garante o mínimo para o ser humano viver dignamente,⁶¹ suprimindo as necessidades de consumo pessoal e doméstico (higiene, limpeza e alimentação)⁶² e evitando a morte por desidratação e o risco de doenças⁶³. Os tratados de

do marco jurídico e das políticas públicas com base em uma perspectiva de direitos humanos. Brasília, 2008, p. 19.

60 Ibidem, p. 22.

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

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

63 Destaca o autor que “[...] a quantidade de água a ser provida deve levar em conta a satisfação das necessidades individuais e domiciliares para ingestão e higiene pessoal, bem como para os demais usos pessoais e domésticos, incluindo preparo de alimento, lavagem de roupas e limpeza em geral”. Em relação as quantidades médias de água consumida, utiliza-se como padrão que 20 Litros/habitante ao dia é considerado alto risco à saúde; por sua vez 50 Litros/habitante por dia indica baixo risco; sendo 100 Litros/habitante por dia uma situação avaliada como ideal.



direitos humanos abordaram, inicialmente, o direito à água sob o ângulo da potabilidade, de maneira que, expressamente, as Convenções de Genebra e seus Protocolos Adicionais incluíram em seus artigos o direito à água potável.⁶⁴

Claro que o abastecimento de água e o serviço de esgotamento sanitário estão colocados em primeiro plano neste momento, mas existem pontos de conexão obrigatórios entre a correta disposição dos resíduos sólidos e a infraestrutura de drenagem para uma efetiva proteção dos mananciais e da qualidade de vida das populações. Ou seja, de maneira gradativa, vão sendo ressaltados os exemplos práticos que comprovam uma relação de interdependência entre os quatro temas classificados pela legislação brasileira como partes relacionadas ao serviço público de saneamento básico sem sentido amplo.

Paralelamente, o que se verá depois, o serviço de limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos, assim como a drenagem urbana e o manejo de águas pluviais foram construindo o seu roteiro, para depois todos se encontrarem na Lei n. 11.445/2007, sob a mesma denominação.

2.1 Água, Saneamento e Agenda Ambiental

As discussões em torno do direito ao meio ambiente precederam aquelas que afirmaram a existência de um direito à água e ao serviço de saneamento básico — aqui, novamente, incluindo-se o sentido amplo dado ao tema pela Lei n. 11.445/2007, art. 3º,⁶⁵ pois esse é o nosso campo de análise.

HELLER, Léo. **Os Direitos Humanos à Água e ao Saneamento**. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2022, p. 98-99.

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

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

A primeira conferência específica sobre a água ocorreu em 1977, em Mar del Plata, na Argentina, porque os organismos internacionais depararam-se, à época, com um quadro de crise que desencadeou uma série de preocupações para o futuro, resultado da soma do crescimento populacional, da poluição do meio ambiente e da escassez de recursos naturais. Essa realidade demandava então programas de gerenciamento com os usos possíveis dos recursos hídricos. Na Conferência de 1977 foi assegurado que:

*[...] todos os povos, qualquer seja seu grau de desenvolvimento e suas condições sociais e econômicas, têm o direito ao acesso à água potável em quantidade e qualidade iguais às suas necessidades básicas, e que está universalmente reconhecido que o acesso dos seres humanos a esse recurso é essencial tanto para a vida como para o seu desenvolvimento.*⁶⁶

O Plano de Ações de Mar del Plata impulsionou a ONU a declarar o período de 1980-1990 como a Década Internacional da Água Potável e do Saneamento. Contudo, isso não produziu o reconhecimento do direito à água como um direito humano no plano da ONU.

A água tornou-se tema central de debates, reuniões, conferências, congressos e fóruns, e serviu de mote para cartas, declarações, resoluções, projetos e, por conseguinte, à criação de grupos de estudo, parcerias, agências e associações. Disso resultou uma série de diretrizes programáticas que, mesmo não tendo força vinculativa, poderiam ter algum efeito prático, por orientarem os Estados na tarefa de efetivar a universalização do fornecimento de água potável aos seres humanos. No mínimo, como exemplo de boa prática de governança pública e correto direcionamento dos escassos recursos disponíveis para a proteção dos vulneráveis.

Em 1992, ocorreu em Dublin a Conferência sobre Água e Meio Ambiente, que serviu de fundamento à Cúpula da Terra. Nesse evento confirmou-se que o acesso à água é um direito humano, nos termos do proclamado princípio quatro:

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

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

No mesmo ano, a Agenda 21,⁶⁷ principal resultado da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento, realizada no Rio de Janeiro, ofereceu aos países as bases para criarem os seus planos⁶⁸ para o enfrentamento dos problemas socioambientais. Focava-se no desenvolvimento sustentável, de forma a envolver governos e sociedade civil, reforçando assim a concepção defendida em Dublin. Em decorrência de um trabalho conjunto de mais de cento e setenta países, ao longo dos dois anos que antecederam a Eco-92, a Agenda 21, nos seus quarenta capítulos,⁶⁹ oferece aos países os eixos para elaborar suas estratégias, com foco no desenvolvimento sustentável, integrando governos e sociedade civil.

Os recursos hídricos ocupam um espaço destacado na Agenda 21, discutidos ao longo do capítulo 18, que tem por título “Proteger a qualidade e suprimento dos recursos de água limpa: aplicação de abordagens integradas ao desenvolvimento, gerenciamento e uso dos recursos hídricos”. A seção dedicada aos recursos hídricos

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

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

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

aborda com atenção os elementos do direito à água: o acesso, a qualidade e a quantidade.⁷⁰

No que diz respeito a uma potencial construção de um direito humano à água e ao saneamento, o documento define, como objetivo geral, no item 18.2, a necessidade de assegurar a oferta adequada de água para toda a população do planeta, o reconhecimento do caráter multissetorial do debate em torno dos recursos hídricos e suas imbricações com decisões de governo preocupadas em alcançar, de maneira equilibrada, o desenvolvimento socioeconômico de uma região ou país, reconhecendo a existência de diversos grupos de interesses e possibilidades de emprego desses recursos:

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

Além de reconhecer a água como elemento essencial para a vida do homem, a Agenda 21 define, no item D — Abastecimento de água potável e saneamento: base para a ação —, que a “[...] oferta de água confiável e o saneamento ambiental são vitais para proteger o meio ambiente, melhorando a saúde e mitigando a pobreza”. Com essa decisão, reforçam-se as premissas do Plano de Ações de Mar del Plata de 1977⁷¹ de que o acesso à água será garantido a todas as pessoas, independentemente de suas condições sociais e econômicas, incorporando, sutilmente, uma visão biocêntrica ao documento.

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

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

71 Capítulo I, Resolução II.

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

A relação do meio ambiente com a vida das pessoas deve ser ponderada para que se defina o espaço de modificação e de preservação — com a perspectiva de um desenvolvimento humano, também encontrado na cultura de proteção das riquezas naturais.⁷²

Um certo nível de intervenção e possível degradação ambiental justifica-se caso associado à melhoria da condição de vida de uma população, impondo-se uma dimensão prospectiva que estime e monitore a expansão desses mesmos efeitos para o futuro.⁷³ É interessante reiterar, essas preocupações estiveram presentes na COP 28, visto que a transição para uma economia verde, para um sistema produtivo de baixo carbono, pode se acelerar, mesmo em países mais pobres, quando existir uma política de compensações robusta — financiada pelos países ou regiões mais ricas, regra

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

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

geral, os que possuem os totais de emissões mais altos do mundo, o caso da China, dos Estados Unidos, da Índia e da União Europeia.

No Brasil, a maior parte das emissões é causada pelo manejo inapropriado da terra, mais especificamente, pela prática do desmatamento ilegal ocorrido no bioma Amazônia. Ou seja, a queima de combustíveis fósseis é menos destacada como um problema no Brasil, pela capacidade instalada e potencialidade para produzir energia limpa, um quadro que é distinto na comparação direta com Estados Unidos, China e Rússia.

No cenário global, a queima de combustíveis fósseis para a produção de energia e materiais é a contribuição mais significativa em termos de emissões de dióxido de carbono (CO₂). E, segundo o Acordo de Paris, os países devem atingir a neutralidade nas emissões de dióxido de carbono (CO₂) em 2050, diminuindo os riscos de uma catástrofe climática.

2.2 Água, Saneamento e Desenvolvimento Sustentável

A partir da Conferência de Dublin sobre Água e Meio Ambiente, realizada em janeiro de 1992,⁷⁴ o tema da água passou a ser abordado pela comunidade internacional dentro da perspectiva do desenvolvimento sustentável. Organizada por algumas das entidades integrantes do sistema da ONU,⁷⁵ a Conferência de Dublin teve por principal objetivo estabelecer uma conexão entre água, desenvolvimento e meio ambiente, adotando implicitamente a fórmula do desenvolvimento sustentável.⁷⁶

A Declaração de Dublin sobre Água e Desenvolvimento Sustentável (1992), aprovada ao final da conferência, sublinhou que

74 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **The Dublin Statement on Water and Sustainable Development**. 26-31 jan. 1992. Disponível em: <http://www.un-documents.net/h2o-dub.htm>. Acesso em: 15 fev. 2023.

75 A conferência foi organizada por entidades e organizações relacionadas à temática da água. Contou com a participação de especialistas designados pelos governos de mais de cem países e representantes de oitenta organismos internacionais, intergovernamentais e não governamentais, incluindo as grandes organizações do comércio mundial da água. SANTOS, Carlos; VALDOMIR, Sebastián; IGLESIAS, Verónica; RENFREW, Daniel. **Aguas en Movimiento: la resistencia a la privatización del agua en Uruguay**. Montevideo: Edição dos autores, 2006, p. 23.

76 DEL CASTILLO, Lilian. **Los Foros Del Agua: Del Mar del Plata a Estambul**. Buenos Aires: CARI — Documentos de trabalho, 2009. Disponível em: <https://www.cari.org.ar/pdf/forosdelagua.pdf>. Acesso em: 20 set. 2020.

a escassez e o uso abusivo da água ameaçam o desenvolvimento sustentável e a proteção do ambiente.⁷⁷ A compreensão de que para haver desenvolvimento econômico é necessário preservar os recursos naturais e assegurar saúde humana, bem-estar, segurança alimentar e desenvolvimento industrial, com base em ações imediatas e eficazes, afirma-se não só como uma demanda presente, mas também futura.

Nas considerações apresentadas pela Organização Mundial de Meteorologia, capitaneadas pelo secretário-geral da Eco-92, Maurice Strong, a questão da água revela a associação entre meio ambiente e desenvolvimento. Afirma que “[...] garantir a todos a necessidade humana fundamental de um abastecimento seguro de água doce de boa qualidade e quantidade suficiente é a mais fundamental das questões do desenvolvimento”.⁷⁸

O conceito foi oficializado, no Princípio 3 da Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento: integrando a Agenda 21, assentou a ideia de que desenvolvimento e conservação do meio ambiente constituem um binômio indissolúvel.⁷⁹ Ademais, serviu de base para que tal princípio fosse internalizado pelos países membros, uma diretriz universal para a proteção do meio ambiente.⁸⁰ Em seguida, no ano de 2004, a França promulgou a Carta

77 Conforme a introdução da Declaração de Dublin: “A escassez e o mau uso da água doce são fatores de grande e crescente risco ao desenvolvimento sustentável e à proteção do meio ambiente. A saúde e o bem-estar, a garantia do suprimento de alimentos, o desenvolvimento industrial e os ecossistemas correspondentes estão todos em risco, a não ser que a água e os recursos naturais sejam gerenciados mais efetivamente na década presente e nas futuras, do que foi feito no passado”. ALEMAR, Aguinaldo. **Geopolítica das Águas: o Brasil e o direito internacional fluvial**. Universidade Federal de Uberlândia. Programa de Pós-Graduação em Geografia, 2006, p. 175.

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

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

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

do Meio Ambiente,⁸¹ voltada à garantia de um desenvolvimento sustentável através de políticas públicas que conciliem proteção e desenvolvimento do meio ambiente, desenvolvimento econômico e progresso social.

Reitera-se, a percepção da água como elemento do conceito fundamental de desenvolvimento sustentável está calcada nos termos dos documentos elaborados na Rio-92.⁸² Esses documentos determinaram o vínculo da satisfação das necessidades de abastecimento suficiente de água de boa qualidade e de saneamento para as presentes gerações, sem prejudicar o futuro, aliando-a à eliminação da pobreza.⁸³

A preocupação, quase exclusiva, com a poluição ambiental da década de 1970 evoluiu para a noção de prevenção, que, no âmbito da água, expressa-se no trinômio *valor econômico, cooperação internacional e gestão dos recursos hídricos*. Destacados pela OMS, entre os perigos dos problemas ambientais que impactam a saúde estão: a escassez de água potável, as estruturas de saneamento inadequadas e o uso irracional dos recursos naturais, especialmente, pela poluição ambiental.⁸⁴

Construídos a partir da Cúpula do Milênio de 2000, os ODM centrados no direito de acesso aos recursos naturais das gerações futuras, já haviam declarado a meta da ONU de, até o ano de 2015, “[...] reduzir para a metade a proporção de pessoas que carecem de acesso sustentável à água potável e saneamento”. Na Declaração Final da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente, a Rio+20, ocorrida em 1992, plantou-se a semente dos ODS, já anunciada no lançamento do esboço da declaração:⁸⁵

Nós reiteramos a crucial importância dos recursos hídricos para o desenvolvimento sustentável, incluindo a erradicação da pobreza e da fome, a saúde pública, a segurança

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

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

83 Agenda 21, capítulo 18.

84 ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE (OMS), *Rapport sur la santé dans le monde*, 1998. Disponível em: <https://www.who.int/whr/1998/fr/>. Acesso em 22 set. 2020.

85 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU), **O Futuro que Queremos**. Disponível em: https://www.pucsp.br/ecopolitica/downloads/meio_ambiente/O_Futuro_queremos_2012.pdf. Acesso em: 22 set. 2020.

alimentar, a energia hidrelétrica, a agricultura e o desenvolvimento rural.

Renovou-se, assim, na Agenda 2030, a meta de universalidade de acesso à água potável e ao saneamento (objetivo seis).

Nessa mesma linha de interpretação, base teórica fundamental para a conformação do PNUD,⁸⁶ destaca-se novamente o pensamento de Amartya Sen, ao considerar que o desenvolvimento deve expandir as liberdades reais, ou seja:

O enfoque nas liberdades humanas contrasta com visões mais restritas de desenvolvimento, como as que identificam desenvolvimento com crescimento do Produto Nacional Bruto (PNB), aumento de rendas pessoais, industrialização, avanço tecnológico ou modernização social. O crescimento do PNB ou das rendas individuais obviamente pode ser muito importante como um meio de expandir as liberdades desfrutadas pelos membros da sociedade. Mas as liberdades dependem também de outros determinantes, como as disposições sociais e econômicas (por exemplo, os serviços de educação e saúde) e os direitos civis (por exemplo, a liberdade de participar de discussões e averiguações públicas).⁸⁷

86 A autora destaca que “[...] a partir de 1990 el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) elabora el índice del Desarrollo Humano con el que trata de captar las distintas variables que sirven para caracterizar la calidad de vida de la población de un país. Para ello se toma el ingreso per cápita, la educación y la esperanza de vida”. RIOS, Nelly Edid. Los Derechos Ambientales. In: TOSI, Jorge Luis. **El Medio Ambiente en el Derecho Comunitario**. Mendoza: Juridicas Cuyo, 2006, p. 274.

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

O Relatório do PNUD 2019 retoma a tônica recorrente e de longe superada da pobreza como barreira para o desenvolvimento humano:

Enquanto muitas pessoas estão a superar os patamares mínimos de progresso em termos de desenvolvimento humano, as disparidades permanecem disseminadas. Nas primeiras duas décadas do século XXI, registou-se um progresso notável na redução das privações extremas, mas as discrepâncias permanecem inaceitavelmente acentuadas num conjunto de capacidades as liberdades necessárias para que as pessoas sejam e façam algo desejável, tal como ir à escola, conseguir um emprego ou ter o que comer. Além disso, o progresso tem passado ao lado de algumas das pessoas mais vulneráveis, mesmo no tocante às privações mais extremas, tanto que o mundo não está em vias de as erradicar até 2030, conforme o apelo dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável.⁸⁸

Deve-se entender a liberdade como “[...] um processo integrado de expansão de liberdades substantivas interligadas”.⁸⁹ Dessa maneira, o desenvolvimento, para realmente fazer sentido diante das preocupações contemporâneas no cenário nacional e internacional, precisa conectar questões econômicas, sociais e políticas — essa é a perspectiva de uma transformação voltada para o agente, alimentando uma cidadania ativa.⁹⁰

O desenvolvimento não pode concentrar-se apenas no estudo da renda *per capita*, mas em uma composição de indicadores que também quantifiquem o desenvolvimento humano — o Índice de Desenvolvimento Humano (IDH).⁹¹ Admite-se sempre a dificuldade

88 PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO (PNUD), **Human Development Report 2019**. Disponível em: http://hdr.undp.org/sites/default/files/hdr_2019_pt.pdf. Acesso em: 22 set. 2020.

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

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

91 Em síntese, o Índice de Desenvolvimento Humano “[...] consiste numa medida que resume os progressos registrados, em média, num determinado país, em três dimensões básicas do desenvolvimento humano: uma vida longa e saudável, conhecimento e um padrão decente de vida” PNUD, **Human Development Report 2019**. Disponível em: http://hdr.undp.org/sites/default/files/hdr_2019_pt.pdf.

de estabelecer, os melhores critérios de análise, considerando a diversidade de itens, com impacto na expansão das capacidades,⁹² um patrimônio que é individual, mas também coletivo.⁹³

Sem descuidar de todos esses aspectos, a Assembleia Geral das Nações Unidas declarou os anos 2018-2028 como a “Década Internacional para a Ação: Água para o Desenvolvimento Sustentável”. Assim, o reconhecimento de um direito à água e ao serviço de esgotamento sanitário deve ser analisado sob a ótica do desenvolvimento sustentável e da gestão dos recursos hídricos, atendendo, de forma prioritária, as necessidades humanas — a um custo que possa ser suportado pelos usuários. Conectados com estes temas estão o serviço de limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos e o serviço de drenagem e manejo das águas pluviais. Esse é o encaminhamento dado pela Lei n. 11.445/2007, o Marco Legal do Saneamento no Brasil.

2.3 Trajetória no Âmbito das Nações Unidas

A Carta Europeia da Água, de 1968, surge para declarar que a água é recurso indispensável à vida humana, o que foi reforçado na Conferência de Mar del Plata, das Nações Unidas, em 1977.⁹⁴

Acesso em: 22 set. 2020.

- 92 Dessa maneira, “[...] a abordagem das capacidades deve se concentrar na vida humana e não apenas em alguns objetos separados da conveniência, como rendas ou mercadorias que uma pessoa pode possuir, que muitas vezes são considerados, principalmente na análise econômica, como o principal critério do sucesso humano”. SEN, Amartya Kumar. **A Ideia de Justiça**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 267.
- 93 O importante é compreender que a “[...] interação entre o desenvolvimento e os direitos humanos exige uma composição de indicadores que demanda estudos adicionais para aperfeiçoamento dos mesmos, tendo em conta a abordagem holística. Não obstante essa constatação, não se pode negar os avanços compreendidos no Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) do PNUD em termos de avaliação do desenvolvimento ao compará-lo com os métodos tradicionais que consideram a renda per capita como único critério. Esse índice deveria ser explorado na elaboração e avaliação de políticas nacionais e internacionais, paralelamente a dados construídos a partir da experiência daqueles que vivem a realidade”. APO-LINÁRIO, Silvia Menicucci de Oliveira Selmi. **Barreiras não tarifárias no comércio internacional e direito ao desenvolvimento**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 506-507.
- 94 Declaração da Conferência das Nações Unidas sobre a Água, em Mar del Plata, na Argentina, no ano de 1977. No documento, entre outras afirmações, consta que “todos os povos, seja qual for o seu estágio de desenvolvimento e as suas condições sociais e econômicas, têm direito a ter acesso à água potável em quantidade e qualidade igual às suas necessidades básicas”. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES

Paralelamente, a Conferência de Estocolmo de 1972⁹⁵ representou o marco dos debates do Direito Internacional do meio ambiente na ONU. Nessa, estabeleceu-se um reconhecimento implícito do direito à água no ambiente internacional.⁹⁶

Em 1980, declarada a Década Internacional da Água Potável e do Saneamento,⁹⁷ a Assembleia Geral das Nações Unidas amplia a consciência sobre a crise da água ante a provável escassez desse recurso natural.

Nos anos de 1990, as reflexões sobre o tema da água no cenário internacional transformam-se, sugerindo novas abordagens. O enfoque inicial — a disponibilidade⁹⁸ (oferta da água, em termos de qualidade e quantidade) e os riscos de escassez hídrica ou estresse hídrico na comunidade internacional — é substituído por preocupações em torno dos processos de gestão desse recurso, das políticas de financiamento e das metodologias em operação, enfatizando a situação dos países em desenvolvimento.

Hoje, pode-se dizer, o direito humano à água e ao serviço de esgotamento sanitário é reconhecido de forma explícita em documentos internacionais, e não apenas nos tratados e nas declarações. A Declaração de Mar del Plata (1977), a Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra as

UNIDAS (ONU). **O Direito Humano à Água e ao Saneamento:** marcos. Disponível em: http://www.un.org/waterforlifedecade/pdf/human_right_to_water_and_sanitation_milestones_por.pdf. Acesso em: 15 fev. 2012.

95 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano**, A/CONF.48/14/Rev.1, Estocolmo, cinco a dezesseis de junho de 1972. Disponível em: <http://www.un-documents.net/unchedec.htm>. Acesso em: 15 fev. 2012.

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

97 ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE (OMS). **Programa de Monitoramento da Água.** Disponível em: http://www.who.int/water_sanitation_health/monitoring/en/. Acesso em: 15 fev. 2012.

98 Apenas para esclarecer o conceito, “[...] o atributo da disponibilidade compreende tanto a disponibilidade de fontes de água quanto a disponibilidade de serviços, em particular infraestrutura, para acesso à água. Para se avaliar a disponibilidade de fontes de água para um dado agrupamento populacional, é necessário considerar as várias possibilidades de mananciais disponíveis, principalmente o manancial subterrâneo freático, ou não confinado; o subterrâneo confinado; o superficial sem acumulação; o superficial com acumulação; e água de chuva. [...] Quanto à disponibilidade dos serviços, devem-se considerar as diversas modalidades de abastecimento de água, incluindo distribuição por rede, instalações comunitárias ou compartilhadas, ou soluções individuais”. HELLER, Léo. **Os Direitos Humanos à Água e ao Saneamento**, Rio de Janeiro: Fiocruz, 2022, p. 97.

mulheres (1979), a Convenção sobre o Direito da Criança (1989), a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos (1981), o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1988) — Protocolo de San Salvador —, a Declaração de Dublin sobre Água e Desenvolvimento Sustentável (1992), a Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (1992) e a Declaração de Joanesburgo sobre Desenvolvimento Sustentável (2002) são todos documentos que confirmam a existência de um direito humano à água.

Porém, a Conferência de Dublin e a Cúpula da Terra no Rio de Janeiro, realizadas em 1992, acrescentaram uma abordagem econômica. A água passa a ser também considerada um bem econômico — a mesma linha argumentativa incorporada pelos fóruns mundiais da água nas suas diferentes edições. Compreendendo-se as diferenças de abordagem, as resoluções produzidas pela Organização das Nações Unidas — em particular, a A/RES/64/292, A/HRC/RES/15/9, A/HRC/RES/16/2, A/HRC/RES/18/1 e A/RES/70/169 — têm como núcleo reconhecer a existência de um direito humano de acesso à água potável e ao serviço de saneamento, muito embora sejam exemplos de *soft law*.

Diante dos poucos avanços e da necessidade de alcançar a concretização do princípio da universalidade, a Assembleia Geral da ONU voltou a declarar mais uma década para a água: 2005-2015, período da ação “Água, fonte de vida”, caminhando em consonância aos ODM, em especial o de número dezenove, que orientava para, até 2015, reduzir pela metade o número de pessoas sem acesso à água potável.

Com objetivos semelhantes, a declaração da ONU para o Dia Mundial da Água de 2010 expressa que a água potável limpa, segura e adequada é vital à sobrevivência de todos os organismos e ao funcionamento dos ecossistemas, das comunidades e das economias.

Essas manifestações refletem uma recente diretriz internacional de que, para a realização de direitos fundamentais, é imprescindível que os Estados garantam o direito humano à água. Reitera-se, o serviço de esgotamento sanitário, a destinação correta dos resíduos para rotas tecnológicas ou a disposição para os aterros licenciados, são também ferramentas importantes para a preservação da qualidade dos nossos mananciais.

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

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

Encontra-se um fundamento jurídico do direito humano à água, de forma implícita e explícita, em tratados e declarações internacionais — o que garante a existência de instâncias de tutela supranacional desse direito.⁹⁹ Atualmente, inúmeros Estados reconhecem tal direito na esfera interna, o que também pode ser ampliado para as demais variáveis de serviços que compõem o conceito de saneamento básico, em sua versão moderna e ampliada.

Coube ao Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA) arregimentar os países membros para a efetivação das metas do milênio. As deliberações produzidas em Joanesburgo (2002) não desencadearam o esperado conjunto de ações visando à implementação de políticas públicas voltadas ao cumprimento de uma espécie de meta internacional em matéria de saneamento — o que precipitou, em 2005, uma revisão dessas metas.

Admitindo-se, mais uma vez, a necessidade de cooperação internacional, de uma ação solidária em relação aos Estados com déficit de desenvolvimento, perante os riscos de fracasso do PNUD, formou-se a certeza de que era preciso combinar política de financiamento com o surgimento (ou reconfiguração) de um sistema

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

judicial eficaz.¹⁰⁰ Com essas motivações, a ONU elencou 2008 como o Ano Internacional do Saneamento, um novo marco para a retomada desse processo.

Após o fechamento e a avaliação das metas alcançadas a partir dos ODM para 2015, essas foram retomadas e ampliadas em novas ações, traçadas agora até 2030, por meio dos ODS, trabalho iniciado na Declaração Final da Conferência das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável — Rio+20. Apresentada na 69ª Assembleia Geral da ONU,¹⁰¹ em agosto de 2015, a Agenda 2030 foi aprovada no mês seguinte na Cúpula das Nações Unidas para o Desenvolvimento Sustentável. Com dezessete objetivos e cento e sessenta e nove metas, comporta um conjunto de programas, ações e diretrizes que orientarão os trabalhos da ONU e de seus países membros, voltados à implantação de um desenvolvimento sustentável. Também traz um guia para acompanhamento e revisão constante do documento.

Conforme já destacado, os ODS dedicaram seu *sexto objetivo* exclusivamente ao tema da água e do saneamento básico, visando assegurar a disponibilidade e gestão sustentável da água e do saneamento a todas as pessoas. Para tanto, fixaram-se metas, dirigidas aos Estados membros, calcadas na grande finalidade de “alcançar acesso universal e equitativo à água potável, segura e acessível”, que norteiam as demais. Se em 2015 planejava-se o alcance de 50% da população ainda sem acesso à água potável, para 2030 dirige-se aos governantes a adoção de políticas graduais na intenção de atingir 100% das pessoas: o tão almejado princípio da universalidade de acesso à água potável e ao saneamento (ou esgotamento sanitário).

No ponto, a análise dos ODS permite identificar a distinção entre o tema do saneamento básico no debate internacional e o modo como a legislação brasileira trata a matéria. O *sexto objetivo* trata do acesso à água limpa e ao saneamento básico, mas, parece não dividir a sua atenção com o setor dos resíduos sólidos e da drenagem urbana. Isso ocorre, visto que no contexto internacional existe um campo próprio para o abastecimento de água potável e o

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

101 Disponível em: http://www.un.org/fr/documents/view_doc.asp?symbol=A/69/L.85. Acesso em 04 abr. 2017.

serviço de esgotamento sanitário. Não quer dizer que o debate em torno dos resíduos sólidos e drenagem urbana não desperte preocupações na ONU, senão que são tratados em lugares diferentes.

O serviço de limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos está mais presente no *décimo segundo objetivo*, quando se valoriza as preocupações com o consumo e a produção responsável (e as alternativas para o descarte correto de resíduos e rejeitos). O tema da drenagem urbana, por sua vez, é encontrado no *nono objetivo*, quando se sublinha a demanda por maiores investimentos em infraestrutura urbana, seja infraestrutura cinza ou verde.

Quanto às metas do *décimo segundo objetivo* referente ao tema dos resíduos sólidos, é interessante perceber como diversos enfoques propostos pela ONU já foram acolhidos, pelo menos no âmbito legal, na Lei n. 12.305/2010. Exemplo disso é o maior controle (e a conscientização) na geração de resíduos, a partir de estratégias que envolvam a redução, reciclagem e o reúso, tópico abordado, por exemplo, no art. 15, inciso III, da Lei n. 12.305/2010 (e Decreto Federal n. 10.936/2022).¹⁰² As metas do *nono objetivo* evidenciam a preocupação com o investimento em uma infraestrutura *urbana* preparada para os desastres relacionados com a crise climática. A estruturação de sistemas de drenagem urbana e de manejo de águas pluviais, nessa linha, tem um papel central no controle dos danos potenciais de desastres em zonas urbanas.

De modo a acompanhar os objetivos, a cada meta foram impostos indicadores específicos.¹⁰³ Para o ODS 6, estabeleceram-se seis metas e onze indicadores globais de acompanhamento dos objetivos, classificados conforme a clareza e facilidade de acesso aos dados. Por isso, na redação mais atual, a Lei n. 11.445/2007, no art. 11-B discrimina as metas para a universalização dos serviços de água e esgoto:

102 “Art. 15. A União elaborará, sob a coordenação do Ministério do Meio Ambiente, o Plano Nacional de Resíduos Sólidos, com vigência por prazo indeterminado e horizonte de 20 (vinte) anos, a ser atualizado a cada 4 (quatro) anos, tendo como conteúdo mínimo: [...] III - metas de redução, reutilização, reciclagem, entre outras, com vistas a reduzir a quantidade de resíduos e rejeitos encaminhados para disposição final ambientalmente adequada;”

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

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).

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

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

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

§ 2º Contratos firmados por meio de procedimentos licitatórios que possuam metas diversas daquelas previstas no caput deste art., 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 art., incluídas as seguintes: (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020)

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

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

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

§ 3º As metas de universalização deverão ser calculadas de maneira proporcional no período compreendido entre a assinatura do contrato ou do termo aditivo e o prazo previsto no caput deste art., de forma progressiva, devendo ser antecipadas caso as receitas advindas da prestação eficiente

do serviço assim o permitirem, nos termos da regulamentação. (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020)

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

§ 5º O cumprimento das metas de universalização e não intermitência do abastecimento, de redução de perdas e de melhoria dos processos de tratamento deverá ser verificado anualmente pela agência reguladora, observando-se um intervalo dos últimos 5 (cinco) anos, nos quais as metas deverão ter sido cumpridas em, pelo menos, 3 (três), e a primeira fiscalização deverá ser realizada apenas ao término do quinto ano de vigência do contrato. (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020)

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

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

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

Note-se que existe realmente uma metodologia baseada nas metas e em suas métricas no *Novo Marco Legal do Saneamento*, detalhadas posteriormente nos atos normativos de caráter infralegal



— incluindo aqui o Plansab e o Planares —, na busca por um patamar de eficiência para contratos de programa e contratos de concessão. Além de condicionar a continuidade dos vínculos, evitando os riscos de caducidade, quando se consegue comprovar entregas gradativas, que tragam consigo valor público, seja nos contratos de programa vigentes, seja em relação aos contratos de concessão.

Em 2015, a Assembleia Geral da ONU retomou e, em parte, aprimorou a resolução sobre o direito humano à água e ao saneamento, que foi a primeira a reconhecer o direito à água e ao serviço de esgotamento sanitário como um direito humano. A resolução A/RES/70/169¹⁰⁴ ampliou os termos a direitos fundamentais, integrantes do direito a um nível adequado de vida, essenciais ao pleno exercício do direito à vida e de todos os direitos humanos. No texto dessa recomendação aos Estados membros, dirigida também à sociedade civil e ao setor empresarial, o conceito de direito à água potável é compreendido como o direito humano que “deve permitir a cada um ter acesso, sem discriminação, fisicamente e a um custo razoável, a um abastecimento suficiente de água saudável e de qualidade aceitável para os usos pessoais e domésticos”.

Em suma, pode-se dizer que, no âmbito das Nações Unidas, o direito à água¹⁰⁵ e ao serviço de esgotamento sanitário¹⁰⁶ foi

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

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

106 E, de fato, “[...] o direito à água claramente pertence a uma categoria de garantias

assimilado como um componente implícito para a realização de direitos fundamentais: quando as pessoas veem negado o seu acesso à água potável no lar, ou não têm acesso à água potável enquanto recurso produtivo, as suas escolhas e liberdades são limitadas¹⁰⁷.

Nesse processo, destaque especial deve ser dado novamente à declaração de direitos humanos contra a discriminação das mulheres¹⁰⁸ e ao tratado dos direitos das crianças.¹⁰⁹ Mesmo que remontem às décadas de 1980 e 1990 e representem a posição internacional daquele período, merecem ênfase dentro das perspectivas de construção gradativa de um direito humano à água no cenário da ONU.¹¹⁰ As mulheres e as crianças são, ao redor mundo,

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

107 Dentre outros aspectos, a acessibilidade econômica é um ponto de preocupação permanente para a efetivação da política pública de saneamento. É preciso equilibrar sustentabilidade econômico-financeira e acessibilidade, ou seja, "[...] as tarifas devem ser definidas de tal maneira que os mais desfavorecidos dentre aqueles com residências ligadas a serviços públicos formais recebam a assistência de que precisam. É necessário também assegurar que o investimento e os subsídios públicos alcancem os indivíduos e comunidades mais marginalizados e desfavorecidos, que muitas vezes não estão (ainda) ligados a uma rede formal, que podem estar morando em assentamentos informais sem qualquer título formal, ou em áreas rurais remotas onde o autoabastecimento é comum e que são frequentemente negligenciados ou deliberadamente ignorados na atual formulação de políticas e planejamento". HELLER, Léo. **Os Direitos Humanos à Água e ao Saneamento**, Rio de Janeiro: Fiocruz, 2022, p. 417.

108 "Art. 14 [...] 2. Os Estados-Partes adotarão todas as medidas apropriadas para eliminar a discriminação contra a mulher nas zonas rurais a fim de assegurar, em condições de igualdade entre homens e mulheres, que elas participem no desenvolvimento rural e dele se beneficiem, e em particular as segurar-lhes-ão o direito a: [...] h) gozar de condições de vida adequadas, particularmente nas esferas da habitação, dos serviços sanitários, da eletricidade e do abastecimento de água, do transporte e das comunicações." ONU. **Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra as mulheres**. Adotada em 18 de dez. de 1979, entrou em vigor em 03 de set. de 1981.

109 Adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas, por meio da Resolução n. 44/25 de 20 de nov. de 1989, entrou em vigor em 02 de set. de 1990. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/convencao-sobre-os-direitos-da-crianca>. Acesso em: 22 set. 2020.

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



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

Um estudo publicado pelo Instituto Trata Brasil em 2018 demonstrou que as mulheres são as mais prejudicadas com a carência de saneamento. Por desempenharem trabalhos domésticos três vezes mais que os homens, tornam-se “as mais afetadas quando membros da família adoecem como resultado da inadequação de acesso à água e à higiene”.¹¹¹ Isso atinge desde o seu bem-estar quanto suas atividades produtivas alheias aos trabalhos domésticos. Em resumo, o estudo conclui que “a universalização do saneamento teria um impacto maior entre as mulheres que entre os homens”.¹¹²

Igualmente grave é o caso das crianças ou carenciados com algum tipo de restrição física ou mental, pois suas fragilidades, em muitas ocasiões, são multiplicadas em um ambiente inadequado, mesmo quando se está pensando (ou tolerando) uma infraestrutura mínima, que garanta a existência com alguma dignidade.

Os países precisam esforçar-se muito mais para assegurar que nenhuma criança seja privada do direito de acesso a serviços de saúde eficazes e ao fornecimento de alimentos nutritivos e de água potável, tendo em consideração os perigos da poluição do ambiente.¹¹³ Também são esses grupos os mais atingidos por morarem em áreas próximas de lixões ou aterros controlados (e ilegais), ou por estarem submetidos a falta de planejamento nas infraestruturas públicas de drenagem urbana e manejo de águas pluviais.

2.4 Fóruns Mundiais da Água e a Visão Hegemônica

Em 1996, criou-se o Conselho Mundial da Água (CMA), entidade internacional de caráter não governamental, que conta com a participação de empresas transnacionais do setor de abastecimento e

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

112 Ibidem, p. 48.

113 Art. 24, 2, “c”.

saneamento, organismos internacionais — como o Banco Mundial e o Fundo Monetário Internacional —, fundos de financiamento públicos e privados,¹¹⁴ universidades e centros de pesquisa. Ainda que se discuta a legitimidade do CMA no Direito Internacional, seus eventos e suas resoluções têm influenciado, cada vez mais, a construção de políticas internas de recursos hídricos.

O CMA liderou o compromisso de fortalecer a gestão dos recursos hídricos mundiais, algo que se pode identificar nos objetivos enumerados no art. 2º, em seu documento de constituição, com destaque para o item 3: “Reunir os interessados e promover a implementação de medidas eficazes relacionadas com a política e estratégias de água em todo o mundo”.¹¹⁵

Como missão, o Conselho Mundial da Água busca:

*Mobilizar a ação em questões críticas da água em todos os níveis, incluindo o mais alto nível de tomada de decisão, pelo engajamento das pessoas no debate e pelo desafio do pensamento convencional. O Conselho foca nas dimensões políticas da segurança, adaptação e sustentabilidade da água.*¹¹⁶

Para atingir esse objetivo, o CMA tem, historicamente, incentivado a diminuição da responsabilidade do setor público pela

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

115 “The objectives of the Council are: 1. to identify critical water issues of local, regional and global importance on the basis of ongoing assessments of the state of water; 2. to raise awareness about critical water issues at all levels of decision making, from the highest authorities to the general public; 3. to bring together stakeholders and promote the implementation of effective water-related policies and strategies worldwide; 4. to provide advice and relevant information to institutions and decision-makers on the development and implementation of policies and strategies for sustainable water resources management, with due respect for the environment and social and gender equity; and 5. to contribute to the resolution of issues related to transboundary Waters”. **WORLD WATER COUNCIL**. Tradução nossa. Disponível em: <http://www.worldwatercouncil.org>. Acesso em 15 jan. 2012.

116 “The World Water Council is an international multistakeholder platform organization whose mission is to mobilize action on critical water issues at all levels, including the highest decision-making level, by engaging people in debate and challenging conventional thinking. The Council focuses on the political dimensions of water security, adaptation and sustainability”. Ibidem.

prestação dos serviços de saneamento e abastecimento de água para dar lugar a processos de desestatização desses serviços. Como responsável pela organização dos fóruns mundiais da água, eventos trienais que debatem os recursos e o saneamento básico, o conselho fortalece neles sua compreensão de que a água, essencial à sobrevivência dos indivíduos, é também uma oportunidade para a abertura de novos mercados.

O I Fórum Mundial da Água ocorreu em 1997, na cidade de Marrakech. Com o tema “Água: patrimônio comum da humanidade”, identificou-a como uma necessidade básica, a ser acessada por meio de um sistema de gerenciamento e de uso eficiente, estimulando a parceria entre governos e sociedade civil¹¹⁷ — a tese da gestão compartilhada e a sua utilização eficaz.¹¹⁸ Ao final do encontro, foi produzida a Declaração de Marrakech, que reitera a importância da construção de uma política hídrica internacional, nos seguintes termos:

*[...] a urgente necessidade de uma melhor compreensão de todas as complexas particularidades — qualitativas e quantitativas, políticas e econômicas, legais e institucionais, educacionais e ambientais — que precisam ser consideradas para o lançamento de uma política hídrica para o próximo milênio.*¹¹⁹

Esse evento e a Conferência sobre a Água e o Desenvolvimento Sustentável de 1998, realizada em Paris, representam a inserção de novas tensões a respeito da gestão da água: o seu financiamento público e privado¹²⁰ e a definição de metas de universalização do acesso.¹²¹ Ambos já expressam os estudos e os objetivos do CMA,

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

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

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

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

121 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU), *Objetivos de Desenvolvimento do Milênio*, 2010. Disponível em: <http://www.un.org/fr/millenniumgoals/>. Acesso em: 22 set. 2020.

que adota como orientação, ante a alegada ineficiência do poder público nos diferentes continentes, a gestão da água por entidades não governamentais. As teses defendidas naquele momento culminaram na construção de uma Visão Mundial da Água para o Século XXI orientada para a adoção de metas de desenvolvimento sustentável e a ampliação da participação privada no setor.

Realizado em Haia no ano 2000, o II Fórum Mundial da Água, intitulado “A Visão da Água para o Futuro”, ao dar continuidade aos debates sobre gestão eficiente, discutiu as parcerias público-privadas e a privatização como solução para a crise mundial da água. Nesse evento, o CMA estabeleceu princípios para a segurança da água no século XXI, dentre os quais se destacam: satisfazer as necessidades fundamentais; garantir o abastecimento alimentar; proteger os ecossistemas; dividir os recursos hídricos; gerir os riscos; valorizar a água; e, por fim, gerir a água de maneira responsável.¹²²

O III Fórum Mundial da Água, sucedido em 2003, no Japão, acrescentou um novo elemento à política mundial da água: o financiamento dos sistemas de água como o problema principal da gestão hídrica e a necessidade de mobilização de todas as fontes de financiamento como solução.¹²³ Da declaração produzida ao final do evento, fortaleceu-se a concepção de que a água é elemento de propulsão do desenvolvimento sustentável e que sua gestão deve ser descentralizada e integrada, fundada em ações nacionais e internacionais, sempre com base na cooperação global.¹²⁴

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

123 “Se deben recaudar fondos mediante la adopción de criterios de recuperación de costos que se adapten a las condiciones climáticas, medioambientales y sociales del lugar, y al principio del ‘contaminador paga’, prestando debida consideración a los sectores sociales más pobres. Todas las fuentes de financiamiento, tanto públicas como privadas, nacionales e internacionales, deben ser movilizadas y utilizadas del modo más eficaz y eficiente posible.” WORLD WATER COUNCIL. **Declaração Ministerial do III Fórum Mundial da Água**. Disponível em: <https://www.worldwatercouncil.org/en/kyoto-2003>. Acesso em 20 set. 2020.

124 “1. A convicção de que a água é uma força propulsora para o desenvolvimento sustentável, incluindo aí a integridade ambiental e a erradicação da pobreza, indispensáveis para a saúde humana e seu bem-estar; 2. A decisão de promover o manejo integrado dos recursos hídricos; 3. O reconhecimento de que a situação da água no planeta varia de região para região, o que implica uma atitude nacional e internacional direcionada para as necessidades locais; 4. O reconhecimento de que é fundamental a cooperação entre os países ribeirinhos relacionada aos cursos d’água situados em regiões de fronteira e os transfronteiriços, visando ao manejo sustentável dos recursos hídricos e, conseqüentemente, benefícios mútuos;

Costuma-se dizer que os serviços atinentes à água — captação, purificação, distribuição, conservação e tratamento — devem ser administrados de forma racional e sustentável por meio da justa remuneração do investimento. Com isso, almeja-se a redução dos desperdícios e o combate à poluição. No Brasil, a Lei n. 11.445/2007, no art. 2º, inciso XII, destaca como princípio fundamental, a “[...] integração das infraestruturas e dos serviços com a gestão eficiente dos recursos hídricos”, e no inciso VII, “[...] eficiência e sustentabilidade econômica” surgem com qualidades esperadas dos projetos de investimento neste setor. No art. 29, § 1º, inciso VI, para o serviço de abastecimento de água e esgotamento sanitário, assim como drenagem e manejo de águas pluviais, a instituição de taxas, tarifas ou preços públicos observarão, dentre outras diretrizes: “[...] remuneração adequada do capital investido pelos prestadores dos serviços”.

Havia, na época, o objetivo de difundir uma consciência mundial sobre a importância da proteção desses recursos naturais e de seu uso sustentável, dentro de um modelo de gestão que proteja essa abordagem — com ações em nível local, nacional e internacional. Aprovada durante o III Fórum Mundial da Água, a Declaração Ministerial do Lago Biwa e do Rio Yodo,¹²⁵ reconhecida pela ONU, adota nos seus princípios gerais a máxima importância das políticas de governo, do desenvolvimento econômico e dos financiamentos para o sucesso dos empreendimentos. Nessa linha de raciocínio, as partes que firmam a Declaração Ministerial garantem que irão explorar toda a gama de mecanismos de financiamento ofertados, incluindo a participação do setor privado.

O evento “Ações Locais para um Desafio Global”, IV Fórum Mundial da Água, foi sediado no México. Considerando suas motivações, centrou os debates na intenção de privilegiar o valor do

[...] 8. O compromisso de esforçar-se para atingir as metas de desenvolvimento do milênio, entre elas a de reduzir pela metade, até 2015, o número de pessoas sem acesso à água potável; 9. A decisão de encorajar o investimento, a pesquisa, o desenvolvimento e a cooperação internacional para o progressivo avanço de melhores técnicas de utilização da água na agricultura; 10. A convicção de que para garantir o fornecimento de água de boa qualidade, é necessário proteger e usar de maneira sustentável os ecossistemas que naturalmente capturam, filtram, armazenam e fornecem água, como os rios, áreas úmidas, florestas e solos.” UNEP. **Declaração Ministerial do III Fórum Mundial da Água**. Disponível em: <http://www.unep.org/geo/geo3/french/274.htm>. Acesso em: 20 set. 2020.

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

conhecimento e as experiências locais como fator-chave no exercício da formulação de políticas hídricas, assim como promover o diálogo entre os setores responsáveis pelas políticas de água e os diferentes usuários. Da declaração produzida ao final do encontro, destacam-se as seguintes questões:

[...] 2 — Reafirmou-se o compromisso para alcançar os objetivos acordados no âmbito internacional sobre a gestão integrada dos recursos hídricos (GIRH), o acesso à água potável e saneamento básico, acordados na Agenda 21, a Declaração do Milênio e o Plano de Aplicação de Johannesburgo (PIJ).

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

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

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

7 — Afirmou-se o importante papel que desempenham os parlamentares e demais autoridades locais em diversos países para incrementar o acesso sustentável aos serviços de água e saneamento, assim como para apoiar a gestão integrada dos recursos hídricos. Reconheceu-se, ademais, que uma eficiente colaboração com e entre estes atores é um fator-chave para enfrentar os desafios e alcançar as metas em matéria de água.¹²⁶

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

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

superando divisões que colocam em confronto os usuários e os Estados, o local e o global, o presente e o futuro, o público e o privado. Para tanto, produziram-se recomendações para pôr fim às disputas acerca da água, e medidas para evitar inundações, escassez e poluição de rios e lençóis freáticos. Além disso, as discussões travadas em Istambul esclareceram os papéis complementares dos diversos setores e enfatizaram as prioridades para aprimorar as políticas de Estado e as instituições privadas nesse processo.¹²⁷ Todavia, na Declaração Ministerial de Istambul, não se decretou a água como um direito humano e fundamental, algo bastante demandado pelas comunidades que participaram do evento.¹²⁸

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

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

(CS.1) A ausência de um projeto universal de “boa governabilidade no setor da água” impulsiona a propositura de soluções concretas e mensuráveis para criar condições de sucesso em termos de (i) governabilidade e instituições públicas efetivas, (ii) gestão integrada e (iii) melhoria integrada e transparente no setor da água. Esse é o norte para o grupo conceber no IV Fórum um plano de ações realista.

(CS.2) Financiamento da água para todos de forma que daqui 2015: (i) muitos países conheçam e apoiem o conceito de planejamento financeiro estratégico para fornecimento de água e saneamento, (ii) muitos países aloquem recursos financeiros para atingir sua planificação financeira

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

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

estratégica, (iii) países inscrevam nas suas políticas de água a recuperação sustentável dos custos de gestão da água, (iv) transferência da competência da água e do saneamento para as autoridades locais.¹²⁹

Em março de 2015, mesmo ano no qual a Assembleia Geral das Nações Unidas reafirmou por meio de resolução o direito humano à água potável e ao saneamento, realizou-se o VII Fórum Mundial da Água nas cidades de Daegu e Gyeongju, Coreia do Sul, com a proposição “Água para Nosso Futuro”.¹³⁰ Há um início de caminhar conjunto, reafirmando os compromissos assumidos pelos Estados no âmbito da ONU, porém, com afirmações tímidas, de gradatividade da garantia desses direitos e de cooperação com agências e instituições financeiras públicas e privadas.

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

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

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

129 Fórum Mondial de l'Eau. Disponível em: <http://www.worldwaterforum6.org/fr/ac-cueil/?id=1&L=1>. Acesso em: 22 set. 2020.

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

[...] a segurança hídrica não é determinada pelo volume de água disponível em uma área, mas sim pela robustez das instituições, a eficiência dos quadros jurídicos e reguladores, as formas como são aplicados os instrumentos de política e os recursos financeiros disponíveis. Formas inovadoras de gestão e soluções de políticas são necessárias, mas também o são as abordagens e diálogos locais. Não se deve esquecer que os usos e a gestão da água feitas por populações tradicionais podem ampliar o escopo de soluções para a segurança hídrica. Se a segurança hídrica é um caminho que conduz à realização dos ODS, é importante reconhecer a interdependência das políticas públicas em diferentes domínios e a necessidade de envolver todos os usuários de água na governança.¹³¹

A política internacional dos recursos hídricos no âmbito do Conselho Mundial da Água orienta-se a partir de bases claras: gestão eficiente, integrada, descentralizada e estratégica da água e do saneamento, fomentada por financiamento, conhecimento e participação de empresas privadas com um custo razoável e sustentável, fortalecendo o direito de acesso à água inserido nas premissas do direito econômico. Esse discurso aproxima-se das linhas gerais do *Novo Marco Legal do Saneamento*, principalmente com as alterações observadas na Lei n. 9.884/2000 e na Lei n. 11.445/2007, referências obrigatórias para o setor no Brasil.

O fortalecimento na arena internacional do princípio de gestão integrada da água, fundada em financiamento privado, tem por marco inicial a atuação da *Global Water Partnership* (GWP) ou Parceria Mundial pela Água — fundada em 1996 por iniciativa do Banco Mundial, do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) e da Agência Sueca para o Desenvolvimento.

Seu principal objetivo era promover a integração dos recursos hídricos, por intermédio de “desenvolvimento coordenado e gestão da água, da terra e dos recursos relacionados para maximizar o bem-estar econômico e social sem comprometer a sustentabilidade dos sistemas ambientais vitais” (tradução nossa).¹³² Logo,

131 CONSELHO MUNDIAL DA ÁGUA. **8º Fórum Mundial da Água**: Destaques. Disponível em: http://www.adasa.df.gov.br/images/noticias/05-12-2018/Destaques_8_Forum_mundial_agua.pdf. Acesso em: 21 jun. 2021.

132 “[...] integrated water resources management (IWRM) which is defined as the coordinated development and management of water, land, and related resources in order to maximise economic and social welfare without compromising

focava a descentralização da gestão dos serviços através da ação conjunta de diversos atores — fundos privados de financiamento, empresas multinacionais do setor da água, entre outros.¹³³

Uma das funções desempenhadas pela GWP foi a de definir a Gestão Integrada dos Recursos Hídricos como o conceito-chave a ser adotado pelas políticas empreendidas nos diferentes territórios. A Lei n. 11.445/2007, na sua última versão, dialoga com essa vontade de atrair recursos privados para uma reformulação do serviço público de saneamento básico no Brasil, o que não impede a sobrevivência das companhias estaduais, mas cria um ambiente hostil para os traços mais característicos da cultura do Planasa.

Tal posição fortaleceu-se na Conferência sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (Rio+20), em 2012.¹³⁴ O serviço de saneamento, um dos desdobramentos da gestão da água, ganhou um destacado espaço na ocasião. Compreende-se pela:

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

the sustainability of vital environmental systems.” GLOBAL WATER PARTNERSHIP (GWP). History. **GWP**, Online. Disponível em: <http://www.gwp.org/en/About-GWP/History/>. Acesso em: 20 mar. 2012.

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

134 O esboço do documento internacional incorpora explicitamente as noções de gestão integrada, sustentável e compartilhada: “69. Nós renovamos nosso compromisso firmado no Plano de Implementação de Joanesburgo (JPOI) com relação ao desenvolvimento e à implementação de gerenciamento integrado de recursos hídricos e planos de eficiência hídrica. Nós reafirmamos nosso compromisso com a Década Internacional 2005-2015 para a Ação Água para Vida. Nós encorajamos as iniciativas de cooperação para gerenciamento de recursos hídricos em particular através do desenvolvimento de capacidade, da permuta de experiências, das melhores práticas e lições aprendidas, assim como o compartilhamento de sólidas tecnologias e know-how ambientalmente apropriados”. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU), **O Futuro que Queremos**, A/CONF.216/L.1, Rio de Janeiro, vinte e vinte e dois de junho de 2012 Disponível em: http://www.rio20.gov.br/documentos/documentos-da-conferencia/o-futuro-que-queremos/at_download/the-future-we-want.pdf. Acesso em: 22 set. 2020.



A ONU declarou os anos de 2018 a 2028 como a “Década Internacional para a Ação: Água para o Desenvolvimento Sustentável”, no intuito de impulsionar os países que se comprometeram com os ODS para dar acesso à água potável e ao serviço de esgotamento sanitário a todas as pessoas, até 2030. Quanto ao Brasil, como se destacou outras vezes, metas ambiciosas estão projetadas para o ano de 2033 e, excepcionalmente, até 2040, visto que, “[...] Quando os estudos para a prestação regionalizada apontarem para a 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” (Lei n. 11.445/2007, art. 11-B, § 9º).

A Lei n. 11.445/2007, com as alterações determinadas pela Lei n. 14.026/2020, assenta que a integração das infraestruturas e o foco na prestação regionalizada tende a oferecer economia de escala e de escopo para o equilíbrio das operações. Assim consta no art. 2º, inciso XIV, da referida lei, quando são apresentados os princípios fundamentais que direcionam a prestação do serviço público de saneamento básico no Brasil, em especial:

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

Um sistema integrado de gerenciamento dos recursos hídricos (compreendido o fornecimento de água de qualidade e o esgotamento sanitário) deve ser descentralizado, participativo e compartilhado, pautado em padrões de eficiência e uso racional do recurso natural.

Por fim, o IX Fórum Mundial da Água, que ocorreu em Dacar, Senegal, no ano de 2022, centrou no seguinte conteúdo: “Segurança Hídrica para a Paz e o Desenvolvimento”; com quatro prioridades: segurança hídrica e saneamento; água para o desenvolvimento rural; cooperação; meios e ferramentas, incluindo desafios cruciais de financiamento, governança, gestão de conhecimento e inovação. Nas suas conclusões, o “Acordo Azul”, reforça a importância de buscar o acesso universal à água e saneamento, com garantia de

financiamento, governança inclusiva e estruturas legislativas adequadas. Estados resilientes, diante das alterações climáticas e de equilíbrios demográficos é um ponto de atenção também.¹³⁵

2.5 Patrimonialização do Direito ao Saneamento

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

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

Considerar o direito de acesso à água potável e ao serviço de esgotamento sanitário como parte integrante do catálogo de direitos humanos, em tese, facilita sua concretização, não apenas

135 Em síntese, é considerado prioridade: garantir o direito à água e saneamento para todos; garantir a disponibilidade dos recursos e resiliência; assegurar um financiamento adequado; garantir a governança inclusiva da água e reforçar a cooperação. Documento recente que também merece destaque, dialogando diretamente com o tema do saneamento básico em sentido amplo é Relatório do Banco Mundial de 9 de maio de 2023, que propõe novo modelo de desenvolvimento para a Amazônia Brasileira – combinando produtividade urbana e rural e proteção florestal (o que depende de intervenção efetivas de comando e controle). A publicação “Equilíbrio Delicado para a Amazônia Legal Brasileira: um Memorando Econômico” organiza essa linha de pensamento. Dacar, Senegal, **IX Fórum Mundial da Água**, World Water Council, “Um Acordo Azul” pela Segurança Hídrica e Saneamento para a Paz e o Desenvolvimento, 2022.

em razão das alternativas oferecidas pela possibilidade de tutela judicial,¹³⁶ mas, principalmente, pelo *status* que se alcança nesse momento.

O debate que tem o serviço de saneamento básico como política pública prioritária na medida em que sua transversalidade dialoga com o direito à saúde, à moradia e ao trabalho, também guarda relação com a transição para uma economia verde. No Brasil, cerca de 33 milhões de pessoas não tem acesso à água potável e algo em torno de 100 milhões não são beneficiadas pelo serviço de coleta e tratamento de esgoto, o que está distante do estabelecido pela ODS 6 da ONU como metas estipuladas para 2030 — apenas para exemplificar:

6.1 Até 2030, alcançar o acesso universal e equitativo à 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.

A Declaração de Dublin sobre Água e Desenvolvimento Sustentável, aprovada ao final da conferência, sublinhou que a escassez e o uso abusivo da água doce delineavam crescente e séria ameaça para o desenvolvimento sustentável e a proteção ambiental. Redigida pela ONU em 22 de março de 1992, Dia Mundial da Água, a Declaração Universal dos Direitos das Águas introduz, no seu primeiro princípio, a água como patrimônio do planeta,¹³⁷ todavia,

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

137 Declaração Universal dos Direitos da Água, art. 6º. Também, no art. 9º: “[...] A gestão da água impõe um equilíbrio entre os imperativos de sua proteção e

deixa claro que o conceito adotado é o mesmo da Convenção de Dublin, divulgado dois meses antes: “[...] Princípio 6 — A água não é uma doação gratuita da natureza; ela tem um valor econômico: precisa-se saber que ela é, algumas vezes, rara e dispendiosa e que pode muito bem escassear em qualquer região do mundo”.

Na Declaração Ministerial aprovada no II Fórum Mundial da Água, em Haia, no ano de 2000, ficou demarcada a posição de que “somente a fixação de um preço de mercado aferindo o custo total dos serviços fornecidos poderá assegurar o equilíbrio entre a oferta e uma procura em acentuado crescimento”. Aqui, reforça-se a ideia de atribuir-se um valor à água, reconhecer a sua dimensão econômica, social, ambiental e cultural, determinando para os seus serviços conexos uma mensuração que realmente reflita os seus custos. A ONU incorporou a teoria da *Tragedy of the Commons*, elaborada no ano de 1968 por Garrett Hardin. Segundo o autor, é mais eficiente o controle dos bens públicos por agentes privados, numa situação de escassez, “[...] já que os bens comuns são de livre acesso e, portanto, expostos a uma acelerada degradação, e os bens públicos são geridos irresponsavelmente”.¹³⁸ Obviamente que essa afirmação suscita muita controvérsia, e não pode servir como regra geral aplicável para todos os casos.

O VIII Fórum Mundial da Água, por exemplo, ocorrido em Brasília no ano de 2018, organizado pelo Conselho Mundial da Água, reposicionou o seu discurso ao longo do tempo. A Declaração Ministerial fala explicitamente em direito humano à água e ao saneamento¹³⁹ e na participação das populações mais afetadas pela

as necessidades de ordem econômica, sanitária e social”. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Declaração Universal dos Direitos da Água. Vinte e dois de março de 1992. Disponível em: <https://progestao.ana.gov.br/destaques-progestao/semana-da-agua-movimenta-a-agenda-de-recursos-hidricos-nos-estados/onu-declaracao-universal-dos-direitos-da-agua.pdf/view>. Acesso em: 26 jan. 2024.

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

139 “Apresentamos um apelo urgente para uma ação decisiva sobre a água e declaramos que agora é hora de: [...] 21. Reforçar a necessidade urgente de respeitar o direito de todos os seres humanos, independentemente da sua situação e localização, à água potável e ao saneamento como direitos humanos fundamentais, previstos no direito internacional dos direitos humanos, no direito internacional humanitário e nas convenções internacionais pertinentes, conforme aplicável.” MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE E MUDANÇA CLIMÁTICA. Um chamado urgente para uma ação decisiva sobre a água. **GOV.BR**, Online, 21 mar. 2018. Disponível em: <https://www.gov.br/mma/pt-br/noticias/noticia-acom-2018-03-2900>. Acesso em: 22 set. 2020.

escassez em sua gestão.¹⁴⁰ Há, porém, a convicção de que a melhor maneira para “alcançar um acesso universal e equitativo à água potável segura e acessível, a um saneamento adequado e equitativo e à redução da poluição da água” (item 16) é a mobilização de “recursos financeiros de múltiplas fontes” na forma de uma “gestão integrada e sustentável da água, especialmente orientada para os países em desenvolvimento” (item 18).

Essa abordagem aparece na promulgação da Carta Europeia da Água, em 1968,¹⁴¹ na qual compreendeu-se a água como um bem finito, o que exige a formatação de um modelo de gestão apropriado dos recursos hídricos, pressupondo o seu tratamento e uso controlado.¹⁴² A redução de rejeitos poluentes e esgotos nos cursos d’água deve ser integrada numa política de reutilização diferenciada, de modo a minimizar a degradação do recurso natural.¹⁴³

Também está presente na formulação da Agenda 21 — um dos documentos originados na Cúpula da Terra. Na verdade, uma mercadoria que deve ser ofertada por meio de um serviço adequado, o acesso à água potável requer a pesquisa de novas tecnologias para uma exploração consciente. Isso evidencia-se na área “Desenvolvimento e manejo integrado dos recursos hídricos”,¹⁴⁴ com a seguinte proposição:

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

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

142 UNIÃO EUROPEIA. **Carta Europeia das Águas**. Estrasburgo, 06 maio 1968. Disponível em: <https://rm.coe.int/09000016809f1251>. Acesso em: 26 jan. 2024.

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

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

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

Dentro dessa visão de uso sustentável e racional, todos, usuários e autoridades, precisam garantir a durabilidade da água, um interesse comum da humanidade.¹⁴⁵ A Convenção de Helsinque sobre a Proteção e Utilização dos Cursos de Água Transfronteiriços e dos Lagos Internacionais, de 1992, orienta os Estados a tomarem medidas para garantir uma utilização racional e sustentável das águas.¹⁴⁶

Se a escassez e o uso abusivo ameaçam a proteção do meio ambiente e o desenvolvimento sustentável, o reconhecimento da água como bem econômico surge para impedir o esgotamento desse recurso essencial à humanidade — esse é o discurso predominante nos organismos internacionais. A afirmação da água como uma necessidade humana, um bem econômico e um elemento propulsor do desenvolvimento sustentável motivou a comunidade global a adotar, no âmbito da ONU, abordagens novas a respeito do assunto. As declarações internacionais avançaram sobre questões de governo, estabeleceram princípios para a gestão da água e começaram a desenhar uma política internacional da água — com repercussões no tema *saneamento*.

Consolidou-se o ponto de vista de que a crise hídrica é, basicamente, uma crise de gestão, o que serve de incentivo para o surgimento de novos formatos, determinando modificações na concepção, na regulação, na fiscalização e na operação do serviço, também em razão das dificuldades para investimento direto do titular do serviço.

145 Art. 6 da Convenção de Nova York.

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

3. Por uma Avaliação Não Dogmática das Políticas de Saneamento

Da afirmação de que existe uma prerrogativa legal, passando pela possibilidade efetiva de responsabilizar o Estado e os seus agentes públicos, torna-se muito mais plausível a concretização desses direitos, mesmo para os casos de moradias (e assentamentos) irregulares — ou seja, o acesso aos serviços básicos não pode derivar apenas de situações de posse ou propriedade regulares, limitando, sem respaldo legal, o núcleo do conceito de universalidade.¹⁴⁷

No Brasil, para ilustrar, a Lei n. 11.445/2007, no art. 11-B, § 4º, faculta à agência reguladora “[...] prever hipóteses em que o prestador poderá utilizar métodos alternativos e descentralizados para os serviços de abastecimento de água e de coleta e tratamento de esgoto em áreas rurais, remotas ou em núcleos urbanos informais consolidados [...]”, comprovando a existência de um direito-dever do Estado de levar a política pública de saneamento para comunidades periféricas. Além disso, no art. 45, § 8º, assegura-se que a conexão de família de baixa renda à rede de esgotamento sanitário “[...] poderá gozar de gratuidade, ainda que os serviços públicos de saneamento sejam prestados mediante concessão, observado, quando couber, o reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos”.

Nesse viés, a Lei n. 11.445/2007, no art. 48, inciso I, quando apresentar as diretrizes da Política Federal de Saneamento, destaca a “[...] prioridade para as ações que promovam equidade social e territorial no acesso ao saneamento básico [...]”.

A tese que defendi no doutorado, em 2012, entre outras conclusões ainda atuais, foi a de que a inclusão do direito de acesso à água potável e ao serviço de esgotamento sanitário nos catálogos de direitos humanos estabeleceria um marco político e jurídico capaz de acelerar a universalização desses serviços básicos no Brasil. O mesmo raciocínio, por certo, se aplica para o conceito ampliado de saneamento ambiental, ou saneamento básico, nos termos da Lei n. 11.445/2007, art. 3º, inciso I, alíneas a, b, c, e d, além dos arts. 3º-A, 3º-B, 3º-C e 3º-D.

¹⁴⁷ Segundo está destacado no trabalho, em áreas urbanas, “[...] con mucha frecuencia el bajo nivel de financiamiento disponible para la construcción de instalaciones de saneamiento se destina a aquellos que viven en zonas residenciales y poseen mayor poder adquisitivo. Esto provoca que sólo unos pocos cuenten con servicios de alta calidad mientras que las restantes personas no poseen servicios de ningún tipo”. COHRE; WATER AID; COSUDE y UNIHABITAT. **Saneamiento**: un imperativo de derechos humanos. Ginebra, 2008, p. 10.

Ressalta-se que os diferentes sistemas que completam o conceito de saneamento básico no Brasil possuem experiências distintas quanto ao espaço de atuação da iniciativa privada. Isso pode ser extraído a partir da comparação entre a prestação dos serviços de acesso à água e serviços de esgotamento sanitário — ainda controlados pelas companhias estaduais ou autarquias municipais —, e os serviços de limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos — quando a contratação de agentes privados para a operação é a iniciativa mais comum. Mesmo que de maneira pouco eficiente, por incentivar a separação de atividades que teriam maior eficiência técnica e econômica se integradas (a lógica da economia de escala e de escopo), na limpeza urbana, são os *players* privados que, na maioria das vezes, operam o sistema. No final das contas, como se disse outras vezes, diferentes realidades exigirão respostas também distintas, envolvendo pessoas jurídicas de direito público e pessoas jurídicas de direito privado.

Há exemplos de ambos os casos na história recente; se abor-darmos quaisquer dos modelos como indesejáveis, abdicaremos da oportunidade de ponderar os resultados de cada um deles em seus respectivos cenários e de desenvolver, eventualmente, modelos alternativos aos que no momento apresentam-se.

O racional que se pretende oferecer no decorrer deste livro, na sua condição de texto jurídico com uma abordagem multidisciplinar, será a de reconhecer e organizar o papel do Estado como agente planejador, regulador e fiscalizador das políticas de saneamento (CF, art. 21, XX e arts. 174 e 175). Nos locais em que o Estado seja capaz de oferecer um arranjo mais equilibrado e vantajoso para os usuários do serviço, ele terá preferência na execução direta da operação. Por outro lado, onde for capaz de prover, de forma mais abrangente e adequada que o Estado — usando-se o *comparador do setor público* para fins de *Value for Money* —, a presença do privado será incentivada (ou priorizada) em modelagens compatíveis aos marcos legais do setor.

4. Papel da Cooperação na Gestão Internacional da Água

Com a necessidade de normatização das águas comuns, a comunidade internacional assimilou a importância do princípio da cooperação, também valorizado no IX Fórum Mundial da Água, em



Dacar/Senegal, no ano de 2022. A cooperação pressupõe estratégias de gestão, dentro do conceito de desenvolvimento sustentável: desenvolvimento econômico, equidade social e proteção ambiental. O planejamento torna-se uma diretiva para a definição das políticas direcionadas à questão da água, um bem escasso.¹⁴⁸ Como síntese da Declaração de 1968, o princípio doze considera que “[...] as águas não têm fronteiras. É um recurso comum que necessita de uma cooperação internacional”.

A Convenção de Helsinque de 1992, no seu art. 6º, designa que as partes deverão elaborar políticas aplicáveis às bacias hidrográficas. A Convenção de Nova York, assinada em 1997, determina a gestão compartilhada dos recursos hídricos entre as partes que integram a mesma bacia hidrográfica,¹⁴⁹ noção abordada pela Agenda 21. Em realidade, os documentos internacionais que inseriram a nova orientação de que a crise da água é, na verdade, um problema de gestão, e que essa deve ser uma preocupação mundial, foram as convenções referentes aos cursos d’água internacionais e transfronteiriços.¹⁵⁰

A Conferência Internacional sobre Água e Meio Ambiente, realizada em Dublin, também se preocupou com essa abordagem. No seu Programa de Ações,¹⁵¹ defende-se a gestão participativa da

148 UNIÃO EUROPEIA. **Carta Europeia das Águas**. Estrasburgo, 06 maio 1968. Disponível em: <https://rm.coe.int/09000016809f1251>. Acesso em: 26 jan. 2024..

149 Sem dúvida, “[...] a extensão dos cursos de água dentro de cada país integrante de uma bacia internacional de drenagem e a possível diversidade da população que se utiliza dessas águas figuram entre as circunstâncias fáticas que fazem ser específica a aplicação do uso equitativo em relação às águas. O uso equitativo contém o uso partilhado da água, pois sua monopolização pelo Estado é iníqua, podendo gerar conflitos. [...] A utilização equitativa não é outra coisa que uma emanção do princípio basilar do Direito Internacional da soberana igualdade dos Estados”. MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito dos Cursos de Água Internacionais** (elaboração da Convenção sobre o Direito Relativo à utilização dos Cursos de Água Internacionais para fins Diversos dos de Navegação — Nações Unidas, 1997). São Paulo: Malheiros, 2009, p. 87-93.

150 A Convenção sobre o Direito Relativo à Utilização dos Cursos de Água Internacionais para Fins Diversos dos de Navegação (ONU/1997), no art. 6º, e a Conferência de Berlim, em 2004, no art. 13, destacam os fatores relevantes a serem observados para uma utilização equitativa e razoável dos cursos de água — o uso sustentável das águas envolve a gestão integrada dos recursos. Segundo o autor, “[...] é válido associar o Princípio 8 da Declaração do Rio de Janeiro/1992 à noção de uso sustentável da Conferência de Berlim/2004 quando diz que para haver equidade intergeracional é preciso a manutenção dos recursos não renováveis, com a prática da razoabilidade”. Ibidem, p. 100-130.

151 O Programa de Ação aprovado pela conferência foi baseado em recomendações que apontam formas de superar os problemas enfrentados em matéria de recursos

água,¹⁵² além de afirmar que a água doce é um recurso finito (Princípio n. 1) e evidenciar o seu valor econômico em todos os seus usos (Princípio n. 4).

Conforme estabelecido na Agenda 21:¹⁵³

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

A declaração produzida na Rio-92 reforça a ideia de que a gestão dos recursos hídricos deva ser sustentável, meta concretizada através de políticas públicas desenvolvidas para promover a proteção da água, o crescimento econômico e o equilíbrio social.

A cooperação aparece como elemento essencial para a realização de tais objetivos.¹⁵⁴ Como referido anteriormente, é na

hídricos, estabelecendo as seguintes metas: diminuição da pobreza e das doenças; proteção contra desastres naturais; conservação e reaproveitamento da água; desenvolvimento urbano sustentável; produção agrícola e abastecimento de água em áreas rurais; proteção dos ecossistemas aquáticos; resolução de litígios emergentes da água; meio ambiente favorável; e base de conhecimento e capacitação.

152 Pode-se dizer que “[...] esta Conferência ocorreu em um momento em que os países da sociedade internacional preparavam-se para a grande Conferência Rio-92. Sua principal proposta foi a solicitação de novas estratégias fundamentais de avaliação, desenvolvimento e gerenciamento de recursos hídricos [...]. Naquele momento, os países já haviam despertado para o problema da escassez hídrica e do uso abusivo de água doce como séria ameaça ao desenvolvimento sustentável e à proteção do meio ambiente”. OLIVEIRA, Celso Maran et al. **Direito Internacional das Águas Doces**. São Paulo: Rima, 2009, p. 17.

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

154 Aos poucos formou-se a convicção de que “[...] os Estados têm o direito de fazer todos os usos das águas do curso de água internacional no espaço em que exercem a sua soberania, desde que não causem danos significativos aos demais Estados que usam as mesmas águas. No caso, os Estados exercem a sua soberania, sobre as águas, que não é absoluta, mas limitada. O Princípio 21 da Declaração de Estocolmo/1972 já continha esse posicionamento, que a Declaração Rio/1992

Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento que se afirma o princípio de Gestão Integrada dos Recursos Hídricos, com base em conceitos de uso e gestão sustentável da água, incluído no item 18.3 da Agenda 21:

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

As populações devem tomar consciência de que a cooperação é a única forma de preservar um direito ao futuro para todos. Com o agravamento da crise climática, dependeremos de estratégias coletivas para lidar com suas consequências. A questão da efetivação do direito humano à água e dos demais serviços de saneamento básico insere-se aí de modo substantivo – como parte de uma estratégia global. Universalizar o abastecimento de água potável e os serviços de esgotamento sanitário, a limpeza urbana e o manejo de resíduos sólidos, e a drenagem e o manejo de águas pluviais significa melhor qualidade de vida, liberdade e igualdade, amortecendo os efeitos de crises anunciadas.

confirmou”. MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito dos Cursos de Água Internacionais** (elaboração da Convenção sobre o Direito Relativo à utilização dos Cursos de Água Internacionais para fins Diversos dos de Navegação — Nações Unidas, 1997). São Paulo: Malheiros, 2009, p. 115.



Capítulo II

Modelos de Gestão dos Serviços de Saneamento no Mundo

1. Natureza de Monopólio Natural dos Serviços de Saneamento

A água é um bem comum que compõe o meio ambiente, aplicando-se a ela o enunciado do art. 225 da Constituição Federal.¹ Conclui-se que o seu uso:

*[...] não pode ser apropriado por uma só pessoa física ou jurídica, com exclusão absoluta dos outros usuários em potencial; o uso da água não pode esgotar o próprio bem utilizado e a concessão ou a autorização (ou qualquer tipo de outorga) do uso da água deve ser motivada ou fundamentada pelo gestor público.*²

Ocorre que a água também é um bem portador de valor econômico, sendo reconhecida como tal pela própria lei³, como se afirmou inúmeras vezes.

Ainda, conforme vimos anteriormente, o Direito Internacional considera a água um “bem global comum”;⁴ seu acesso e sua conservação são prerrogativa e responsabilidade de todos os seres humanos, o que faz dela um “bem social”, um “bem planetário”.⁵

1 “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.”

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

3 Por exemplo, o art. 19, inciso I, da Lei n. 9.433/1997, que vê como um dos objetivos da cobrança pelo uso dos recursos hídricos o de “reconhecer a água como bem econômico e dar ao usuário uma indicação de seu valor real”.

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

5 Petrella reconhece que não haja, no âmbito da comunidade mundial, um sujeito

No Brasil, referência importante no tema é a Lei n. 9.433/1997, que institui a Política Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, regulamentando o art. 21, inciso XIX, da Constituição Federal. Como instrumento de gestão deste conjunto de bens, detalha-se o Plano Nacional de Recursos Hídricos, a outorga de direito de uso dos recursos hídricos, a cobrança pelo uso da água, o enquadramento dos corpos d'água em classes de uso e o Sistema Nacional de Informações sobre Recursos Hídricos.

Destacando um aspecto do sistema de saneamento básico, a operação que viabiliza o acesso à água potável e ao esgotamento sanitário tem sido considerada um caso clássico de monopólio natural. O monopólio é caracterizado pela existência de apenas um agente econômico, público ou privado, em condições de corresponder à demanda do mercado por determinado bem ou serviço. Obviamente, o surgimento de novas tecnologias ou uma remodelação do sistema que torne viável a segregação de tarefas pode estabelecer novas classificações. Por dentro do sistema de saneamento básico, existe a hipótese de subcontratações, ou subdelegações, com espaço para os contratos de performance, muito úteis para programas com abordagem direcionada para a redução de perdas no serviço de abastecimento de água potável ou entrega de modelos mais compactos de Estações de Tratamento de Água (ETAs) ou Estações de Tratamento de Esgoto (ETEs).

Na verdade, tecnologias alternativas tendem a ampliar o seu campo de utilização nos sistemas descentralizados, voltados para o abastecimento de água, coleta e tratamento de esgoto, manejo de resíduos sólidos⁶ e de água pluviais. Em algumas situações, mesmo sem grandes investimentos, pode-se ter alta resolutividade no que envolve o interesse de proteger a quantidade e a qualidade dos recursos hídricos, reconhecendo os seus usos múltiplos e a sua relevância social.

ao qual seriam atribuídos "direitos e obrigações". O autor defende a criação de um contrato mundial capaz de "garantir que os direitos e as obrigações de cada comunidade humana local sejam respeitados mais seriamente do que o são no momento". Ibidem, p. 130

- 6 A exemplo da possibilidade de utilização da tecnologia de blockchain na rastreabilidade do ciclo pelo qual passa o resíduo sólido. Esse mecanismo tem o potencial de auxiliar enormemente na responsabilização de agentes privados pelo financiamento da destinação/disposição adequada dos resíduos/rejeitos produzidos a partir de suas atividades. Essas potencialidades já podem ser vistas no caso da Cidade de São Paulo que, a partir de sistema implementado pela empresa Green Plataforms, vem rastreando os resíduos gerados no município. Mais informações disponíveis no site: <https://greenplat.com/>.

Em regiões remotas, aglomerados urbanos e zonas rurais, com pequenas intervenções, admite-se a utilização do denominado “saneamento ecológico” — com cisternas para a captação de água, biodigestores, jardins filtradores e banheiros secos. O uso das soluções individuais,⁷ medida complementar ao sistema tradicional no serviço de esgotamento sanitário, poderá ser resolutivo em localidades que não possuem infraestrutura pública instalada⁸, tais como zonas rurais, núcleos urbanos de menor porte e núcleos urbanos informais. Esse balanço entre a utilização de soluções individuais e de soluções compartilhadas – com estruturas mais complexas – deve ser definido pela agência reguladora infranacional, de acordo com as diretrizes nacionais (art. 45, § 1º da Lei n. 11.445/2007⁹).

Nesse aspecto, importa dizer que para o art. 5º, da Lei n. 11.445/2007: “[...] não constitui serviço público a ação de saneamento executada por meio de soluções individuais, desde que o usuário não dependa de terceiros para operar os serviços [...]”.

7 Mesmo não sendo uma situação ideal, “[...] as famílias podem ter também o seu próprio abastecimento de água por um poço particular escavado ou perfurado. Os poços particulares podem não proporcionar um abastecimento de água regular ou durante todo o ano, ocorrendo períodos de secas sazonais problemáticos em algumas regiões. [...] a coleta de água da chuva também é uma solução doméstica (ou compartilhada) usual”. Para todos esses casos existe algum risco no tratamento, armazenamento e continuidade do abastecimento (em especial, nas localidades de pluviosidade variável). HELLER, Léo. **Os Direitos Humanos à Água e ao Saneamento**, Rio de Janeiro: Fiocruz, 2022, p. 118.

8 “Essas características fizeram com que fossem desenvolvidas soluções que fazem sentido no ambiente de adensamento urbano: para aproveitar ganhos de escala, são construídas estruturas complexas, com alta demanda de capital. Passamos tubulações por todo o subterrâneo para distribuir água e juntar todo o esgoto de milhões de pessoas em poucas estações de tratamento. Esse tipo de solução não faz sentido para locais com características diferentes, como os pequenos municípios, zonas rurais e comunidades isoladas. Nessas localidades, não há concentração de demanda suficiente para garantir a sustentabilidade econômica do investimento em infraestrutura.” FERREIRA, Artur Villela. OLIVEIRA, Gesner. **Nem Negacionismo, Nem Apocalipse. Economia do Meio Ambiente: Uma Perspectiva Brasileira**. 1ª ed. São Paulo: BEI Editora, 2021, p. 236.

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 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.”

Todavia, não se pode confundir a exceção com o caso de condomínios com rede pública disponível que optam por manter um sistema próprio, acessando, por exemplo, fontes de água subterrânea. Conforme o art. 45 da Lei n. 11.445/2007, as “[...] edificações permanentes urbanas serão conectadas às redes públicas de abastecimento de água e 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”.

Em regra geral, quando não existe risco de perder o mercado, o produtor geralmente controla o preço final do seu produto, de modo que restrições para o valor cobrado dependeriam da intervenção estatal. É a capacidade de produção do monopolista que determinará a dimensão do mercado, a despeito de existir uma demanda. Em tese, o monopólio é compreendido como um vício de mercado, pois sua existência pode prejudicar o consumidor-usuário. Contudo, circunstâncias específicas podem levar ao que chamamos de monopólio natural, isto é, um cenário em que a ausência de disputa em dado setor não decorre do comportamento inadequado dos agentes econômicos, mas de características particulares da atividade, que fazem, da operação por um único agente, a forma para alcançar eficiência e escala econômica.¹⁰

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

10 Neste julgamento, que obteve a maioria no Pleno do Tribunal, quando se confirmou a constitucionalidade do Novo Marco Legal do Saneamento, pelo menos em relação aos pontos controvertidos até então, ao abordar o conceito de monopólio natural diz-se que “[...] aplicando-se essas premissas no setor de saneamento básico, tem-se a constatação de que a distribuição da água, o tratamento de esgoto e o manejo de resíduos sólidos requerem o suporte em instalações e infraestrutura de sofisticação e de grandeza consideráveis, aliado à necessária contribuição do fator humano para sua execução operacional. Esses dois aspectos são determinantes para a redução de agentes econômicos, potencialmente interessados em prestar serviços de saneamento, cumulativamente às dificuldades econômicas de implementação e de operação do setor. Esse contexto, conduz, na maioria dos casos, a situação de monopólio natural”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.492/DF**. Inteiro Teor do Acórdão (e-STF, doc. 41), p. 27.

É evidente, por exemplo, a enorme economia de trabalho que seria obtida caso a cidade de Londres fosse atendida por uma única companhia de gás ou água em vez da presente pluralidade [de fornecedores] [...]. Houvesse apenas um estabelecimento, este poderia praticar taxas menores de modo consistente com a obtenção de lucro.¹¹

Há, entretanto, no desenvolvimento autônomo da ciência econômica, definições que se pretendem mais técnicas e passam a excluir a consideração política quanto ao benefício público. Uma famosa definição formal seria, por exemplo, a que corresponde ao quadro no qual “os custos totais de produção aumentam se duas ou mais empresas produzem”, em vez de uma.¹² No caso específico do saneamento, trata-se de “um setor com volume de investimento requerido bastante superior à média dos demais serviços públicos”, em que “o valor de revenda dos ativos se reduz após o investimento ter sido feito”.¹³

Isso se dá pois os investimentos iniciais são direcionados a ativos imobilizados, que não podem ser redirecionados para outras finalidades.¹⁴ Assim configuram-se as barreiras de entrada ou saída neste setor, justificando a formação de um mercado dominado por grandes operadores quando o sistema se movimenta do modelo público para o privado.

Setores de infraestrutura, em geral, costumam caracterizar-se dessa maneira em virtude de seus elevados custos iniciais de operação, cuja recuperação pode ocorrer somente em longo prazo e na condição de haver alguma garantia de exclusividade em um limite geográfico. Em tais hipóteses, os custos em regime de monopólio “são inferiores aos que incorreriam várias empresas, individualmente, num mercado competitivo, pois, sendo altos, esses custos exigem a produção em grande escala, e o mercado absorve apenas a oferta

-
- 11 MILL, J. S., 1926 apud SHARKEY, William W. **The Theory of Natural Monopoly**. New York: Cambridge University Press, 1982, p. 4. Tradução nossa.
 - 12 CARLTON; PERLOFF, 2004 apud JOSKOW, Paul. Regulation of Natural Monopoly. In: POLINSKY, A. Mitchell; SHAVELL, Steven. **Handbook of Law and Economics**, v. 2. Elsevier B. V., 2007.
 - 13 TUROLLA, Frederico Araújo. Financiamento dos Serviços de Saneamento Básico. In: MOTA, Carolina. (coord.). **Saneamento Básico no Brasil: Aspectos Jurídicos da Lei Federal 11.445/2007**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 114-115.
 - 14 CARVALHO, Vinícius Marques de. **O Direito do Saneamento Básico**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 165-169.

de uma empresa nesse nível de produção”.¹⁵ Os custos fixos do empreendimento não se resolveriam diante do mercado consumidor existente se houvesse duplicidade, visto que, somente mediante elevada produção existiria eficiência econômica no processo.¹⁶

No caso de monopólio natural estável, ou seja, quando os custos fixos do empreendimento, o maquinário, as instalações e a possibilidade de acesso ao consumidor-usuário impedem a existência de outro competidor em ação simultânea, não se identifica um ambiente de mercado, nem perfeito, nem imperfeito. Logo, torna-se obrigatória a atuação direta do Estado, ou do estabelecimento de regulação e de fiscalização do modelo de prestação do serviço, mormente no aspecto da equação econômico-financeira utilizada para o contexto, se a operação for transferida à iniciativa privada.¹⁷

Em relação à água potável e ao serviço de esgotamento sanitário, fica evidenciado o conforto do monopolista — no formato tradicional —, pois a demanda é sempre crescente, seja pelo aumento da população, pelo crescimento econômico no nível nacional ou regional ou, ainda, devido aos usos diversos que a água contempla.

A escolha por um modelo privado ou público não modifica um fato importante: a prestação dessa modalidade de serviço público trará sempre uma concentração de fornecedores, consequentemente, não existirá um ambiente de competição, salvo no momento do processo licitatório, um dos argumentos do *Novo Marco Legal do Saneamento*.¹⁸ Algo muito parecido ocorre no sistema de

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

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

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

18 No Brasil, esse monopólio é, ainda, em larga medida, exercido por empresas estatais, no entanto, o quadro tende a mudar, dado o advento do Novo Marco Legal do Saneamento, em conjunto com um debate público amadurecido favorável à entrada do capital privado no setor. Note-se que esta advertência vale para as nossas circunstâncias atuais, uma vez que o Novo Marco do Saneamento coloca com toda a força, no debate público, a alternativa do modelo privado de prestação de serviços de saneamento.

disposição dos rejeitos em aterros, visto que, e diante da necessidade de incorporar novas rotas tecnológicas ao processo, não se imagina — em curto prazo — uma variedade de estruturas licenciadas para o desempenho dessa atividade. Nas regiões que convivem com a experiência de aterros compatíveis com a Lei n. 12.305/2010, que instituiu a Política Nacional de Resíduos Sólidos no Brasil, será mais difícil viabilizar processos licitatórios com disputas efetivas, visto que o caso concreto pode configurar-se como exemplo de inexigibilidade de licitação, por razões técnicas e econômicas.

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

Somente a regulação e fiscalização do poder público poderá contrabalançar os incentivos de abuso de poder econômico provenientes da existência de monopólios, mesmo quando eles são concentrados em companhias estaduais. Quando o sistema é operado por agentes privados, a economia de escala e o domínio dos fatores de produção podem acentuar uma distorção do processo, inclusive de eventual ambiente competitivo no setor.

Sendo uma característica básica do setor de saneamento, os arranjos administrativos e jurídicos para efetivar a delegação da operação dos sistemas locais podem variar imensamente. Neste capítulo, lidaremos com dois grandes grupos, que possuem conformações internas diversas: a operação privada e a operação pública.

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

O olhar brasileiro para essas experiências deve ser cuidadoso, assumindo uma postura, por assim dizer, de observação e

aprendizado. Nesse aspecto, o *Novo Marco Legal do Saneamento* não chega a oferecer todas as respostas, restando um amplo poder discricionário para os gestores públicos personalizarem os seus modelos, sob permanente controle social e de órgãos externos (controle prévio, concomitante e posterior).

Nos Estados Unidos, o que pode ser surpresa para muitos, predominam os prestadores públicos e as cooperativas (voltadas para pequenas cidades e proprietários rurais) na comparação com os prestadores privados (a maioria é de pequeno porte).

Em Portugal, por sua vez, existe exemplo de gestão direta, delegada ou concessão para entidades públicas ou privadas, convivendo apenas uma entidade reguladora (ERSAR, Decreto-Lei n. 277/2009). Identificam-se tanto sistemas municipais (Decreto-Lei n. 194/2009) como os arranjos coletivos comandados pelo Estado Central. No caso específico, em 1993 foi constituída a empresa Águas de Portugal (grupo empresarial de capital exclusivamente público), com a responsabilidade pelo desenvolvimento dos sistemas multimunicipais de abastecimento de água e saneamento de águas residuais, ou seja, a gestão integrada do ciclo urbano da água (Decreto-Lei n. 133/2013). Assim, abrange o serviço de abastecimento de água e o esgotamento sanitário, a disposição ambiental adequada depois do tratamento, incluindo as rotas tecnológicas voltadas para a reciclagem e reutilização do insumo¹⁹. Na linha da regionalização (soluções supramunicipais), produzindo economia de escala, melhorou bastante o desempenho ambiental do setor, mesmo para os padrões da Comunidade Europeia, e principalmente quando se resgata o cenário base dos anos 70 (século XX)²⁰.

19 Para melhor entendimento, “[...] as empresas subsidiárias em Portugal, quando consubstanciam parcerias entre o Estado e os Municípios para a gestão dos serviços de águas, podem assumir os modelos de sociedades concessionárias de sistemas de titularidade estatal (sistemas multimunicipais) ou de sociedades gestoras de sistemas municipais em regime de parceria pública, sendo o capital majoritariamente detido pela AdP SGPS, em representação do Estado”. Com presença internacional (Angola, Cabo Verde, Timor-Leste, Guiné-Bissau, São Tomé e Príncipe), além do serviço de abastecimento de água, esgotamento sanitário e reutilização em diversas regiões de Portugal (Águas do Norte, Águas do Alto Minho, Águas do Vale do Tejo, entre outras), também desenvolve atividades conexas com a AdP Valor e AdP Energias. ÁGUAS DE PORTUGAL. **Quem somos?** Disponível em: <https://www.adp.pt/pt/proposito/quem-somos/?id=5>. Acesso em: 20 mar. 2024.

20 O país chega assim ao início da década de 1970 numa situação de enorme atraso sanitário consubstanciado na persistência de elevadas taxas de mortalidade e morbidade por doenças infecciosas relacionadas com a falta de condições de higiene e na evolução das percentagens de população servida com redes de água

2. Operação Privada do Sistema de Saneamento

O sistema de abastecimento domiciliar de água em áreas urbanas surgiu entre o final do século XVIII e o início do século XIX, na Inglaterra e na França. Para a época, foi natural o desenvolvimento de estruturas privadas, uma vez que a utilização do serviço dependia de uma vontade do usuário-cliente. A prestação desse serviço não era compulsória, nem uma medida de saúde pública; logo, distanciava-se da noção de política pública. Não prevaleciam, naquele

e esgotos: se em 1941 se determinara que apenas 26% da população tinha acesso a sistemas de distribuição domiciliária de águas (não existiam dados nacionais acerca das redes de esgotos), em 1972 esta percentagem seria de 40%, e de 17% para as redes de esgotos. [...] De facto, e sem que se tenham produzido mudanças estruturais na fórmula governativa que vinha sendo seguida, a partir de Abril de 1974 assiste-se a um investimento político muito significativo na resolução dos problemas sanitários, que se iria manifestar de formas distintas. [...] Finalmente, o esforço muito significativo dos municípios no processo de infra-estruturação, que iria resultar numa evolução quantitativa sem precedentes num curto espaço de tempo: entre 1975 e 1990 os níveis de atendimento da população com serviços de águas e esgotos passam de 40% e 17%, respectivamente, para 80% e 62%. Se a revolução poderia ter criado a expectativa de uma mudança de fundo na formulação de base das políticas públicas de abastecimento e saneamento de águas em Portugal, a consideração de que o reforço do poder local era um pressuposto político essencial do novo Estado democrático impediu uma mudança que já vinha sendo idealizada desde o início da década de 1970, e que previa a criação de regiões e empresas regionais de saneamento básico capazes de integrar as suas três vertentes (água, esgotos e lixo) e de alcançar economias de escala, gama e processo. [...] De facto, é apenas com a integração europeia, e com a consequente disponibilidade de fundos comunitários, que se começam a definir os contornos da primeira grande reforma deste domínio de governação nacional, que nos seus traços essenciais persiste ainda hoje. As primeiras experiências de implementação de sistemas de âmbito regional dariam lugar, já na década de 1990, à criação de empresas regionais (sistemas multimunicipais cujo capital seria detido maioritariamente pelo Estado em parceria com os municípios) e de uma holding de capitais públicos que se constitui actualmente como referência empresarial no sector. Preconizando a intervenção directa do Estado num domínio até então reservado exclusivamente às autarquias, dividiram-se os respectivos sistemas em 'alta' (sistemas multimunicipais e intermunicipais) e em 'baixa' (sistemas municipais): mantendo-se intactas as atribuições das autarquias, estas passaram a poder concessionar os respectivos serviços a empresas públicas (nos sistemas multimunicipais) e a empresas públicas ou privadas (nos sistemas municipais), criando-se ao mesmo tempo a figura de uma entidade reguladora que deveria acompanhar a execução dos contratos de concessão. [...] Apresentando-se como solução política de compromisso, denotando uma componente negocial significativa entre Estado e autarquias locais relativamente à concessão dos sistemas multimunicipais, situa-se a meio termo entre a visão descentralizada adoptada no início do século e uma tentativa de regionalização incompleta". PATO, João Howell. **História das políticas públicas de abastecimento e saneamento de águas em Portugal**. Lisboa: ICS, 2011, p. 20–21.

momento, preocupações com políticas de inclusão; e o acesso à água potável dependia de pagamento. Nesse sistema, pequenas empresas privadas operavam uma atividade submetida a um regime de monopólio natural com a divisão territorial espontânea dos prestadores.

Nos modelos atuais de prestação privada, o papel do Estado restringe-se à definição de um marco regulatório, à fiscalização, à confecção dos contratos e à seleção dos parceiros privados. O contratado constrói e opera um patrimônio posteriormente revertido para o poder público — é o sistema denominado *Build, Operate & Transfer* (BOT).²¹

No formato mais tradicional de concessão a uma entidade privada isolada ou a um consórcio de empresas, são aportados investimentos, cria-se a infraestrutura, para então gerir e explorar o empreendimento, com um tempo determinado para realizar um lucro que é projetado desde o início da relação. Visando à eficiência econômica do negócio, em um contexto ideal, em que haja equilíbrio na circulação e no domínio das informações, deve-se oferecer os elementos para um cálculo seguro de todo o ciclo de vida daquele projeto, de modo que variações imprevisíveis, favoráveis ou contrárias às partes, possam ser corrigidas durante o prazo de duração do contrato.²² Essa qualidade dos contratos de concessões contemporâneos, sua adaptabilidade, sua flexibilidade, diante de situações que desafiam o texto original do documento tornou-se consenso nos processos que envolvem a governança dessas relações. Novas demandas da sociedade, circunstâncias comprovadamente imprevisíveis, tudo aquilo que modifica o ponto de equilíbrio original, com o apoio das escolhas antecipadas pela matriz de risco, merece um esforço de entendimento entre as partes interessadas.

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

22 Em uma PPP de financiamento privado, seguidamente, contrata-se o projeto, a construção, o financiamento, a operação e a manutenção (DBFOM). Quando não envolve o financiamento privado, por si só, não desatura a PPP (DBOM), nem mesmo quando restar apenas na concessão o projeto, a construção e o financiamento (DBF).

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

Tendo em vista as especificidades do serviço de saneamento, que fazem dele um caso de monopólio natural, quando parte desse serviço (normalmente a construção, o financiamento, a operação e a manutenção) é contratada com um agente privado, o poder regulador e o poder de polícia administrativa continuam sob a responsabilidade do Estado. A desestatização, por princípio, não exclui o Estado do processo — nem nas hipóteses de privatização; pelo contrário, aprofunda suas responsabilidades de monitoramento a fim de evitar uma descontrolada concentração de mercado. Por exemplo, práticas restritivas verticais, isto é, limitações à concorrência ao longo da cadeia produtiva.²³

Como observa-se da experiência de outros países, quando grandes companhias assumem a titularidade das operações, elas têm incentivo econômico para assumir toda a cadeia vertical, inibindo a concorrência no setor e desequilibrando o mercado, sem necessariamente devolver os ganhos de escala e de escopo para o usuário-consumidor. Isso deve ser percebido pelo Estado captador do investimento e minimizado por seus processos de regulação e fiscalização, sob pena de comprometer a garantia do acesso para todos os administrados, mesmo quando houver eficiência na operação (Lei n. 11.445/2007, art. 2º, VIII). O serviço público de saneamento básico no Brasil, nas regras atuais, pode viabilizar um campo de jogo organizado para uma *concorrência pelo mercado*

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

verdadeira, que é diferente de *concorrência no mercado*, observada em outros setores.

De qualquer forma, na maioria das vezes, é necessário combinar o esforço da regulação contratual com a regulação discricionária (ou normativa), para que essa modalidade de serviço público continue voltada aos seus objetivos principais. A universalização do serviço com efetiva prestação, propiciando à população saneamento básico na exata medida de suas necessidades, protegendo assim a saúde pública, os recursos naturais e o meio ambiente (Lei n. 11.445/2007, art. 2º, I, II e III). Ao mesmo tempo, a Lei n. 11.445/2007, art. 29, § 1º, incisos II, destaca “[...] a ampliação do acesso aos cidadãos e localidades de baixa renda aos serviços” como uma das diretrizes na instituição de taxas, tarifas e preços públicos, em serviço de abastecimento de água, esgotamento sanitário, e drenagem e manejo de águas pluviais.

Logo, as práticas restritivas horizontais — limitações à concorrência no mercado de atuação — também precisam ser monitoradas. Em um ambiente de monopólio natural, o domínio de diferentes mercados (ou regiões) pode, na prática, diminuir a competitividade, acarretando aumento no preço final do produto. Todos esses cuidados, mantendo o protagonismo na concepção da política pública, o Estado, por seus decisores, deve manter, seguindo a orientação estabelecida pelo sistema legal vigente.

Essa também é a linha seguida no contexto internacional, restando como diferença o nível de delegação admitido para o conjunto de atividades que podem ser abrangidas pelo conceito de saneamento básico. Ainda, muito embora se possa reconhecer que os países constroem artesanalmente os seus próprios modelos, pressionados por realidades que depois se modificam, na origem, as experiências inglesa e francesa apontaram os trilhos iniciais. Mais tarde, exemplos bem-sucedidos, o caso de Portugal, dialogando com o público e o privado, também servirão como linha de raciocínio para a contínua evolução desta política pública.

2.1 Modelo Inglês: a Privatização do Setor

2.1.1 Formação Histórica do Sistema

Dentre os modelos mais conhecidos, está o sistema inglês, um exemplo de privatização integral do setor, o que inclui a alienação

da infraestrutura pública, restando ao Estado apenas a competência para exercer o poder regulamentar e o poder de polícia. A titularidade dos ativos é privada, assim como a responsabilidade pela gestão, mas o poder público compartilha os riscos da operação. A Inglaterra, à semelhança do País de Gales, passou por uma ampla privatização do setor,²⁴ processo este descrito em síntese nas linhas a seguir:

[...] até 1973, prevaleceu um modelo descentralizado, em que os serviços de água e de coleta e tratamento de esgotos eram, em essência, prestados por centenas de organizações públicas locais, municipais ou intermunicipais. Na tentativa de racionalizar os serviços, entre 1973 e 1985, o Governo Central decretou medidas que regionalizaram a prestação dos serviços. Criaram-se na Inglaterra dez Regional Water Authorities (RWA), empresas públicas controladas pelo Governo Central que passaram a administrar todo o ciclo de produção e uso da água a partir do princípio da gestão integrada de bacias hidrográficas. Lá, esse arranjo institucional permitiu ao Partido Conservador, que esteve no poder do Reino Unido de 1979 a 1997, lançar as bases, em 1985, da proposta de privatização do setor, que só viria a se consumar em 1989.²⁵

Conforme vimos acima, a prestação de serviços de saneamento surgiu na Inglaterra por iniciativa de agentes privados, sem que houvesse política pública do gênero. Entretanto, diante das circunstâncias, percebeu-se o significado da intervenção do Estado no setor (século XIX). Um exemplo dessa tomada de consciência se deu após a epidemia de cólera que assolou o país em 1847 e 1848.²⁶

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

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

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

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

doméstico e para a agricultura. Num segundo momento, após a extensão do fornecimento de água potável, investiu-se em saneamento básico²⁷, aqui entendido apenas como o serviço de esgotamento sanitário. Essas medidas acarretaram redução significativa das taxas de mortalidade infantil, diarreia e febre tifoide. O Estado assumir a operação desta política pública, em um cenário muito específico, mostrou-se medida acertada.

Dessa ação emergencial de governo decorreram ganhos de produtividade e eficiência nos gastos na área da saúde, o que era uma cobrança de diversos setores.²⁸ Na década de 1940, a política de nacionalização de empresas, dentro da Inglaterra, estava consolidada.²⁹ Porém, o que se evidenciou a partir daí foram dificuldades em controlar o funcionamento do sistema, *i.e.*, de empresas estatais com relativa autonomia de gestão, sob supervisão ministerial, tendo que compatibilizar eficiência econômica e interesse público.³⁰ Assim, diante de uma nova realidade, rapidamente produziu-se um ambiente inverso, fomentando o debate público e a proliferação de estudos propondo novos formatos para o Estado.

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

27 Dessa maneira, optou-se pela tomada do serviço pelo poder público nos seguintes termos: "A reforma foi levada a cabo em duas grandes vagas. A primeira concentrou-se na questão da água e teve início na década de 40 de 1800, com a Lei da Saúde Pública (1848) e a Lei das Águas Metropolitanas (1852), que estenderam a rede de abastecimento público de água potável". Já "[...] a segunda grande vaga de reformas caracterizou-se pela mudança da área de intervenção pública, da água para o saneamento básico. Esta vaga ganhou grande ímpeto depois de 1880". PNUD. A água para lá da escassez: poder, pobreza e a crise mundial da água. **Relatório do Desenvolvimento Humano/GRDH**. New York, 2006, p. 29.

28 Foi essencial a ampliação do colégio eleitoral na Inglaterra, o que fortaleceu os mecanismos de pressão sobre o Estado, até então separado da maior parte da sociedade pela presença de um estamento superior, que estabelecia relações políticas horizontais com a burocracia, influenciando diretamente a concepção dessas políticas. Ibidem, p. 30.

29 AMARAL, Marcos Jordão Teixeira do. **Privatização no Estado Contemporâneo**. São Paulo: Ícone, 1996, p. 37-55.

30 BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Reforma do Estado para a Cidadania** — a Reforma Gerencial Brasileira na Perspectiva Internacional. São Paulo: Editora 34; Brasília: ENAP, 1998, p. 52.

coleta e disposição de esgotos (*sewerage and sewage disposal authorities*) e órgãos de conservação dos rios (*river authorities*).³¹ A Lei de Águas de 1973 (*Water Act*)³² surgiu para propor a manutenção de um sistema descentralizado, mas com a diminuição do número de atores e com a centralidade determinada pela localização das bacias hidrográficas.

As bacias hidrográficas, ante tal perspectiva de mudança, serviriam como força centrípeta à centralização, com ganhos de escala para os operadores, partindo-se da convicção de que era indispensável implementar outra dinâmica para a gestão e operação do serviço de saneamento.³³ Como resultado, reconstruiu-se o sistema derivando de uma operação de descentralização extremada, cuja competência era atribuída a inúmeras localidades, para uma experiência de descentralização moderada, na medida em que companhias públicas assumiriam a operação do sistema a partir das bacias hidrográficas,³⁴ o que resultou no imediato surgimento de dez autoridades regionais — ou *Regional Water Authorities* (RWA), uma delas, no País de Gales.³⁵

O governo central conduziu o processo — reforçado pela nova Lei das Águas, de 1983 —,³⁶ mas sem afastar os operadores privados que já manejavam parcelas do sistema. Paulatinamente, estabeleceu-se uma convivência entre entidades públicas e privadas,³⁷

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

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

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

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

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

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

37 AMPARO, Paulo Pitanga do; CALMON, Katya Maria Nasiaseni. A Experiência Britânica de Privatização do Setor de Saneamento. **Texto para Discussão**, n. 701,

indicando que a entrada do Estado no sistema tinha, na essência, um papel subsidiário e de transição, apenas para restaurar uma racionalidade administrativa nas operações em crise.³⁸ Eliminou-se o poder local e nacionalizou-se a administração dos serviços de água potável e saneamento, salvo em relação à sobrevivência de entidades privadas que continuaram atuando no setor, mesmo após essa mudança de metodologia.

Já em 1989, as autoridades regionais (RWA) assumiram a responsabilidade pelo planejamento e controle das bacias hidrográficas, abrangendo todo o processo de saneamento: captação, tratamento, distribuição, recebimento dos descartes, tentativa de recuperação do recurso natural e devolução ao meio ambiente, para repetição do ciclo. Em outras palavras, existia agora apenas um responsável pelo planejamento e controle do uso da água na região de uma bacia hidrográfica. A política local, nesse cenário, perdeu relevância.³⁹

A privatização na Inglaterra, a rigor, evoluiu com poucas resistências, exceto no caso das municipalidades que investiram no setor para depois o sistema ser organizado a partir das bacias hidrográficas, sem qualquer compensação. Justamente por isso, essas municipalidades insubordinaram-se quanto à venda das dez RWA na bolsa de valores — visto que a privatização trouxe benefícios financeiros apenas para o governo central.

Esse processo ocorreu sob a influência de uma nova Lei das Águas, de 1989.⁴⁰ Para as entidades privadas, delegou-se a responsabilidade pela prestação do serviço e o seu financiamento, segundo patamares estabelecidos pelo Estado e por suas estruturas de regulação e fiscalização. A Lei de competência, de 1980, desencadeou os primeiros estudos que propuseram o trilha da desestatização de algumas dessas atribuições e a privatização das empresas

Brasília, IPEA, 2000, p. 8.

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

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

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

nacionalizadas.⁴¹ A tentativa de tornar técnicos os processos administrativos de gestão, a incorporação de dinâmicas próprias das operações privadas nas rotinas da administração pública e a eficiência do desempenho dos recursos físicos e humanos são uma espécie de síntese dessa visão reformadora de Estado.⁴²

2.1.2 Privatização e Regulação Estatal

Ainda na década de 1990, aplicou-se na prática essa nova visão⁴³ — acelerando-se a transição do sistema parcialmente público para o sistema privado. Rapidamente, as companhias privadas já estavam em plena operação, submetendo-se a um marco regulatório e a um padrão de desempenho e investimentos.

A lógica era recuperar o setor, propiciando eficiência administrativa para os usuários e resultado econômico para os operadores. Com o poder público, ficou a incumbência de regular e fiscalizar o funcionamento do sistema, em especial, de estabelecer patamares às tarifas praticadas (regulação econômica) e à qualidade da água e do serviço de saneamento (regulação do serviço).⁴⁴

Criou-se, assim, um órgão regulador para equilibrar a relação entre o serviço que deveria ser prestado, a capacidade econômica dos consumidores e os compromisso de investimento para o setor, o

41 Para o autor, a Efficiency Unit, dirigida por Derek Rainer, fundamentando-se em avaliações de importância e no resultado de determinadas estruturas administrativas (o escrutínio), mostrou-se importante para a formatação das bases de uma reforma gerencial em substituição à administração burocrática. BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Reforma do Estado para a Cidadania**: a Reforma Gerencial Brasileira na Perspectiva Internacional. São Paulo: Editora 34; Brasília: ENAP, 1998, p. 54.

42 REES, Ray. Théories économiques des privatisations: exemple de la Grande-Bretagne. In: **Les Privatisations en Europe**: Programmes et Problèmes sous la Direction de Vincent Wright, Actes Sud, 1993, p. 51-53.

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

44 A regulação econômica ficou com o Office of Water Services (OFWAT) e a Competition Commission (CC). A primeira encarregou-se da regulação econômica, da defesa do consumidor, do controle dos padrões de serviços e do nível de competitividade do setor, enquanto a segunda deveria avaliar os processos de concentração de empresas, o respeito ao exercício da livre iniciativa e da livre concorrência, o abuso do poder econômico e os conflitos entre o OFWAT e as companhias de saneamento. A regulação de qualidade, por sua vez, preservaria um protagonismo do Estado, por exemplo, com a atuação da Drinking Water Inspectorate (DWI). AMPARO, Paulo Pitanga do; CALMON, Katya Maria Nasiaseni. A Experiência Britânica de Privatização do Setor de Saneamento. **Texto para Discussão**, n. 701, Brasília, IPEA, 2000, p. 15.



Office of Water Services (OFWAT).⁴⁵ A entidade surgiu como órgão independente,⁴⁶ fundado em 1989, na intenção de avaliar o desempenho dos operadores (sua eficiência administrativa e econômica), para daí extrair o valor máximo da tarifa⁴⁷ — a revisão dos valores obedece a um teto de preços (*price caps*), sempre vinculado a um conjunto de metas de produtividade (e comparação de desempenho).⁴⁸

Em qualquer cenário, não importa o setor, quando ausentes os mecanismos que limitam a concentração do mercado, perante a diminuição de prestadores habilitados e/ou interessados, sempre existe um risco considerável de majoração das tarifas quando se concretiza a desestatização do serviço — era um desafio colocado para a Inglaterra e País de Gales, em especial, no que envolve o serviço de abastecimento de água e esgotamento sanitário.

A substituição de modelos, da operação pública (ou mista) para a operação privada, não pode significar o fim de todo poder interventivo do Estado, sob pena de perder-se instrumentos para impedir, ou constranger, condutas oportunistas.⁴⁹

No início dos anos 1990, de fato houve o aumento significativo das tarifas, sem relevante melhoria dos níveis de serviço, sugerindo alguma imaturidade nos mecanismos de regulação e controle diante dos desafios colocados. Por isso, em 1995, o governo britânico interveio nos contratos, revisando tarifas e diminuindo a taxa de retorno das operações, tentando assim refundar a sua governança

45 A história do OFWAT e suas atribuições estão disponíveis em: <http://www.ofwat.gov.uk/>. Acesso em: 01 ago. 2020.

46 O OFWAT é financiado com recursos advindos das tarifas recolhidas pelas companhias de águas. O controle de suas contas é feito pelo Parlamento, e, quando solicitado, pelo Tesouro e pelo Gabinete de Contas Públicas. Disponível em: <https://www.ofwat.gov.uk/about-us/who-we-are/>. Acesso em: 01 ago. 2020.

47 CORREIA, Marcelo Bruto da Costa. A Regulação no Setor de Saneamento: comparação entre França, Inglaterra e Brasil. In: **Cadernos Gestão Pública e Cidadania**, v. 12, n. 51, jul./dez. 2007, p. 35.

48 Os preços autorizados pelo OFWAT, apenas para exemplificar, podem ser imediatamente contraditados na Competition Commission (CC). Ainda, para monitorar a qualidade da água potável produzida nas companhias privadas, segundo exigências documentadas pela Comunidade Europeia, foi criada a Drinking Water Inspectorate (DWI). Dentro desse sistema, as demandas dos consumidores e o interesse público de proteção ao meio ambiente também merecem um espaço entre as estruturas inglesas de regulação.

49 CORREIA, Marcelo Bruto da Costa. A Regulação no Setor de Saneamento: comparação entre França, Inglaterra e Brasil. In: **Cadernos Gestão Pública e Cidadania**, v. 12, n. 51, jul./dez. 2007, p. 36-37.

sobre essa política pública.⁵⁰ Em realidade, não se pode transferir para terceiros a responsabilidade de prestar serviço público essencial sem uma burocracia instrumentalizada para monitorar e remediar as falhas de mercado.

Note-se bem, mesmo na experiência da Inglaterra, diagnosticou-se o *fenômeno da captura*, quando a capacidade técnica e a potência econômica dos operadores privados acabam se sobrepondo às estruturas públicas criadas para regular e fiscalizar o serviço. Ao mesmo tempo, é o que revelam estudos da época, houve uma reação do Estado na direção de retomar um certo protagonismo, também pela importância desta política pública. O OFWAT fixou um determinado volume de investimentos, compatível com a relação custo-benefício da atividade, mas pelo menos quatro companhias inglesas não atenderam adequadamente à exigência: North West Water, Severn Trent, Southern Water e Wessex Water.

No caso estudado, exemplo de *regulação por agência*, o órgão ou entidade independente precisa monitorar continuamente um sistema que tem os ativos, a responsabilidade pela gestão e os riscos com o agente privado, mas o papel do Estado segue relevante.

Vale ressaltar que o modelo inglês (com privatização de ativos operacionais e do capital das empresas), no que tange à prestação de serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário, no atual momento, vive um período de instabilidade. Concretizada a universalização da infraestrutura, um estágio superior ao contexto brasileiro, os operadores privados mudaram o foco de atuação, tentando equacionar passivos criados da aquisição dos ativos.⁵¹ Observou-se um movimento em direção ao mercado, abrindo-se a possibilidade para a entrada de novos *players* no setor. Não mais os operadores (ou novos operadores), os primeiros entrantes, mas fundos de investimento, em um cenário que parecia favorável, na medida em que já estava cumprido, pelo menos em parte, o desafio da universalização.

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

51 ZIADY, Hanna. Empresa que fornece água para milhões de londrinos tem dívida de US\$ 17,5 bi. **CNN BRASIL**. 02 jul. 2023. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/economia/empresa-que-fornece-agua-para-milhoes-de-londrinos-tem-divida-de-us-175-bi/>

Com essa nova conformação, aparentemente perdeu-se o foco principal na necessidade de manutenção e qualificação do serviço, o que exige ações permanentes. Ato contínuo, começam a surgir problemas ambientais decorrentes dos esgotos não tratados e lançados nos efluentes dos corpos hídricos⁵², além do aumento dos índices de perdas de água por falta de manutenção das redes. Ou seja, havia se atingido um padrão aceitável de serviços, mas com a descontinuidade dos investimentos, também causada pelo afrouxamento nos processos de regulação e fiscalização, identificou-se um retrocesso em vários indicadores.

Obviamente, a crise econômica e regulatória dos serviços públicos de saneamento da Inglaterra, não tem apenas uma causa, mas várias. Uma delas, por certo, é a da captura pelos agentes privados da estrutura de regulação — a OFWAT —, deixando prevalecer os interesses de mercado, em detrimento da pressão por investimentos suficientes para garantir, no mínimo, a manutenção da infraestrutura implantada (além da gradativa modernização dos equipamentos);⁵³ e como desdobramento natural, observou-se também uma diminuição da fiscalização para garantir o atendimento dos parâmetros de qualidade e dos indicadores relacionados, impactando na entrega do serviço para a população.

A conduta oportunista, também resultado na ineficiência da estrutura regulatória, coloca em risco o funcionamento de todo o sistema, alimentando uma teoria crítica em relação ao formato atual. Com tudo isso, parece claro, é preciso aprimorar todo o sistema, beneficiando-se de uma longa curva de aprendizado.

No final das contas, para todo lugar a mensagem é a mesma: metas de expansão e qualidade dos serviços, monitoramento dos indicadores, controle social, transparência, segurança jurídica, escala, regulação técnica e compatível com as complexidades do

52 LAVILLE, Sandra; MCINTYRE, Niamh. Exclusive: water firms discharged raw sewage into England's rivers 200,000 times in 2019. **THE GUARDIAN**. 01 jul. 2020. Disponível em: <https://www.theguardian.com/environment/2020/jul/01/water-firms-raw-sewage-england-rivers>.

53 Conforme matéria publicada no jornal britânico "The Guardian", seis companhias de água estão sendo investigadas por potenciais ilegalidades enquanto buscam mais aportes financeiros para suprir a lacuna de investimentos em infraestrutura para garantir a saúde e a sustentabilidade ambiental dos serviços. LEACH, Anna; GARCÍA, Carmen Aguilar; LAVILLE, Sandra. Revealed: more than 70% of English water industry is in foreign ownership. **THE GUARDIAN**. 30 nov. 2022. Disponível em: <https://www.theguardian.com/environment/2022/nov/30/more-than-70-per-cent-english-water-industry-foreign-ownership>.

setor, são fatores, quando somados, que aumentam a chance de produzir um formato bem-sucedido.

Como síntese, dois aspectos importantes do modelo inglês são a regulação nacional e a operação regional, elementos que estão entre os pontos de inovação do *Novo Marco Legal do Saneamento* no Brasil. Desse modelo, ou de qualquer outro, é esperado que se absorva o que é positivo, lembrando-se sempre que, no caso brasileiro, ainda o objetivo principal é a universalização, o que o distancia da Inglaterra e da França, nitidamente por estarem em outro estágio nessa política pública.

2.2 Modelo Francês: a Cultura da Descentralização

2.2.1 Formação Histórica do Sistema

O segundo grande modelo de operação privada no setor é aquele derivado da organização dos serviços de saneamento na França⁵⁴. Esse modelo se caracteriza pela prevalência de gestão delegada para empresas privadas, com estruturas técnica e financeira capazes de universalizar os serviços, e pela atuação do poder público na forma de regulação contratual e organização do sistema, controlando a correspondência entre tarifas e custos. É primordial, porém, ter em conta que, apesar de o chamarmos aqui de “modelo francês”, trata-se de uma simplificação, já que na própria França não é adotado de maneira uniforme.⁵⁵

O desenho de Estado adotado em cada país influencia a metodologia empregada para a prestação dos serviços públicos de

54 “[...] Na França, o papel do Estado central é a regulação do setor, havendo amplo predomínio de parcerias público-privadas (PPPs) que datam do século XIX, quando se inicia uma organização política e administrativa extremamente difusa. O país possui um alto nível de participação privada, em mercado dominado por apenas três companhias. As operações são estruturadas em um sistema de três níveis distintos: i) nível regional (União Europeia); ii) nível nacional, organizada de acordo com as diretivas regionais; e iii) nível local. Neste último, uma autoridade possui autonomia para organizar provisão de serviços e decidir o modelo de gestão a ser adotado, por exemplo, gestão direta ou delegada a uma entidade privada; pode também definir a política de preços e investimentos em níveis de performance (Plat et al., 2020)”. SANTOS, Gesmar Rosa dos; GÓES, Geraldo Sandoval; SIEFERT, Cesar Augusto Crovador. Estado, Planejamento e Regulação no Setor de Saneamento: Mudanças, Atores, Concepções e Protagonismos. In: INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. **Boletim Regional, Urbano e Ambiental n. 29 – Jan. a Jun. de 2023**. Rio de Janeiro: IPEA, 2023, p. 15.

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

abastecimento de água potável e esgotamento sanitário. No caso do Estado francês, a sua conformação presente tem como regra de organização o reforço das estruturas locais: o chamado *regime municipal francês*. Da Revolução Francesa em 1789 até os dias de hoje, aprofundou-se o processo de distribuição de competências político-administrativas, do contexto nacional para local.

Desde as primeiras organizações políticas pós-revolucionárias, os poderes locais foram dotados de competências robustas,⁵⁶ a despeito da preservação de um relativo protagonismo do poder central. A divisão administrativa e institucional do território francês perfaz-se em três níveis de entidades territoriais: as comunas, os departamentos e as regiões.⁵⁷ Nesse arranjo, as administrações locais assumem uma atuação que as constitui como o primeiro contato do indivíduo com o Estado.⁵⁸

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

É o que sucede com a Constituição de 1791, que propõe uma estrutura bem mais hierarquizada.⁵⁹ Não é raro que autores se refiram a essa transformação institucional como uma transição

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

57 Ibidem, p. 74.

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

59 Para o autor, "[...] la organización territorial va ahora a montarse sobre la columna vertebral de una cadena de agentes individuales ligados por un lazo de dependencia jerárquica: Ministro, Prefecto, Subprefecto, Alcalde. El Prefecto, el Subprefecto y el Alcalde, aunque situados en una circunscripción territorial servida por una Administración local, administración de la que ellos mismos tienen carácter de órganos directos son estrictamente dependientes jerárquicos del centro [...]". ENTERRÍA, Eduardo García de. **Revolucion Francesa y Administración Contemporanea**. 5. ed. Madrid: Editorial Civitas, 1998, p. 126.

forçada do excesso de autonomia do poder municipal para uma versão revisitada do absolutismo.⁶⁰

A fase posterior, da Restauração, retoma o discurso da autonomia do poder local, mas, em outras bases — uma ponderação interna ao movimento, em face das experiências anteriores.⁶¹ Surge, então, agora definitivamente, o poder municipal enquanto realidade constitucional — um poder originário e exclusivo do município,⁶² que não se habilita para responder pela competência geral do Estado francês.

Ainda no início do século XIX, por toda a Europa, a distribuição de água nos domicílios dependia exclusivamente da iniciativa privada, e a água usada era despejada nos rios. Atribuía-se ao âmbito local o desenvolvimento do serviço, sendo o Reino Unido uma surpreendente exceção naquela época. Apenas para exemplificar, em Portugal, no final do século XIX, a escolha política foi concentrar a responsabilidade por estruturar o serviço de abastecimento de água e o esgotamento sanitário nos municípios, o que na prática revelou-se disfuncional⁶³.

Na França, ao longo daquele século (XIX), desenvolveram-se dois grandes sistemas: um nacional, operado por estatais, e um local, caracterizado pelo compartilhamento da gestão entre poderes públicos e particulares, por meio de contratos de delegação.⁶⁴

A descentralização administrativa foi acelerada com as leis de 1982, 1983, 2003 e 2004, por força das quais os departamentos e os municípios/comunas⁶⁵ ampliaram as suas competências, assumindo o protagonismo na resolução de demandas locais por serviços públicos.

2.2.2 Fragmentação e Regionalização

A França adotou como modelo um sistema fragmentado e personalizado segundo as contingências de cada comunidade. Os

60 Ibidem, p. 134.

61 Ibidem, p. 136.

62 Ibidem, p. 144.

63 PATO, João Howell. **História das políticas públicas de abastecimento e saneamento de águas em Portugal**. Lisboa: ICS, 2011, p. 19.

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

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

programas nacionais apoiam esses contratos, mas com intervenções periféricas. Assim, ainda que o sistema tenha nascido sob a lógica da descentralização de responsabilidades, desenhou-se um processo de gestão integrada a partir da referência de bacias hidrográficas, regulada por um poder central — uma relação que pode ser vertical ou horizontal, dependendo da competência que está sendo exercitada no momento, ou em termos de concepção, de regulação, de fiscalização ou de operação do sistema.⁶⁶

A unificação da modalidade de prestação de serviço público, através da reunião das localidades menores, formando vínculos de cooperação intercomunais, tende a qualificar o serviço e a ampliar o número de interessados em prestá-lo. A chamada *Loi Chévenement*, de 1999,⁶⁷ organiza esse processo de absorção de alguns serviços públicos essenciais por esses novos núcleos de poder e de competência administrativa. Somente com a cooperação intercomunal é que se viabiliza o interesse das grandes companhias francesas pelo serviço de abastecimento de água e esgotamento sanitário.

Nas localidades de perfil urbano predominou a delegação à iniciativa privada. Já nas localidades de perfil rural, o modelo mais corrente foi a prestação do serviço público sob controle do Estado.

Uma cidade pode possuir, dentro do seu perímetro urbano, inúmeras comunas, e algumas políticas urbanas servem para integrá-las em um mesmo sistema. A reunião de comunas, sob um mesmo operador, está relacionada a necessidade de formar-se economia de escala para garantir sustentabilidade ao empreendimento, seguindo a mesma linha de raciocínio do sistema brasileiro, seja no Planasa ou com as regras do *Novo Marco Legal*, quando incentiva os arranjos coletivos.

O centro de poder local, somado a outros de mesma hierarquia, assume a responsabilidade pela gestão, regulação e operação do sistema. Eventualmente, um centro isolado, ou uma reunião dessas unidades autônomas de poder, personaliza-se e contrata um parceiro privado, que pode servir-se de outros para responder

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

67 Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT00000396397>. Acesso em: 22 set. 2020.

pela prestação do serviço. Por isso, como se disse antes, para o contexto francês, com vistas a mitigar as dificuldades impostas por acentuada fragmentação das estruturas administrativas e facilitar uma política de investimentos no setor de saneamento, um importante instrumento foi a cooperação intercomunal. As comunas arranjam-se consensualmente, constituindo outros núcleos autônomos de poder, dando maior expressão econômica aos contratos de delegação do serviço de saneamento básico e garantindo a viabilidade da operação.

Os relatórios periódicos da *Cour des comptes* têm demonstrado que a cooperação intercomunal não apenas provoca efeitos financeiros positivos, mas apresenta uma melhora na qualidade dos serviços e maior adequação a normas ambientais.⁶⁸

Segue existindo a possibilidade de gestão direta ou simples do serviço pela unidade local, ou por um conjunto formado por essas unidades ou coletividades locais,⁶⁹ opção que, em lugares com características específicas, tem sido retomada, conforme veremos adiante. Já a prestação indireta do serviço pela unidade local, ou por um conjunto formado por essas unidades, pode se dar, de acordo com a decisão comunitária, pela delegação de uma parte ou da totalidade da operação a um agente privado.⁷⁰

No início do século, porém, exigências ambientais, incrementadas pela União Europeia,⁷¹ e a necessidade de recuperar a potabilidade das águas utilizadas — em razão da iminente escassez hídrica — impuseram novos e elevados investimentos. Por isso, identifica-se no território francês diversas metodologias (ou modelagens) em funcionamento, na medida em que a qualidade do recurso hídrico adotado (se águas superficiais ou subterrâneas), a sua destinação (uso doméstico, industrial ou agrícola), o tratamento do esgoto, o número de habitantes, a utilização do espaço

68 CARVALHO, Vinícius Marques de. **O Direito do Saneamento Básico**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 235.

69 Ibidem, p. 236-237.

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

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

urbano e o modelo de governança, terminam sendo determinantes para a forma de organização de um sistema e de seus custos.

2.2.3 Fontes de Custeio dos Serviços

De qualquer forma, independentemente do modelo adotado, é comum as tarifas não responderem por todos os custos do empreendimento. Dessa forma, existem fundos públicos voltados para a inclusão dos usuários de menor poder aquisitivo no sistema, não apenas na França. Ou seja, o modelo francês não exclui o poder público da responsabilidade de equilibrar a relação contratual com o repasse de recursos para o operador privado – assim como no Brasil existe a tarifa social e a concessão patrocinada.

Identificando-se uma *lacuna de viabilidade*, quando o potencial das receitas dos usuários não compensar todas as obrigações do financiamento, existe espaço para o Estado subsidiar a política pública e o projeto em desenvolvimento diante dos benefícios públicos projetados. Na análise de custo-benefício isso pode ser mensurado para emprestar segurança para propostas de investimento em infraestrutura direcionadas para o setor.

Na França, referimo-nos ao Fundo de Solidariedade para a Habitação, à *Dotation globale d'équipement*, que o Estado designa anualmente às comunas, sem destinação específica, e ao Fundo Nacional para o Desenvolvimento dos Sistemas de Abastecimento de Água, voltado às comunas rurais.⁷² Além disso, há subvenções dos departamentos e das regiões, e um sistema de redistribuição de recursos por meio das Agências Financeiras de Bacias.⁷³

O preço pago pelos serviços de saneamento básico, por sua vez, responsável por parte considerável do financiamento dos sistemas, tem três componentes básicos: (i) remuneração da produção e distribuição de água; (ii) remuneração da coleta e do tratamento da água usada; e (iii) remuneração de natureza redistributiva. Os dois primeiros têm uma parte fixa e outra variável em função do volume de água consumido,⁷⁴ na linha da estrutura tarifária mais utilizada no Brasil.

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

73 Ibidem, p. 215.

74 Ibidem, p. 216-218.

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

2.2.4 Modelos de Gestão Contratual dos Serviços

Verifica-se uma grande variedade de modelos de contratação em cada localidade, a depender, por exemplo, do tamanho da zona abrangida, da existência ou não de uma estrutura prévia devidamente instalada, da distribuição das responsabilidades de investimento, de riscos e da própria operação. A flexibilidade desses pactos é uma característica que se observa, sendo possível, contudo, reduzi-los a uma tipologia básica.⁷⁵

A primeira modalidade de delegação, pela qual a separação entre operador e regulador se dá de forma mais precisa, é a do contrato de concessão, cujo financiamento do sistema e cobertura dos riscos do serviço depende eminentemente do prestador privado.⁷⁶ O contrato administrativo de concessão define as contrapartidas recíprocas, repasses financeiros e desempenhos esperados em relação ao objeto contratado pelo poder público local. O que se cobra do particular, ou concessionário, é a capacidade de investimento, de curto e médio prazo, para viabilizar a estrutura física e profissional indispensável ao empreendimento (Capex) — o que explica o predomínio de grandes grupos empresariais dentro de uma lógica de economia de escala.⁷⁷

Esse arranjo provou-se problemático por sua pouca adaptabilidade: diante de eventos não previstos contratualmente, prejudiciais à prestação, não havia obrigatoriedade de renegociação

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

76 Ibidem.

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

(dentro de uma visão mais tradicional de regulação por contrato). Isso modificou-se ao longo do século XX, mas permaneceram alguns problemas, como a dificuldade de rescisão pela administração e o risco de descontrole tarifário. Nos casos de aumento excessivo das tarifas, muitas comunas optaram pela rescisão e retomada da prestação direta, mediante indenização ao privado.⁷⁸ Por óbvio, essas relações, pela dimensão dos empreendimentos e a importância da política pública, experimentam períodos mais críticos, que inclusive servem para ajuste no modelo utilizado.

Nesse contexto, a partir dos anos 1950, outras formas de contratação passaram a ser testadas, envolvendo conexão entre gestão privada e financiamento público,⁷⁹ mesmo que não de maneira exclusiva. A primeira dessas modalidades, atualmente utilizada até mais que a concessão, é o arrendamento,⁸⁰ também denominado *affermage*.⁸¹ Nesse caso, a municipalidade responde pelos investimentos, organiza a estrutura e transfere, via contrato e por tempo determinado, a exploração das instalações ao operador. Ao final do contrato, depois de ser remunerado pela atividade, o gestor privado retira-se, o que implica a reversão, ao poder público, de todos os sistemas e equipamentos ligados à prestação do serviço. Com investimento público, o arrendamento é propriedade do Estado, mas a gestão é privada e o risco compartilhado.⁸²

Transfere-se apenas a gerência do serviço público, que tem todo o seu funcionamento baseado em estruturas preexistentes, diminuindo a necessidade de aportes iniciais por parte do operador privado. Por esse motivo, deve o *fermier* pagar à autoridade delegante uma remuneração periódica pelo uso dos equipamentos públicos.⁸³ Da atuação do arrendatário, da eficiência dos seus

78 CARVALHO, Vinícius Marques de. **O Direito do Saneamento Básico**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 242-243.

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

80 PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO (PNUD). A água para lá da escassez: poder, pobreza e a crise mundial da água. **Relatório do Desenvolvimento Humano/GRDH**. New York, 2006, p. 94.

81 RICHER, Laurent. **Droit des Contrats Administratifs**. 2. ed. Paris: L.G.D.F, 2021, p. 405-406.

82 CHAPUS, René. **Droit Administratif General**, Tome 1. 12. ed. Paris: Editora Montchrestien, 1998, p. 593.

83 CARVALHO, Vinícius Marques de. **O Direito do Saneamento Básico**. São Paulo:

processos de gestão, poderá decorrer um resultado maior, ou menor, como contrapartida da prestação do serviço,⁸⁴ pois ele precisa repassar para o Estado um valor previamente fixado, o que indica o patamar de arrecadação a ser vencido para daí materializar-se a remuneração do particular.

Uma última modalidade de gestão dos serviços de saneamento é a dos contratos de gestão, que inclui a chamada *gérance* e a *régie intéressée*.⁸⁵ Aqui, as empresas contratadas não suportam os riscos da exploração do serviço, e o poder público tem a prerrogativa de definição da política-base, das fontes de custeio e dos critérios de equilíbrio econômico-financeiro.⁸⁶ O Estado responsabiliza-se pela montagem da estrutura física indispensável à prestação do serviço. Em seguida, confia essa prestação para um particular, que, em regra, será remunerado pela coletividade.

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

Exige-se transparência quanto à tecnologia de cálculo adotada, em especial quando trata-se da composição das tarifas sociais, absorvidas pela equação econômico-financeira do contrato, o que pode sacrificar um outro conjunto de usuários-consumidores ou o poder público, eventual fonte de financiamento dessas estratégias de inclusão. Em alguns casos, evidenciou-se a necessidade de uma repactuação, para que o equilíbrio econômico-financeiro das operações pudesse contemplar em medida justa o interesse público e o interesse privado, aliando uma margem razoável de lucro a uma gestão eficiente e atenta ao princípio universal de modicidade das tarifas.

O modelo francês, em síntese, destaca-se pelo seu desenho fragmentado (ou descentralizado), marcado pela adaptabilidade às

Quartier Latin, 2010, p. 244.

84 PEREZ, Francisca Villalba. El arrendamiento de servicios públicos como modalidad de gestión indirecta em el ámbito local. In: WAGNER, Francisco Sosa. **El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI**, Homenaje ao Profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo, Tomo I. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000, p. 813.

85 RICHER, Laurent. **Droit des Contrats Administratifs**. 2. ed. Paris: L.G.D.F, 2021, p. 415.

86 CARVALHO, Vinícius Marques de. **O Direito do Saneamento Básico**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 244-245.

circunstâncias locais, representado por um esforço permanente de personalização (ou customização), no sentido de aproximar as demandas da comunidade das respostas oferecidos pela metodologia empregada no caso concreto. No final das contas, isso estimula a convivência de diversos formatos de operação dentro do território francês, seja por decisão das comunas ou em arranjos coletivos. A configuração administrativa é local, o controle é processual, a propriedade dos ativos é pública, mas a gestão, normalmente, é privada.⁸⁷

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

[...] ocorre em um marco legal geral adaptado às condições locais em contratos de delegação dos serviços. O controle social se dá por meio da própria eleição dos dirigentes que são outorgantes dos contratos. Esse modelo apresenta a vantagem de requerer uma baixa exigência do setor público em geral, mas demanda maior competência do nível local para controlar e supervisionar a execução dos contratos.⁸⁸

Mais à frente, discutiremos o papel da regulação e as perspectivas de sua reorganização no Brasil ante o *Novo Marco Legal*: no ambiente normativo atual, tende-se a privilegiar a regulação por contrato, o que não retira a importância do trabalho que será desenvolvido pelas agências subnacionais, reforçado pelas normas de referência da entidade nacional (ANA).

3. Operação Pública do Sistema de Saneamento

A gestão e a operação do sistema de saneamento básico pelo poder público, por suas estruturas, órgãos despersonalizados ou pessoas jurídicas de direito público ou privado permite um controle direto do Estado. Ainda que não haja compilações disponíveis de dados atualizados acerca da proporção mundial de operação pública ou privada do setor de saneamento, sabe-se que passamos por um momento de reorganização desses arranjos por todo o

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

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

mundo. Conforme veremos à frente, nota-se concomitantemente uma onda de privatizações de sistemas de operação pública e de remunicipalização de sistemas de operação privada. Como as realidades são dinâmicas, existe sempre o melhor modelo de operação para um determinado cenário, com todas as suas especificidades em razão de um conjunto de circunstâncias.

Nesta seção, estudaremos pontos que dizem respeito à gestão pública, correspondente àquela experimentada na maioria das cidades brasileiras, sem esquecer de indicar que o *Novo Marco Legal do Saneamento* aponta para outra direção. Contudo, tendo em vista que o caso do Brasil será tratado na segunda parte desse livro, nos limitaremos a apontar as características dos modelos básicos de operação pública dos serviços de saneamento, aqui, de modo mais focado nos setores de abastecimento de água e esgotamento sanitário. No Brasil, o serviço de limpeza urbana e o manejo de resíduos sólidos, assim como o serviço de drenagem e o manejo de águas pluviais, tradicionalmente é controlado pelo Poder Público e transferido para terceiros em contratos administrativos tradicionais (Lei n. 8.666/1993 em transição para a Lei n. 14.133/2021). Somente agora, com as modificações mais recentes na Lei n. 11.445/2007, art. 10, privilegia-se a competição por mercado e os contratos de concessão, salvo as exceções anunciadas no Decreto Federal n. 11.599/2023, art. 2º, inciso I, § 1º.

3.1 Operação Pública Centralizada

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

O governo central, com a competência legislativa e administrativa, geral e específica, do planejamento à execução, assume tal compromisso de forma exclusiva. Dessa maneira, as comunidades locais, não obstante o reconhecimento de um espaço de relativa



autonomia, dependem da política pública gestada e executada pelo poder central.

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

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

Diante da amplitude de atribuições do governo central, o modelo é mais adequado para Estados de menor dimensão territorial.

Um importante caso em que a operação efetivamente nasceu pública e centralizada é o de Gana. A nação teve seu primeiro sistema de água encanada construído em 1928 e, depois da independência, transformou o departamento público responsável pelo serviço na *Ghana Water and Sewerage Corporation*. Tratava-se de empresa pública responsável pela provisão de água a todas as áreas urbanas e rurais do país (para uso público, doméstico e industrial), bem como pelo sistema de esgoto. A companhia operou nesse modelo até 1999, quando a responsabilidade pelos serviços de saneamento em mais de cento e dez pequenas cidades e áreas rurais foi transmitida às Assembleias Distritais, perante a incapacidade de cobrir o território nacional.⁸⁹ Posteriormente, o país passou por uma ampla privatização do setor, processo que será analisado mais à frente.

3.2 Operação Pública Descentralizada

Diversas contingências territoriais, políticas e econômicas são responsáveis por influenciar a seleção do modelo de prestação de serviços de saneamento. Entre os sistemas operados pelo público,

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

a grande maioria prefere estimular a descentralização. Para essa metodologia, faz-se uma divisão do território, normalmente em função das bacias hidrográficas — algo que pode funcionar muito bem para os serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário, assim como para organizar a disposição dos resíduos sólidos em aterros sanitários. Tal divisão permite, em cada região, a construção de um sistema próprio de regulação, financiamento, gestão e operação do serviço público de saneamento básico. O compartilhamento das infraestruturas e dos recursos naturais podem fomentar processos de regionalização com economia de escala e potencial para qualificar a política pública a partir desses arranjos, um dos pontos de apoio da Lei n. 11.445/2007 em sua versão mais recente.

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

Do modo como configura-se hoje, o modelo brasileiro ainda identifica-se, em larga medida, com a operação pública descentralizada (o modelo Planasa). Contudo, nosso sistema está em transição para outras combinações — as parcerias estratégicas de empresas estatais e empresas privadas — e, diante de sua cobertura insuficiente no que diz respeito às metas de universalização dos serviços, reclama por reformas capazes de ampliar sua cobertura (ou horizontalidade) e qualidade (ou verticalidade).⁹⁰

No Brasil, a Lei n. 11.445/2007, indica uma mudança de perspectiva na direção da prestação privada do serviço – inclusive os contratos de programa, no pós-privatização de companhias estaduais, ao migrarem para a condição de contratos de concessão licitados. É importante considerar os esforços do *Novo Marco do*

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

Saneamento ao criar espaço para uma regulação nacional voltada para a disseminação de boas práticas, a partir da ampliação do papel da Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico (ANA).

Veremos, mais adiante, em detalhes, a dinâmica pensada para essa reformulação do setor, com o objetivo de minimizar os problemas que decorrerem da pluralidade de entidades reguladoras, visto que, mesmo diante de uma Lei nacional com as diretrizes e princípios que servem de referências para todas as operações, hoje está muito claro que é preciso avançar nessa padronização.

Por certo, o principal problema apresentado nessa sistemática, comum aos modelos públicos, é uma eventual dificuldade de financiar a política pública; mais do que isso, os custos fixos tendem a elevar-se quando não existe a economia de escala. Nesse modelo, o planejamento pode ocorrer no âmbito nacional, mas a operação do sistema é regional, envolvendo os níveis estadual e municipal.

No caso que estamos considerando, as diretrizes são nacionais,⁹¹ mas não abrangentes, e, a fim de evitar um espelhamento desnecessário de investimentos em infraestrutura, da gestão e, principalmente, da operação, impõem-se arranjos coletivos.

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

No restante desse capítulo, analisaremos algumas experiências, propondo averiguar com um grau maior de detalhamento os fatores que, em realidades socioeconômicas e políticas distintas, levaram à adoção de um ou de outro dos modelos até aqui

91 Conforme o documento, "[...] os governos deveriam preparar planos nacionais para acelerar o progresso na água e no saneamento, com metas ambiciosas apoiadas por financiamento e estratégias claras para ultrapassar as desigualdades". PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO (PNUD). A água para lá da escassez: poder, pobreza e a crise mundial da água. **Relatório do Desenvolvimento Humano/GRDH**. New York, 2006, p. 8.

esboçados, ou mesmo versões híbridas desses modelos. Inicialmente, abordaremos o caso da Argentina; em seguida, uma série de casos que poderiam sugerir um movimento abrangente de reestatizações ao redor do mundo

Veremos, contudo, que inúmeras peculiaridades tornam superficial uma abordagem do assunto como um conjunto homogêneo, ou seja, as circunstâncias de cada localidade devem ser levadas em conta a fim de permitir a escolha da melhor opção possível depois de uma análise de custo-benefício. Equilibrar o interesse público e o interesse privado, por vezes conflitantes, torna-se um enorme desafio.

4. Estudo de Caso: a Experiência Argentina

A cidade de Buenos Aires, fundada em 1580, nasceu, não ocasionalmente, ao lado de uma imensa fonte de água, o Rio da Prata. O rio fornecia não apenas o suficiente para suprir as necessidades mais imediatas da população, mas também para estimular e, mais tarde, sustentar as atividades produtivas indispensáveis para o desenvolvimento de toda a região, além de ser um facilitador do processo de trocas comerciais e culturais. Ao longo dos anos, aprimoraram-se os instrumentos públicos, inclusive no aspecto normativo, para tentar controlar a higiene das primeiras populações, embora não se identifiquem alterações muito profundas até o século XVIII.⁹²

A água do Rio da Prata não podia ser consumida imediatamente; turva, era armazenada por alguns dias em grandes tigelas de cerâmica, com um sistema rudimentar de filtros de pedra que a preparavam para o consumo.⁹³ Mais de uma centena de *aguateros*, percorrendo as ruas de Buenos Aires em carroças puxadas por bois, vendiam a água recolhida diretamente do rio, usando uma caneca como medida.⁹⁴

Os *aljibes*, poços com cisternas que recolhiam a água da chuva e as águas subterrâneas em estruturas sem muita profundidade — o que interferia negativamente na qualidade hídrica —, representavam outras medidas para facilitar o acesso ao serviço.

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

93 Ibidem, p. 16-18.

94 Ibidem, p. 22.



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

O ano de 1869 marca o início do funcionamento de uma estrutura pública que permitia, para um pequeno percentual da população, o acesso ao serviço de água potável. No mesmo ano, surgiu o primeiro Reglamento para la Provisión de Agua a la ciudad de Buenos Aires, redigido pela Comisión de Obras de Salubridad — o equipamento público foi instalado em Bajo de la Recoleta até 1928 (a Casa de Bombas de Recoleta), substituído, posteriormente, pela Planta Potabilizadora de Palermo.⁹⁵ Da mesma forma, lentamente, formou-se a convicção de que era necessário somar ao serviço de acesso à água potável o de esgotamento sanitário.⁹⁶

Naquele ano, o saneamento básico na Argentina continuava sendo responsabilidade de uma empresa privada, a Buenos Aires Water Supply and Drainage Company Limited — algo comum nesse período, em especial, na América do Sul. Porém, com as epidemias do final do século XIX, o Estado mobilizou-se para assumir o empreendimento (o mesmo exemplo da Inglaterra). Uma referência importante é o ano de 1871, no qual, superada a epidemia de febre amarela, “se iniciou [...] um plano de obras de saneamento que continuou de forma constante durante as décadas seguintes”.⁹⁷

A Lei n. 2.927/1892 determinou o início da transição do modelo privado para o público, predominante nas primeiras décadas do século XX.⁹⁸ Surge assim, a Obras Sanitarias de la Nación (OSN), uma empresa de caráter público com a finalidade de prestar, de maneira centralizada, essa modalidade de serviço público.⁹⁹ Criada

95 Ibidem, p. 60.

96 Ibidem, p. 100.

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

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

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

a partir da Lei n. 8.889/1912,¹⁰⁰ a OSN tinha como escopo concretizar o Plano Nacional de Saneamento da Argentina, concebido em 1909. Assim, o poder público assumiu, desde o início do século passado, a incumbência de universalizar, com um determinado padrão de qualidade, o acesso aos serviços de água potável e saneamento na Argentina.¹⁰¹

Nos anos 1950, a empresa pública estava instalada, ainda que precariamente, em todo o território nacional.¹⁰² Havia uma influência direta do constitucionalismo social¹⁰³ e do modelo de Estado idealizado nesse período.¹⁰⁴ Apesar de, aparentemente, não ser esse o espírito da Constituição Argentina de 1853, foi um caminho viabilizado pela Reforma Constitucional de 1949.

Em constante progressão, a água, e depois outros serviços identificados com o conceito de saneamento, espalharam-se pelo território argentino, geralmente sob controle estatal. A Lei n. 20.324/1973 transformou a OSN em autarquia, além de reforçar a sua ampla competência para operar o serviço de acesso à água potável e ao saneamento no país.¹⁰⁵

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

Com início na segunda metade do século XX, a Argentina descentralizou a responsabilidade pelo serviço, aproximando-se da experiência francesa. Tal tendência era fortemente recomendada no debate internacional como a mais evoluída para essa modalidade

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

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

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

103 Ibidem, p. 721.

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

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

de serviço público.¹⁰⁶ Inclusive, nos anos 80 (século XX) o processo já havia avançado bastante, atribuindo às províncias um outro espaço de importância.¹⁰⁷

A descentralização preparou o terreno, por assim dizer, para a despublicização do sistema. Esse começa a movimentar-se do modelo público para o privado após a chamada Reforma do Estado Argentino de 1989 e da Reforma Constitucional de 1994.¹⁰⁸

A Reforma do Estado foi desencadeada pela Lei de Emergência Econômica, sancionada como resposta a um cenário de instabilidade econômica, hiperinflação e desequilíbrio das contas públicas.¹⁰⁹ Nesse contexto, também merece destaque a Lei n. 23.697/89, reforçando a ideia de desenhar outro modelo de Estado na Argentina.¹¹⁰ Diante da necessidade de enfrentamento da crise, o novo governo acelerou o processo de Reformas Institucionais, combinando a desregulamentação da economia e a diminuição do poder estatal.¹¹¹

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

107 Apesar da descentralização, Buenos Aires, além de localidades próximas (a Grande Buenos Aires), permaneceu sob a gestão da Obras Sanitarias de la Nación (OSN). Em Santa Fé, uma província situada em região mais distante da Grande Buenos Aires, apenas para exemplificar, foi instituída a Dirección Provincial de Obras Sanitarias (DIPOS), com o objetivo de propiciar o acesso à água potável e ao serviço de saneamento. De fato, cada província se tornou titular do serviço e legitimada para conceber o seu modelo de sistema.

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

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

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

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

A intenção era reestabelecer o diálogo com os investidores externos, demonstrando que o país estava afinado às políticas concebidas pelo Banco Mundial e Fundo Monetário Internacional (FMI). O enfrentamento da dívida pública externa, segundo condições impostas pelo FMI e por ações concretas no sentido de simplificar as estruturas públicas com a desestatização de serviços tornava o país um ambiente confortável para o mercado de investimentos.¹¹²

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

Não seria incorreto dizer, a Argentina implantou um modelo que combinava elementos das experiências inglesa e francesa.¹¹³ Na Inglaterra, destaca-se a importância do papel desempenhado pelas agências reguladoras; na França, a relevância das cláusulas pactuadas nos contratos administrativos, que podem variar de enfoque e objeto, segundo os interesses específicos de cada região. Possivelmente, a importação acrítica de alguns conceitos, compondo um modelo híbrido ainda não testado, colaborou para a instabilidade de todo o processo e a desestruturação de todo o sistema.

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

*[...] tiveram lugar processos de reestatização de alguns serviços e importantes transferências acionárias de capitais estrangeiros a locais. Entretanto, estas modificações ainda não desembocaram em redefinições contratuais integrais, mas sim em acordos transitórios entre as partes. Eles também não foram acompanhados de mudanças significativas nos regimes de regulação e controle.*¹¹⁴

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

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

114 BONOFILIO, Nicolás; NAHÓN, Carolina. La experiencia infranacional de servicios públicos en Argentina: los casos de distribución de energía eléctrica y agua y

A partir daí, estabeleceu-se um canal de negociação entre o Estado e a concessionária, objetivando recuperar um patamar compatível de prestação do serviço (interesse público) e equilíbrio econômico-financeiro do contrato (interesse privado).¹¹⁵ Assim, de forma apressada e superficial, construiu-se o modelo argentino, que transitou do público para o privado, para, logo depois, na sucessão de hegemonias políticas, retornar ao modelo anterior.

4.1 Processo de Desestatização do Sistema

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

Delegou-se ao setor privado a operação e o compromisso permanente de expansão do serviço, restando para o poder público o processo de regulação e controle da contratualização.¹¹⁶ A regulação da concessão virou responsabilidade do Ente Tripartite de Obras e Serviços Sanitários (ETOSS),¹¹⁷ composto por representantes do poder público nacional e local. Sua função englobava a fiscalização do cumprimento das metas e regras estabelecidas no contrato de concessão (inspirado no modelo francês). Essa experiência, aos poucos, foi espelhada pelas demais províncias, trazendo para

saneamiento. In: **XII Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública**, Sto. Domingo, Rep. Dominicana, 2007, p. 16. Tradução nossa.

115 DEL CASTILLO, Lilian. **La Gestión del Agua en Argentina**. Buenos Aires-Madrid: Ciudad Argentina, 2007, p. 233; BONOFIGLIO, Nicolás; NAHÓN, Carolina. La experiencia infranacional de servicios públicos en Argentina: los casos de distribución de energía eléctrica y agua y saneamiento. In: **XII Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública**, Sto. Domingo, Rep. Dominicana, 2007.

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

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

o território argentino empresas estrangeiras via contrato de concessão.¹¹⁸

Enquanto a meta de investimentos não era cumprida, o concessionário alegava prejuízos constantes na operação. No primeiro ano de vigência do contrato, já se discutia a revisão dos valores estabelecidos durante o processo licitatório.¹¹⁹ Na verdade, houve uma falta de planejamento em todo esse processo, alicerçado em bases frágeis, desintegradas conforme a execução dos contratos e das suas cláusulas.

Embora houvesse legislação disciplinando os processos de desestatização,¹²⁰ é importante destacar que essa ação de governo desenvolveu-se com grande insegurança jurídica.¹²¹ As reivindicações de emergência econômica, o uso ordinário dos decretos de necessidade e urgência e o desequilíbrio na relação e na divisão de competências entre os Poderes levaram à sobreposição de uma suposta realidade econômica em detrimento do sistema legal vigente. A Corte Suprema de Justiça e o Poder Executivo tiveram papel relevante nessa sobreposição, sustentando a existência de uma hierarquia implícita entre legitimidade (ou interesse público) e legalidade.¹²²

Somente em 1994 a Constituição Argentina foi reformada, oferecendo um pouco de estabilidade para esse período de mudanças.¹²³

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

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

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

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

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

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

Há uma série de requisitos técnicos para a implantação justa e eficiente de um processo de desestatização em determinado setor de prestação de serviço público. Deve-se começar por um marco regulatório consolidado, um esquema de normas razoavelmente coerente entre todos os níveis hierárquicos. Não é tarefa simples harmonizar o interesse público e o interesse privado — o atendimento das demandas da população e a eficiência econômica da operação.

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

A dimensão real do papel dessa entidade e os riscos permanentes de captura podem ser antecipados pela compreensão do modelo inglês, que lhe atribui função bastante relevante. Considera-se a experiência inglesa a principal referência para a construção de um modelo de prestação do serviço na Argentina.¹²⁴ Contudo, quando essas etapas não estão devidamente concatenadas, ou nem sequer são satisfeitas, instala-se um ambiente de insegurança, o que aconteceu na Argentina.¹²⁵

O próprio ente regulador, ETOSS, no caso de Buenos Aires, rapidamente perdeu o controle do sistema, diante da assimetria de informações que, desde o início, caracterizaram todo o processo.¹²⁶

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

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

126 Note-se que “[...] transcurridos apenas ocho meses de iniciada la concesión, la empresa adjudicataria solicitó una revisión extraordinaria de las tarifas, aduciendo pérdidas operativas no previstas. Al margen de los requisitos fijados en el marco regulatorio sectorial respecto a las revisiones contractuales, el órgano de control (el ETOSS) autorizó, en junio de 1994, un aumento del 13,5% en las tarifas [...]”. Daí para frente, o contrato de concessão passou por inúmeras reprogramações. Aliás, “[...] entre mayo de 1993 y enero de 2002 la tarifa del servicio se incrementó un 88%, [...] lo cual merece ser destacado porque el marco regulatorio establecía que las tarifas no podrían incrementarse en los primeros diez años de la concesión”. O nível de investimentos contratados com a empresa Suez nunca foi cumprido, o

Apoiando-se nesse cenário de crise e instabilidade econômica, as operadoras tentaram justificar a inexistência de investimentos no setor, defendendo o reequilíbrio do contrato pelos fatos que já o afetavam.

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

Um processo semelhante ocorreu nas províncias de Santa Fé, Tucumán e Córdoba. Em Santa Fé e Córdoba, a *Suez Lyonnaise des Eaux* venceu a licitação; já em Tucumán, ganhou a Vivendi (1995-1998).¹²⁷ Na província de Santa Fé, a Lei n. 11.220/1994 permitiu conduzir o processo de transição do modelo público para o modelo privado.¹²⁸ A mesma lei também instituiu o Ente Regulador de Serviços Sanitários, com atuação restrita à província de Santa Fé.

4.2 Processo de Reestatização do Sistema

A crise experimentada por aquele país a partir de 2002 atingiu a credibilidade e a segurança jurídica dos contratos de concessão. A Lei Federal n. 25.561/2002, ressuscitando o argumento da emergência repercutiu nos contratos vigentes.¹²⁹ Em tese, os investimentos no setor, estavam blindados por estes contratos e pela possibilidade de transferência de eventuais desacertos na relação com o

que permitiu à entidade reguladora, a ETOSS, aplicar algumas multas. AZPIAZU, Daniel; SCHORR, Martín. La Privatización del agua en la región metropolitana de Buenos Aires. In: GROSSE, R.; SANTOS, C.; TAKS, J.; THIMMEL, S. (comp.). **Las cannulas abiertas de América Latina II: La Lucha contra la privatización del agua y los desafíos de una gestión participativa y sustentable de los recursos hídricos**. Montevideo: Casa Bertolt Brecht, 2006, p. 86.

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

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

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

Estado captador para os tribunais internacionais especializados.¹³⁰ A Suez Lyonnaise des Eaux acionou o Tratado Bilateral de Investimentos, pactuado entre Argentina e França em 1991, ajuizando em 2004 uma ação contra o Estado argentino, no Centro Internacional de Resolução de Controvérsias sobre Investimentos (CIRDI), órgão integrado à estrutura do Banco Mundial.

A empresa teve a mesma iniciativa quanto aos contratos de concessão de Córdoba e Buenos Aires. Em 2005, a Companhia Suez Lyonnaise des Eaux rescinde o contrato e deixa a província de Santa Fé. Contudo, a constituição da Argentina, desde 1994, exige que a delegação de jurisdição mediante tratados passe pela avaliação do Legislativo Nacional.

Nesse período, diversos movimentos, como os reunidos na Asamblea Provincial por el Derecho al Agua, trabalharam pela reestatização dos serviços com o rompimento imediato dos contratos de concessão (licenças).¹³¹

Em diversas localidades, foi possível alcançar um acordo para a formatação de novos contratos de concessão, com outro escopo, e, conseqüentemente, outro ponto de equilíbrio.¹³² Na cidade de Buenos Aires, contudo, desde 21 de março de 2006 a gestão dos serviços públicos de acesso à água potável e ao serviço de

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

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

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

saneamento passou à competência da Agua y Saneamientos Argentinos S.A. (AySA), uma empresa estatal.¹³³

Como resultado de um novo ambiente, em 2012, o Decreto n. 931/2012 aprovou o modelo de contrato de empréstimo BID AR-L 1122, celebrado entre a República Argentina e o Banco Interamericano de Desenvolvimento, destinado a financiar parcialmente o segundo programa de água potável e saneamento da área metropolitana da cidade de Buenos Aires. Nesse contrato estão incluídos a renovação e reabilitação dos sistemas de produção e distribuição de água potável; as obras de expansão dos serviços de coleta e tratamento das águas residuais; e o fortalecimento institucional de sistemas, capacitações, aquisições e meio ambiente. A execução do programa e a utilização dos recursos dependerão da AySA, com base no art. 99, inciso 1, da Constituição Nacional, nos arts. 57 e 60 da Lei de Administração Financeira e dos Sistemas de Controle do Setor Público Nacional (Lei n. 24.156 e suas modificações) e no art. 40 da Lei n. 11.672.

À continuação, lidaremos com outros casos paradigmáticos, para somarmos experiências e subsidiarmos o movimento de desestatização do sistema brasileiro desencadeada pela aprovação do *Novo Marco do Saneamento*.

5. Debate entre Modelos: Reestatização e Desestatização

Importante reconhecer, não apenas a desestatização, mas também a reestatização das operações dessa modalidade de serviço público podem ser observadas em algumas partes do mundo, na medida em que existem exemplos de sucesso¹³⁴ e de fracasso para todos

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

134 Em relação ao Chile, identifica-se como um exemplo de modelo que tem funcionado satisfatoriamente. Em síntese, “[...] o modelo chileno se organiza a partir da gestão privada de áreas urbanas – implementadas a partir do final dos anos 1990 com a incorporação do capital privado por meio de venda de ações das companhias e de direitos de exploração – e de organizações sociais em áreas rurais, com participação do governo federal e de organismos internacionais – Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID) e Banco Mundial – por meio de recursos e assistência técnica. Ressalte-se que as prestadoras privadas atuam nas áreas urbanas (90% da população) e possuem tempo de outorga máximo de trinta anos, com infraestrutura de domínio estatal. Atualmente, o Chile se destaca por



os lados — como já se sentenciou outras vezes neste trabalho. Apenas para exemplificar, na França, na Alemanha, na Espanha e nos Estados Unidos, países que lideraram, na década de 1990, a transferência da gestão dos serviços de saneamento à iniciativa privada, também existem exemplos de retorno da operação do serviço para o Estado.

Para cada novo ciclo existe uma *curva de aprendizado* que tende a produzir melhorias na próxima dinâmica implementada, mas a sucessão de hegemonias políticas ou a degradação do ambiente econômico do país acabam colaborando para o desgaste do modelo vigente. O maior protagonismo do Estado ou do mercado sempre dependerá de um conjunto de circunstâncias, quando a preocupação com o financiamento ou a operação de determinadas políticas públicas estiver relacionada com os níveis de entrega no setor. Comprovadas as fragilidades da sistemática atual, a pressão por um outro formato pode tornar-se insuportável para os atores políticos, permitindo a formação de consensos inspirados pelo sentimento de mudança.

Nas últimas décadas, processos de reestatização ocorreram em pelo menos duzentos e sessenta e sete municípios, em trinta e sete países, segundo uma das fontes pesquisadas.¹³⁵ Além de Buenos Aires, outras grandes cidades seguiram esse caminho, como Berlim (Alemanha), Budapeste (Hungria), La Paz (Bolívia), Paris (França) e Kuala Lumpur (Malásia). Todavia, é importante que se diga, o retorno dos serviços de água e esgotamento sanitário ao poder local aconteceu, para cada desses casos concretos, diante

uma cobertura de cerca de 99% para abastecimento de água e 90% para serviços de esgotamento sanitário com 70% de volumes tratados, sendo um dos maiores índices da América Latina”. SANTOS, Gesmar Rosa dos; GÓES, Geraldo Sandoval; SIEFERT, Cesar Augusto Crovador. Estado, Planejamento e Regulação no Setor de Saneamento: Mudanças, Atores, Concepções e Protagonismos. In: INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). **Boletim Regional, Urbano e Ambiental n. 29 – Jan. a Jun. de 2023**. Rio de Janeiro: IPEA, 2023, p. 14.

- 135 Segundo o Relatório da Unidade Internacional de Pesquisa de Serviços Públicos (PSIRU), **Veio para Ficar**: a remunicipalização da água como uma tendência global, ocorreram cento e oitenta casos de remunicipalização até o ano de 2014, o que, segundo suas conclusões, é uma tendência global. A ferramenta mundial Water Remunicipalization Tracker, até o ano de 2018, chegou a duzentas e trinta e cinco cidades, em trinta e sete países, sendo que alguns casos foram movimentos nacionais e regionais de retomada do controle público dos serviços de saneamento. Disponível em: <http://www.remunicipalisation.org/>. Acesso em: 22 set. 2020.

de circunstâncias muito próprias.¹³⁶ Os números, sem uma análise vertical, podem criar uma visão distorcida da realidade do setor de saneamento no mundo.

Sabe-se que os principais motivos para incluir a iniciativa privada no setor de saneamento são a capitalização, o investimento e a eficiência operacional oferecidos. Deve-se ter em conta, até para eventuais comparações com os sistemas públicos, que a iniciativa privada é frequentemente chamada nos casos em que se exige um nível muito maior de investimento — em curto ou médio prazo —, justificando, inclusive, quando isso ocorre, pontuais aumentos de tarifa. A expansão da rede, a manutenção da infraestrutura existente, a qualificação dos serviços, quando ações necessárias e urgentes, podem influenciar as tomadas de decisão dos gestores públicos, desafiando inclusive suas convicções ideológicas.

Grenoble e Paris são exemplos franceses emblemáticos desses processos — na primeira, no ano de 2000 e na capital, em 2010. Ambas transferiram o controle para um operador público municipal, movimento acompanhado por mais de quarenta cidades do país, que é o berço das principais empresas mundiais de saneamento básico.

Conforme estudo realizado por Gesner Oliveira:

[...] a partir dos anos 60, o setor de saneamento francês passou por forte pressão para se adequar a padrões ambientais mais rigorosos, incluindo a universalização do tratamento de esgoto, que demandou grandes investimentos para o setor. Com isso, diversos municípios concederam seus serviços de água e esgoto para o setor privado, que cresceu de 32% de

¹³⁶ De modo exemplificativo, após 25 anos de concessão dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário para a empresa Águas do Sado, a cidade portuguesa de Setúbal retomou as operações após o fim do contrato. O retorno se deu por uma análise da Assembleia Municipal em relação a diferentes cenários a respeito do preço da tarifa pelos serviços prestados. Concluiu-se que a remuneralização dos serviços resultaria em uma tarifa menor para os cidadãos e a possibilidade de implementação de uma tarifa social. Dessa forma, a Assembleia decidiu pela retomada da operação dos serviços públicos de saneamento, que foi assumida pela gestão municipal em 18 de dezembro de 2022. Deve-se analisar, entretanto, que a situação de Setúbal é a de universalização dos seus serviços de abastecimento de água e esgotamento, de forma em que o município só arcará com seus custos operacionais de funcionamento e manutenção (Opex), não exigindo grandes investimentos em infraestrutura, resultando na diminuição do valor da tarifa para a sustentabilidade do serviço. Ver: <https://www.pordata.pt/db/municipios/ambiente+de+consulta/tabela>.

participação privada em 1932 para 80% em 2000. O município de Paris, seguindo esta tendência nacional, realizou no ano de 1985 a concessão dos serviços de água e esgoto em duas áreas, divididos pelo Rio Sena: a área esquerda operada (rive gauche) pela Companhia Lyonnaise des Eaux e a direita (rive droite) pela Compagnie Générale por um período de 25 anos. Durante o período da concessão, os serviços passaram por grande modernização, substituição de tubulações de chumbo, melhora na qualidade da água e redução das perdas de 24% para 4%.¹³⁷

No caso específico de Paris, em 2010, o prazo dos contratos de concessão de serviços de água e esgoto com as companhias *Lyonnaise des Eaux* e *Compagnie Générale* encerrou-se. A concessão para a segunda companhia data inicialmente de 1860, tendo sido retomada pelo público em 1910. Na onda de privatizações iniciadas na França nos anos 1960, devido a pressões por melhores padrões ambientais, incluindo a universalização do tratamento de esgoto, iniciou-se em Paris, em 1985, uma nova concessão, pelo prazo de vinte e cinco anos. Nesse período, houve grande modernização do sistema, como a substituição de tubulações de chumbo, melhora na qualidade da água e redução de perdas de 22% para 3,5%¹³⁸.

Encerrado o prazo desses contratos, por decisão de governo, não houve renovação: ocorreu o advento do termo do contrato, uma forma de extinção que não guarda relação alguma com o descumprimento de obrigações contratuais. Nessa esteira, abriu-se espaço para uma nova decisão político-administrativa pelo modelo oportuno e conveniente considerando-se o recorte daquele momento. Uma decisão de governo legítima diante de um contexto específico, que pode mostrar-se a melhor opção, ou não, quando for possível mensurar os resultados obtidos na passagem do tempo. O importante é lidar desde o início com dados objetivos, garantindo segurança para o tomador de decisão, que será julgado no

137 OLIVEIRA, Gesner et al. **Estudo Técnico:** Remunicipalização dos Serviços de Saneamento Básico. São Paulo: GO Associados, 2018, p. 9.

138 "Over the same period in Paris, there was also large scale investment. The network's leaks were reduced from 22% of the water in 1985 to 17% in 2003, and was reduced dramatically to 3.5% by 2009. The operators also replaced all the remaining lead communication pipes still in the Parisian distribution network.". WATER UK. **Remunicipalisation of Water Utilities:** a Desk Review of Selected Case Studies. Disponível em: https://www.water.org.uk/wp-content/uploads/2019/10/Remunicipalisation-case-study-review-25.07.19_FINAL.pdf. Acesso em: 25 jun. 2021.

futuro, quando compararem o ponto de partida (o cenário atual) e o ponto de chegada (os objetivos e benefícios alcançados) da nova sistemática.

No caso da capital francesa, em vez de promover uma nova delegação, criou-se a *Companhia Municipal Eau de Paris*, que opera até hoje o serviço. Defensores do modelo privado argumentam que a reestatização, neste caso, só tornou-se viável pois a infraestrutura para a prestação dos serviços havia sido construída pelas companhias privadas durante a vigência dos contratos e que os investimentos em manutenção foram drasticamente reduzidos pelo novo gestor municipal.¹³⁹ Se cessam os investimentos e reduz-se os custos de manutenção nas estações elevatórias ou de tratamento, ou nas redes de tubulação, em algum momento será preciso retomar um fluxo de aportes mais robustos.

A propósito, na experiência de Paris, destaca-se que após a decisão pela retomada da operação pública verificou-se a queda da eficiência na prestação do serviço a partir de diferentes fatores. Cabe aqui referir, apenas para ilustração, o comparativo entre a operação privada (encerrada em 2010) e a operação pública (retomada a partir de 2010) com relação aos valores de tarifa, ao índice de perdas de água, à taxa de ocorrência de interrupções de serviços não programadas e à taxa de reclamação de usuários¹⁴⁰:

Preço TTC do serviço em m³ para 120 m³

O preço do m³ é calculado para um consumo anual de 120 m³ (referência INSEE). Fixado pelos órgãos públicos, o preço depende notadamente da natureza e da qualidade do recurso hídrico, das condições geográficas, da densidade populacional, do nível do serviço selecionado, da política de renovação do serviço, dos investimentos realizados e de seu financiamento.¹⁴¹

139 "Between 1985 and 2009, the operators carried out a massive investment program on the network comprising both structural rehabilitation and renewal of distribution pipes. Overall 1,100 kilometres of distribution pipes have either been renewed or rehabilitated, representing more than half the overall length of the network." WATER UK. **Remunicipalisation of Water Utilities: a Desk Review of Selected Case Studies**. Disponível em: https://www.water.org.uk/sites/default/files/wp/2019/10/Re-municipalisation-case-study-review-25.07.19_FINAL.pdf. Acesso em 25 jun. 2021.

140 Todos os dados foram extraídos do portal oficial de consulta às informações sobre a prestação de serviços de Saneamento na França, o Observatoire National des Services d'Eau et d'Assainissement. Disponível em: <https://www.services.eaufrance.fr/donnees/recherche>. Acesso em: 25 jun. d2021.

141 Tradução do trecho: "Prix TTC du service au m³ pour 120 m³: Le prix au m³ est



Ano	Preço
2008	1,31 €/m ³
2009	1,75 €/m ³
2010	1,77 €/m ³
2011	1,70 €/m ³
2012	1,75 €/m ³
2013	1,76 €/m ³
2014	1,73 €/m ³
2015	1,74 €/m ³
2016	1,79 €/m ³
2017	1,79 €/m ³
2018	1,76 €/m ³
2019	1,75 €/m ³

Índice linear de perdas em rede

O índice linear de perdas em rede avalia as perdas por vazamentos na rede de distribuição, relacionando-as com o cumprimento das tubulações (excluindo ligações).¹⁴²

Ano	Perdas
2008	9,5 m ³ /km/j
2009	12,8 m ³ /km/j
2010	19,7 m ³ /km/j
2011	21,4 m ³ /km/j
2012	19,6 m ³ /km/j
2013	21,1 m ³ /km/j
2014	22,4 m ³ /km/j
2015	26,6 m ³ /km/j
2016	21,4 m ³ /km/j
2017	25,5 m ³ /km/j
2018	24,5 m ³ /km/j
2019	21,5 m ³ /km/j

calculé pour une consommation annuelle de 120 m³ (référence INSEE). Fixé par les organismes publics, le prix dépend notamment de nature et de la qualité de la ressource en eau, des conditions géographiques, de la densité de population, du niveau de service choisi, de la politique de renouvellement du service, des investissements réalisés et de leur financement”.

- 142 Tradução do trecho: “Índice linéaire de pertes en réseau: L’indice linéaire des pertes en réseau évalue, en les rapportant à la longueur des canalisations (hors branchements), les pertes par fuites sur le réseau de distribution.”

Taxa de ocorrência de interrupções de serviço não programadas:

Este indicador é utilizado para medir a continuidade do serviço de água potável, acompanhado o número de cortes não programados de água, para os quais os usuários não foram notificados com pelo menos 24 horas de antecedência, referidos por 1000 usuários.¹⁴³

Ano	Interrupções
2008	0,34 nb/1000ab
2009	0,22 nb/1000ab
2010	0,20 nb/1000ab
2011	0,22 nb/1000ab
2012	0,39 nb/1000ab
2013	0,25 nb/1000ab
2014	0,30 nb/1000ab
2015	0,28 nb/1000ab
2016	0,39 nb/1000ab
2017	0,53 nb/1000ab
2018	0,59 nb/1000ab
2019	0,42 nb/1000ab

Taxa de reclamação:

Este indicador exprime a proporção de reclamações escritas registradas pelo serviço de água, na relação de 1000 usuários.¹⁴⁴

Ano	Reclamações
2008	1,25 nb/1000ab
2009	0,60 nb/1000ab
2010	2 nb/1000ab
2011	1,33 nb/1000ab
2012	0,64 nb/1000ab
2013	0,95 nb/1000ab

143 Tradução do trecho: "Taux d'occurrence des interruptions de service non programmées: Cet indicateur sert à mesurer la continuité du service d'eau potable en suivant le nombre de coupures d'eau imprévues pour lesquelles les abonnés concernés n'ont pas été prévenus au moins 24h à l'avance, rapporté à 1000 abonnés".

144 Tradução do trecho: "Taux de réclamations: Cet indicateur exprime le niveau de réclamations écrites enregistrées par le service de l'eau, rapporté à 1000 abonnés".



2014	x
2015	1,10 nb/1000ab
2016	1,81 nb/1000ab
2017	1,93 nb/1000ab
2018	2,60 nb/1000ab
2019	1,98 nb/1000ab

Assim, conclui-se que, com a retomada da operação pública, houve aumento (i) de tarifa; (ii) de índices de perdas de água; (iii) de interrupções não programada; e (iv) de registro de reclamações dos usuários.

Vê-se, portanto, que a remunicipalização se deu ao final do contrato de concessão, realizou-se depois da infraestrutura ter sido construída pela iniciativa privada, o que diminuiu significativamente o custo de manutenção dos sistemas por um determinado período.

Nos Estados Unidos, a história da remunicipalização enfrenta discussões quanto às cláusulas para a rescisão dos contratos, envolvendo altos valores, a exemplo da cidade de Indianápolis, pressionada pela população após denúncias de corrupção e má prestação dos serviços pelo operador privado. Outras cidades tinham privatizado os serviços na década de 1990 devido a problemas relacionados à qualidade da água.

Atlanta, no fim da década de 1990, convivia com expressivo aumento populacional em sua região metropolitana, momento em que já não detinha a infraestrutura de saneamento necessária para a prestação de serviços para toda população.¹⁴⁵ Assim, necessitava investimentos novos e redução concomitante nos custos de operação na medida em que o foco sempre é a universalização; por isso, em 1998, realizou um contrato de concessão com a *United Water* — uma subsidiária da *Suez Lyonnaise* — por vinte anos, com metas de redução de U\$50 milhões para U\$22 milhões anuais em gastos na operação dos sistemas de água e esgoto.¹⁴⁶ A *United Water* relatou ao poder local a necessidade de reequilibrar o contrato, uma vez

145 SEGAL, Geoffrey. **What Can We Learn From Atlanta's Water Privatisation**. Reason Foundation, 2003. Disponível em: <https://reason.org/commentary/what-can-we-learn-from-atlanta/>. Acesso em: 21 jun. 2021.

146 WATER UK. **Remunicipalisation of Water Utilities: a Desk Review of Selected Case Studies**. Disponível em: https://www.water.org.uk/wp-content/uploads/2019/10/Remunicipalisation-case-study-review-25.07.19_FINAL.pdf. Acesso em 25 jun. 2021.

que os custos de manutenção da rede de saneamento mostraram-se muito maiores do que o estimado pelos instrumentos contratuais¹⁴⁷. Fala-se, inclusive, em um custo dez vezes superior ao previsto na modelagem para a reparação da infraestrutura sanitária¹⁴⁸. Nesse aspecto, aponta-se que o principal fator que levou ao erro de projeção de gastos teria sido a diminuição dos custos de operação feita pelo próprio poder local nos dois anos anteriores à celebração do contrato, quando o serviço era prestado diretamente, aspecto que não foi levado em consideração para os estudos de viabilidade econômico-financeira¹⁴⁹. Além do que, houve problemas de repartição de riscos: operador privado e poder local não foram capazes de avaliar, de forma amigável, quem deveria suportar, e em qual grau, os riscos específicos da operação¹⁵⁰. A consequência desse desarranjo entre operador privado e o poder local foi o encerramento do contrato e a reestatização do serviço. Não obstante, o processo de remunicipalização aumentou os índices de perdas de água¹⁵¹ e as

147 Ibidem.

148 "Critics fail to note that the water system United inherited in 1999 was in much greater disrepair than the city had disclosed. For example, in its contract with United, the city estimated that 1,171 water meters per year would require repairs. By contrast, in the first year of the contract, 11,108 meters broke. United repaired more than 36,000 meters between 1999 and 2002, 889 percent more meters than the city included in the contract. Further, a performance review of United, undertaken at the request of the city, resulted in scores averaging 97 out of 100, another fact that critics ignore." TRUTH FROM THE TAP. **The Truth About Private Water in Atlanta, GA**. Disponível em: http://truthfromthetap.com/wp-content/uploads/2015/04/TruthFromTheTap_CaseStudy_ATLANTA_040215.pdf. Acesso em: 21 jun. 2021.

149 "The principal factor contributing to the disparity between the projected and actual savings was, the fact that the city had begun to lower its operating costs for water services during the two years preceding the start of the contract, yet these lower operating costs had not been factored into the calculation of projected savings from private management of the water system." WATER UK. **Remunicipalisation of Water Utilities: a Desk Review of Selected Case Studies**. Disponível em: https://www.water.org.uk/wp-content/uploads/2019/10/Re-municipalisation-case-study-review25.07.19_FINAL.pdf. Acesso em: 25 jun. 2021.

150 Ibidem.

151 "A city audit found that the city loses as much as 30% of the water produced. Water losses had increased 17% from 6.9 billion gallons in 2013 to 8.1 billion gallons in 2015. The Department of Watershed Management's consultant recommended an active leak detection strategy in 2014. However, as of 2017, the department had yet to implement the recommendation". Ibidem.

tarifas praticadas¹⁵², tornando-se a mais cara do país¹⁵³. Um estudo recente concluiu que não era razoável operar os sistemas com os custos previstos originalmente no contrato de concessão, o que levou ao descumprimento das metas diante de um desenho irrealista da licitação.¹⁵⁴

Essa é uma das leituras possíveis para o caso: houve um erro evidente na modelagem, responsabilizando-se o parceiro privado pelas dificuldades de uma operação que estava construída a partir de premissas e números equivocados. Somente depois, quando o Estado assume a operação, tornou-se possível mensurar os custos reais para operar o sistema. Por isso, quando o termo de referência divulga índices de perdas físicas ou econômicas de água, e depois da licitação o novo operador detecta uma diferença muito grande em relação a realidade, a depender da forma como se distribuiu a locação dos riscos, pode-se cogitar um espaço para pleitos de revisão tarifária ou rearranjo contratual — inclusive com ampliação do tempo de contrato, a depender da legislação local.

Segundo conclusão de Gesner Oliveira:

*[...] Esta concessão demonstra a importância do desenho realista na licitação de concessões de saneamento, tanto do ponto de vista do poder concedente quanto do operador privado. O foco unicamente na redução de gastos pode comprometer outras metas operacionais relevantes, levando ao fracasso do contrato.*¹⁵⁵

152 “FWW and other critics ignore the fact that water rates have increased significantly under city control. In 2001, under United’s management, a household using 15,000 gallons of water per month was charged \$177.22 for water and sewer. Now in Atlanta, that same household is charged \$412.92, greatly outpacing the rate of inflation. Between 2001 and 2012, Atlanta’s rates increased 233 percent, the largest rate spike of any city in the U.S.6 As of 2011, Atlanta had the highest water rates in the United States.” TRUTH FROM THE TAP. **The Truth About Private Water in Atlanta, GA**. Disponível em: http://truthfromthetap.com/wp-content/uploads/2015/04/TruthFromTheTap_CaseStudy_ATLANTA_040215.pdf. Acesso em 21 jun. 2021.

153 “Now back under public control, Atlanta’s water system has been plagued with problems, from skyrocketing water rates to faulty meters and erratic billings. As of 2011, Atlanta had the highest water rates of any major U.S. city, and inconsistent and incorrect billings have even led to a class-action lawsuit against the city.” Ibidem.

154 OLIVEIRA, Gesner et al. **Estudo Técnico: Remunicipalização dos Serviços de Saneamento Básico**. São Paulo: GO Associados, 2018, p. 12. Disponível em <https://goassociados.com.br/wp-content/uploads/2018/11/Parecer-remunicipaliza%C3%A7%C3%A3o-saneamento.pdf>. Acesso em 29 mar. 2021.

155 Ibidem, p. 21.

Nessa medida, assim como Paris, Atlanta não se mostra um evidente caso de reestatização por deficiência do modelo de gestão privada dos serviços de saneamento, como precipitadamente pode-se entender. Conforme diagnosticado, a retomada da gestão pelo município foi ocasionada por um erro de cálculo em momento pré-contratual, fazendo com que a operação, sendo ela privada ou pública, não alcançasse as metas estabelecidas. Estando os valores de referência dos serviços equivocados desde a origem, não havia a possibilidade da gestão eficiente pela companhia privada, o que foi comprovado, logo depois, com a assunção dos serviços pela gestão pública.

De maneira geral, nos EUA:

[...] a maioria da população é atendida por companhias públicas de água e esgoto. Entretanto, o setor privado pode possuir instalações destinadas à coleta, distribuição e tratamento de água e efluentes (investor-owned). A figura da comissão de serviços públicos, com atuação local ou regional, realiza a regulação tarifária das companhias privadas. As lacunas e gargalos do setor recaem, basicamente, sobre o atendimento de comunidades desfavorecidas (imigrantes, comunidades tradicionais e áreas de classe social baixa), que devem buscar soluções individualizadas e/ou comunitárias de abastecimento de água e esgotamento.¹⁵⁶

Em resumo, é preciso ter em mente as principais causas da remunicipalização por insucesso nas concessões em experiências internacionais, até mesmo para projetar-se o modelo mais aderente ao contexto do Brasil:

(i) Política de preços não factível. De acordo com o estudo, instaurar “tarifas abaixo do custo de operação é uma prática populista que onera o orçamento público, como ocorreu no caso de Buenos Aires, ou reduz a capacidade de investimento, como no caso de Paris”,¹⁵⁷

156 SANTOS, Gesmar Rosa dos; GÓES, Geraldo Sandoval; SIEFERT, Cesar Augusto Crovador. Estado, Planejamento e Regulação no Setor de Saneamento: Mudanças, Atores, Concepções e Protagonismo. In: INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). **Boletim Regional, Urbano e Ambiental n. 29 – Jan. a Jun. de 2023**. Rio de Janeiro: IPEA, 2023 p. 14.

157 OLIVEIRA, Gesner et al. **Estudo Técnico: Remunicipalização dos Serviços de Saneamento Básico**. São Paulo: GO Associados, 2018, p. 21. Disponível em <https://goas-sociados.com.br/wp-content/uploads/2018/11/Parecer-remunicipaliza%C3%A7%C3%A3o-saneamento.pdf>. Acesso em: 29 mar. 2021.

(ii) Desenho contratual insuficiente, com falta de informação sobre ativos e licitações com metas irrealistas e insustentáveis;

(iii) Problemas de regulação: falta de independência e assimetria de informação¹⁵⁸; e

(iv) Falta de transparência e carência de regulação adequada.

Conforme vimos, um desenho contratual realista, com metas factíveis, é algo essencial para a estabilidade e a segurança jurídica do sistema. Exige-se também uma moldura contratual dinâmica para dar conta das incertezas relativas à celebração do contrato, por exemplo, em virtude das dificuldades informacionais. Para o caso brasileiro, na experiência mais recente, concluímos que a intenção de impor uma meta rígida para a universalização pode produzir algum nível de frustração, desacreditando a própria política pública, na medida em que determinadas correções de rumo dependerão de novas modificações legislativas. Ademais, dada a precariedade do atual sistema de prestação de contas — geralmente alimentado por autodeclaração —, há um déficit informacional bastante grande, produzindo assimetrias que geram insegurança aos diferentes grupos de interesse que analisam as potencialidades desse novo mercado.

O déficit de informação é causa frequente de desequilíbrio contratual nas concessões atuais e deve produzir o mesmo efeito para projetos futuros. Em qualquer localidade, não se pode prescindir, em especial, para a estruturação de modelagens equilibradas, que o poder público tenha informações corretas sobre o estado da arte dos seus sistemas. A modelagem de PPPs ou de concessão comum, se baseada em números imprecisos, contaminarão desde o início a relação entre o poder concedente, o agente regulador e os operadores. E se vale um exemplo, são problemas já observados nos contratos de concessão da Cedae, no Rio de Janeiro.

158 Ressalta o autor que, “[...] em muitos casos, as empresas dispõem de conhecimentos técnicos e recursos para avaliar as revisões tarifárias que superam os das autoridades públicas responsáveis por essa análise, em particular em nível local. A assimetria de informação e a captura regulatória aumenta os riscos de preços inacessíveis para os pobres, especialmente quando não há esquemas de subsídios. Além disso, uma proporção significativa das tarifas corresponde à remuneração de capital. Como os reguladores raramente interferem nas decisões de investimento, eles não têm alternativa a não ser concordar com os aumentos de tarifas e com a sustentabilidade econômica dos contratos nessas situações”. HELLER, Léo. **Os Direitos Humanos à Água e ao Saneamento**, Rio de Janeiro: Fiocruz, 2022, p. 214.

As empresas privadas no setor de saneamento têm acesso aos recursos do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES), além das debêntures incentivadas¹⁵⁹ e os chamados *green bonds*, na mesma medida em que firmam compromissos de entrega em linha de sintonia com o Plano de Transição Ecológica — ou Plano Verde — divulgado pelo Governo Federal em 2023: as bases de um projeto de transição energética para modernizar a economia brasileira na direção do desenvolvimento econômico sustentável.

Há uma série de requisitos técnicos para a implantação justa e eficiente de um processo de desestatização em determinado setor de prestação de serviço público. Deve-se começar por um marco regulatório consolidado, um esquema de normas razoavelmente coerente entre todos os níveis hierárquicos. É preciso ter a lei, com orientações gerais e específicas, as diretrizes e, idealmente, o detalhamento do modelo escolhido, sem implicar um engessamento que impeça naturais correções de rumo decorrentes da experiência prática da gestão. Nunca é tarefa simples harmonizar o interesse público e o interesse privado — o atendimento das demandas da população e a eficiência econômica do empreendimento.

Estabelecido o marco regulatório, os modelos consolidados de exploração privada do serviço de saneamento, seja o inglês, seja o francês, recomendam a criação de uma entidade reguladora, nacional ou dividida em unidades regionais¹⁶⁰. O marco regula-

159 Lei n. 12.431/2011, com a criação das debêntures incentivadas.

160 Pontuam os autores que desde “[...] os anos 1990, o setor de água e saneamento passou por transformações importantes na América Latina, com a consolidação e a criação de organismos regulares – federais e estaduais/provinciais. Reformas efetivadas tiveram o objetivo de separar papéis e funções entre as entidades responsáveis pela formulação de políticas públicas, entidades de regulação e entidades prestadoras de serviços, visando eliminar possíveis conflitos de interesse (Fernández, Saraiva Matus e Gil, 2021). Em países como Argentina, Chile, Colômbia e Peru, Costa Rica e Panamá, a atuação destas entidades foi delimitada com o objetivo de criar marcos institucionais e regulatórios que incentivassem a participação privada e o financiamento autônomo dos serviços. Em função da forte oposição política à linha dominante das concepções e papéis do Estado e da regulação, países como Uruguai, Bolívia e Equador ressaltaram a proibição da participação privada no saneamento. Em geral, conforme descrito por Fernández, Saraiva Matus e Gil (2021), as normativas desenvolvidas pós-90 em países latino-americanos foram responsáveis pela garantia da sustentabilidade financeira do setor por meio de tarifas como principal fonte de financiamento (por exemplo, Chile, Colômbia, Costa Rica e Uruguai), mesmo em cenários de prestadores privados e/ou públicos/comunitários”. SANTOS, Gesmar Rosa dos; GÓES, Geraldo Sandoval; SIEFERT, Cesar Augusto Crovador. Estado, Planejamento e Regulação no

tório especifica o conjunto de exigências transferidas à concessionária, ficando o processo de fiscalização, em tese, para a entidade reguladora.

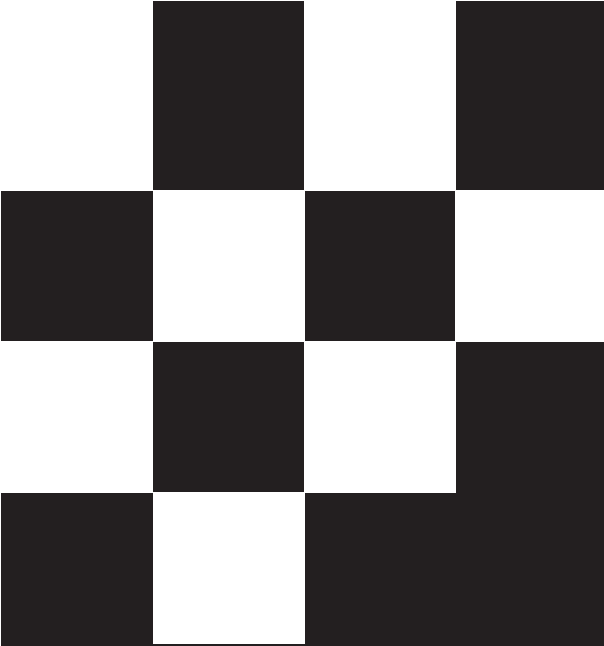
A dimensão real do papel dessa entidade e os riscos permanentes de captura podem ser antecipados pela compreensão do modelo inglês, que lhe atribui papel bastante relevante. Quando a entidade não consegue responder adequadamente por suas competências, é esperado que o sistema se deteriore, também por incentivos que aumentam o risco de condutas oportunistas dos operadores. Em verdade, quando essas etapas não estão devidamente concatenadas, ou nem sequer são satisfeitas, instala-se um ambiente de crise¹⁶¹ e insegurança, justamente o que aconteceu na Argentina,¹⁶² e pode explicar parte das dificuldades vivenciadas na Inglaterra.

A ausência de um marco legal e infralegal consistente e uma entidade reguladora autônoma e tecnicamente qualificada, em ambientes convulsionados no aspecto político e/ou econômico, pode desacreditar qualquer tentativa de uma nova dinâmica de operação dessa modalidade de serviço público. Logo, e isso foi fundamental, na comparação com as primeiras experiências de desestatização do setor no Brasil, no final do século XX (anos 90), já se percebe um amadurecimento institucional — superando a experiência argentina —, que começou pela Lei n. 11.445/2007, o Plansab (e suas atualizações) e agora, mais recentemente, com todas as mudanças impostas pela Lei n. 14.026/2020.

Setor de Saneamento: Mudanças, Atores, Concepções e Protagonismos. In: INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). **Boletim Regional, Urbano e Ambiental n. 29 – jan./jun. 2023**. Rio de Janeiro: IPEA, 2023, p. 13.

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

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



PARTE II

COMPONENTES E O DIREITO DO SANEAMENTO BÁSICO NO BRASIL





Capítulo III

Pressupostos do Direito do Saneamento Básico

1. Panorama Histórico e Políticas de Saneamento Básico no Brasil

1.1 Primeiros Passos de uma Política Nacional de Saneamento Básico

Para uma compreensão apurada do processo de formação do Direito do saneamento básico no Brasil, é primordial o resgate de sua história. Anteriormente à formação de cidades, no projeto colonialista português, não se falava em uma política de saneamento. É só a partir da fundação de cidades e da instituição do Governo Geral em 1548 que o acesso à água potável¹ e ao serviço de esgotamento sanitário aparecem como questões documentadas. Mesmo assim, durante todo o período em que a capital permaneceu na Bahia, em Salvador, ou mesmo nos primeiros anos do Rio de Janeiro, os registros não permitem identificar avanços sólidos nesses serviços.² Em observações feitas à época, nas cartas trocadas por europeus em passagem pelo Brasil, constatava-se que:

1 SOUZA, Laura de Mello. (org.). **História da Vida Privada no Brasil**: cotidiano e vida privada na América Portuguesa. São Paulo: Companhia das Letras, 1997, p. 103.

2 "[...] até meados do século XVIII o Estado Brasileiro era praticamente ausente nas ações relacionadas à saúde e ao saneamento, visto que à metrópole só interessava garantir a exploração colonial. [...] A maior conquista no nível das coletividades foi representada pelo fornecimento de água à população por chafarizes, poços, cisternas e aquedutos, a partir do século XVIII, mesmo a demanda não sendo satisfatoriamente atendida. As pessoas de posses tinham água levada em potes para as casas, carregados por escravos ou transportados em lombos de animais. A população carente, todavia, pouco se beneficiara, tendo que buscar água cada vez mais longe, à medida que as cidades iam crescendo e seus mananciais sendo poluídos. A construção, manutenção e administração dos chafarizes eram realizadas pelas câmaras municipais tuteladas pelos intendentess municipais." Destacam os autores que os primeiros chafarizes foram construídos no Rio de Janeiro (1723), em Ouro Preto (1720), São Paulo (1744) e Porto Alegre (1779). REZENDE, Sonaly Cristina; HELLER, Léo. **O Saneamento no Brasil**: políticas e interfaces. 2. ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2008, p. 103-104.

Nos anos de 1800, as casas do Rio, construídas em terrenos úmidos, não têm fossas. Todos os detritos domésticos são atirados de qualquer maneira em barris que à noite os escravos despejam no mar. Dá para adivinhar a natureza das emanções que exalam esses barris durante o dia, em meio aos terríveis calores que reinam no lugar. Por volta das seis da tarde, uma interminável procissão desemboca de todas as ruas e dirige-se para a praia de D. Manoel. É o Rio de Janeiro, começando o seu tratamento de limpeza. Os negros carregando o barril são como o símbolo da cidade.³

Ressalta-se que, no século XIX, nem sequer França ou Portugal haviam ultrapassado o padrão medieval nessa modalidade de serviço, tanto nos equipamentos privados quanto públicos. Porém, ainda no período de D. João VI são implantados os primeiros projetos sanitaristas no Brasil, mesmo que de repercussão muito localizada.⁴ Com D. Pedro II, o Rio de Janeiro ganha arborização (1851), calçamento (1853), redes de esgoto (1862) e abastecimento domiciliar de água (1864), muito embora não existissem banheiros dentro das residências, “[...] assim, a elite brasileira continuava urinando e defecando em baldes, penicos e caixas — cujo conteúdo era levado para o mar ou jogado nas ruas pelos escravos. [...] O Império tinha enriquecido, mas não era nada limpo”.⁵

3 Segundo o autor, conforme registrado nos testemunhos daquele período, “[...] no interior das casas do Rio acha-se uma tina destinada a receber todas as imundícies e refugos, que, em alguns casos, é levada e esvaziada diariamente, noutros somente uma vez por semana. Se acontece desabar um súbito aguaceiro, logo surgem das portas esses barris, e despeja-se-lhes o conteúdo em plena rua, deixando-se que a enxurrada o leve. Nas casas em que não se usa desses barris, toda espécie de detrito é atirada no pátio, formando a montoeira mais repugnante de que é possível uma imaginação limpa fazer ideia. [...] As praias, os terrenos baldios e os becos apresentam camadas espessas de abominações sempre frescas”. No século XIX, a Holanda e a Alemanha já tinham preocupações nesse sentido, mas Portugal e França preservavam um padrão insuficiente de limpeza. D. João VI foi o primeiro que tentou aperfeiçoar o abastecimento de água da cidade. BUENO, Eduardo. **Passado a Limpo: História da Higiene Pessoal no Brasil**. São Paulo: Gabarito de Marketing Editorial, 2007, p. 38-39.

4 Confirmam os autores: “[...] a primeira forma de autoridade sanitária no Brasil foi criada por Dom João VI em 1808 que, após algumas modificações, passou a corresponder ao cargo de Diretor-Geral de Saúde Pública. [...] No ano de 1849 foram criadas a Comissão Central de Saúde Pública, a Comissão Central de Engenharia e, em 1850, a Junta de Higiene Pública”. REZENDE, Sonaly Cristina; HELLER, Léo. **O Saneamento no Brasil: políticas e interfaces**. 2. ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2008, p. 105.

5 BUENO, Eduardo. **Passado a Limpo: História da Higiene Pessoal no Brasil**. São Paulo: Gabarito de Marketing Editorial, 2007, p. 46.

No caso dos resíduos urbanos, um problema que se agravava com o surgimento das primeiras cidades, somente a partir do movimento higienista (século XIX) passa a existir uma atenção para enfrentar este problema no Brasil — com o afastamento dos resíduos dos seus pontos de geração —, o que adquire maior organização e efetividade ao longo do século XX (o Código do Lixo, 1914, em São Paulo).

Nos Estados Unidos, a partir de 1910, com a expansão da rede de distribuição de água e esgotos e o surgimento dos banheiros modernos, essa ação torna-se uma prioridade pública e privada, além de uma tendência mundial, alcançando o Brasil, mais amplamente, depois da Segunda Guerra.⁶ Note-se que no início do século XX o Brasil ainda não tinha definido uma política efetiva voltada ao desenvolvimento do setor,⁷ e alguns municípios, inclusive, já haviam optado pela desestatização⁸ para viabilizar a expansão de tais serviços.⁹

Em uma dinâmica parecida, avançando em paralelo, já existiam discussões no sentido de desenvolver-se uma ação coordenada de Estado para o serviço de limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos, tendo São Paulo como um dos protagonistas. Foram as grandes epidemias do início do século XX, diretamente ligadas ao processo de urbanização e industrialização, que apontaram

6 Ibidem, p. 61.

7 “[...] a constituição dos sistemas coletivos de água e esgotos no Brasil teve a marca da concessão dos serviços pelas províncias às companhias privadas. O quadro epidemiológico enfrentado pela maioria das cidades brasileiras representava uma ameaça ao desenvolvimento da indústria e do comércio, já em andamento, principalmente na região sudeste, e o saneamento já era visualizado como intrinsecamente associado à viabilização das relações de produção. [...] a implementação das ações de saneamento era vista como essencial instrumento para a prevenção das doenças”. REZENDE, Sonaly Cristina; HELLER, Léo. **O Saneamento no Brasil: políticas e interfaces**. 2. ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2008, p. 127.

8 Ibidem, p. 120-121.

9 A primeira cidade do Brasil a possuir um sistema de coleta de esgotos foi o Rio de Janeiro, e a “[...] segunda cidade a contar com o sistema de esgotamento sanitário foi Recife, a partir de 1873. A concessionária dos serviços era a companhia inglesa Recife Drainage Company. [...] Essa concessão durou até 1908, tendo sido motivo de grande insatisfação por parte da população recifense, em função da reduzida área atendida pelo serviço. [...] Em Porto Alegre, o contrato de concessão do sistema de abastecimento de água pelo Governo da Província do Rio Grande do Sul à Companhia Hydraulica Porto-Alegrense, de capital inglês, foi selado em 1861”. Importante destacar, as concessionárias somente atendiam uma pequena parte das cidades, e em São Paulo, o Estado assumiu o sistema a partir de 1892. Ibidem, p. 127-128.

para a compreensão do saneamento — também incluindo o gerenciamento dos resíduos sólidos urbanos — como questão coletiva a ser abordada pelo Estado.

O período de 1910 a 1920 foi crucial, ao promover a conexão entre os planos sanitaristas e o grave problema de saúde pública que se impunha.¹⁰ A autonomia dos entes federativos adotada pela Constituição de 1891 tornava difícil uma atuação coordenada dos poderes públicos, mesmo quando o serviço de saneamento era controlado pelo Estado. O Ministério da Saúde só viria a ser criado em 1930, e, pouco tempo depois, em 1940, o Departamento Nacional de Obras e Saneamento (DNOS), justamente no período em que se discutem as condições e o interesse da iniciativa privada em permanecer titular das concessões dessa modalidade de serviço público. A responsabilidade pelo serviço é transferida para os municípios que, mais tarde, obterão o apoio da União, e, residualmente, dos estados, para a melhoria das estruturas existentes.

Em 1942, surgem as primeiras estruturas administrativas concebidas para construir e executar políticas para o setor de saneamento: o Serviço Especial de Saúde Pública (SESP), para a Região Amazônica, Vale do Rio São Francisco e do Rio Doce.¹¹ Logo depois, o Serviço Autônomo de Água e Esgoto na Região Nordeste e na Região Sul.

Portanto, pelo menos até o ano de 1970, os serviços permaneciam uma atribuição dos municípios, segundo o arranjo herdado do período colonial — o que até explica a redação final da Constituição Federal de 1988, ainda que relacione com timidez os assuntos de interesse local com o serviço de saneamento básico.¹² A experiência mais comum no Brasil envolvia autarquias municipais, diretamente responsáveis pelas ações de saneamento, embora os estados, nos anos 1960, já estivessem instituindo as primeiras companhias que, mais tarde, teriam atuação destacada no setor. Interessante observar os elementos de proximidade com a trajetória do setor

10 CARVALHO, Vinícius Marques de. **O Direito do Saneamento Básico**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 104.

11 A criação da SESP decorreu do convênio firmado entre o governo brasileiro e o governo norte-americano, no Rio de Janeiro, em 1942, durante a terceira Reunião de Consulta aos Ministérios das Relações Exteriores das Repúblicas Americanas, convocada pelo Chile, durante a Segunda Guerra Mundial. Ata da reunião, Disponível em: <http://www.oas.org/council/pr/RC/atas.asp>. Acesso em: 06 nov. 2020.

12 REZENDE, Sonaly Cristina; HELLER, Léo. **O Saneamento no Brasil**: políticas e interfaces. 2. ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2008, p. 127.

em Portugal — do protagonismo dos municípios para um deslocamento do centro de poder na direção dos arranjos coletivos, sem impedir a convivência dos diferentes formatos de operação.

A tradição brasileira amadureceu dentro da perspectiva de que os municípios, pelo interesse predominante e local, tinham a responsabilidade de desenvolver essa política pública nos seus limites territoriais. No decorrer, naturalmente, o tema adquiriu outras complexidades, desafiando os gestores públicos a encontrar novas respostas para problemas persistentes.

1.2 Plano Nacional de Saneamento (Planasa)

No final dos anos 1960, o cenário nacional e internacional de investimentos estimulava a centralização do serviço de saneamento, o que pode ter contribuído para a confecção do Plano Nacional de Saneamento (Planasa).¹³ Em 1968 é instituído o Sistema Financeiro de Saneamento (SFS), administrado pelo Banco Nacional da Habitação (BNH), a base do Planasa, que começou a funcionar de forma efetiva a partir de 1971.

Trata-se, a rigor, da primeira política nacional de saneamento desenvolvida no Brasil, fortalecendo a União, e, principalmente, os estados, a partir do controle dos investimentos e das operações em detrimento da autonomia que era atribuída aos municípios¹⁴. A titularidade do serviço permanecia dos municípios, mas, na prática, foi montado um sistema que privilegiava o protagonismo da União Federal e dos Estados-membros na condução da política pública, estabelecendo-se uma interessante dialética entre *centralismo* e *regionalização*.

A União Federal tutelava as políticas de financiamento do setor (o centralismo), mas cabia aos estados a operação do sistema a partir da criação das companhias estaduais (a regionalização). Durante o regime militar, desenha-se e executa-se um projeto de expansão em termos de investimento em estrutura, com centralização de planejamento e regionalização da operação, sem negar a existência da titularidade municipal. O Decreto-Lei n. 949/1969,

13 Ibidem, p. 210.

14 GALVÃO JUNIOR, Alceu de Castro et al. Análise de Contratos de Concessão para a Prestação de Serviços de Água e Esgoto no Brasil. **Revista de Engenharia Sanitária e Ambiental**, v. 11, n. 4, out./dez. 2006, p. 353-354.

que instituiu o Planasa,¹⁵ permitiu a avocação pelo governo federal da responsabilidade de estipular as diretrizes, além de comprometer-se com uma política de investimentos para o setor¹⁶ em específico, pelo financiamento de companhias estaduais.

As vinte e sete companhias estaduais criadas assumiriam, nos seus territórios, a operação do sistema, da captação à distribuição no serviço de abastecimento de água; da coleta à disposição final no serviço de esgotamento sanitário. A eficiência econômica para a operação se daria a partir da adoção de mecanismos de compensação entre as localidades, ainda que de forma pouco sistemática — o denominado *subsídio cruzado*.¹⁷ Aqui, como se observa, o serviço de saneamento fica limitado aos subsistemas *abastecimento de água e esgotamento sanitário*.

Com esses movimentos, consolidou-se um modelo, uma política pública de orientação nacional, mas com participação dos subnacionais: mais os estados, menos os municípios. Uma decisão de política de governo, que mostrou-se acertada para o momento. A maior prova disso é a longevidade do modelo e a sua resiliência, mesmo com a sucessão de hegemonias políticas no contexto nacional, o que contempla a transição de um Regime Autoritário

15 “[...] o Plano Nacional de Saneamento — PLANASA conferia ao governo federal atribuições de financiamento, política tarifária e definição de diretrizes, e aos governos estaduais, por intermédio de companhias estaduais, a expansão e a execução dos serviços de água e esgoto. O PLANASA incorporava, dessa forma, dois níveis de delegação: primeiro, entre os municípios e as companhias estaduais para prestação dos serviços; segundo, entre estados e governo federal, para planejamento e financiamento do setor. Durante a vigência do Plano, foram investidos mais de 9 bilhões de dólares na expansão da infraestrutura e prestação de serviços. Entre 1970 e 1985, a cobertura dos serviços de água e esgoto aumentou, respectivamente, de 54,4% e 22,3% em 1970 para 87% e 43% em 1985”. CUNHA, Alexandre dos Santos et al. Poder Concedente e Marco Regulatório no Saneamento Básico. **Cadernos Direito GV**, v. 2, São Paulo, mar. 2006, p. 16.

16 TRINDADE, Karla Bertocco. A Construção de um Novo Modelo Institucional para o Saneamento no Estado de São Paulo. In: MOTA, Carolina. (coord.). **Saneamento Básico no Brasil: aspectos jurídicos da Lei Federal n. 11.445/2007**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 290.

17 Em algumas localidades, em razão da baixa densidade populacional, ou da própria topografia da cidade, a prestação do serviço mostrava-se muito onerosa, sendo impossível recuperar os investimentos feitos apenas com as contribuições daqueles usuários. Assim, era preciso exigir pagamentos maiores dos usuários de municípios com resultado positivo na operação, o que permite a utilização do denominado subsídio cruzado, a metodologia que até hoje sustenta a equação econômico-financeira da operação.

(1964-1988) para um Estado Democrático de Direito em permanente construção (1988 até os dias atuais).

Os estados, a partir do Planasa, ficaram encarregados de criar companhias públicas, entidades integradas às suas administrações indiretas, com o formato de pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos — dessa categorização decorria um regime jurídico híbrido, hoje regulado pela Lei Federal n. 13.303/2016. Na comparação, um movimento que antecipa a política de saneamento em Portugal, que também transitou da fragmentação para a regionalização, na busca por ferramentas de governança que acelerassem o processo de universalização dos serviços com a qualidade exigida pela população e pelos organismos nacionais e internacionais.

No caso do Brasil, as entidades deveriam trabalhar pela expansão das redes coletivas de acesso à água potável e ao esgotamento sanitário. O foco dessa política era a realização de obras, além da disponibilização do serviço aos usuários mediante a cobrança de tarifas que poderiam não corresponder ao custo real do serviço.

A dinâmica implantada no Planasa em 1971, decorreu também das dificuldades vivenciadas pela maioria dos municípios¹⁸ no momento de mostrar capacidade para concretizar os investimentos indispensáveis à universalização da política pública. O plano objetivava alcançar 80% da população urbana, viabilizando o acesso à água potável, e, pelo menos, 50% em relação aos serviços de esgotamento sanitário. Começa-se a discutir a necessidade de metas objetivas e urgentes para o setor, diante da precariedade das infraestruturas. No Planasa, como já se disse, havia um foco muito maior na construção, não na operação, e, como consequência, na fixação (e fiscalização) de metas de desempenho. As companhias estaduais e as empresas de construção civil detinham a liderança deste processo.

O sistema era autorregulado e o desenho tarifário não havia sido concebido para produzir uma operação mais eficiente, ou seja, não existiam bons incentivos para a evolução da política. E, ainda, privilegiou-se os investimentos na cobertura de água,

18 DANTAS, Camila Pezzino Balaniuc. A questão da competência para a prestação do serviço público de saneamento básico no Brasil; In: PICIN, Juliana; FORTINI, Cristiana. (orgs.). **Saneamento Básico**: estudos e pareceres à luz da Lei n. 11.445/2007. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009, p. 30.

negligenciando-se o serviço de esgoto¹⁹. Fez-se muito mais nas áreas urbanas, ficando para trás a zona rural e regiões de difícil acesso. As comunidades do campo, da floresta e da água, dentre outras, inclusive no espaço urbano, não prioridade nesses primeiros momentos.

Com isso, em muitos estados brasileiros, uma parte importante do território não recebeu cobertura de atendimento pelas companhias estaduais. Inclusive, nos municípios atendidos pelas companhias estaduais, a regra geral observada foi que os contratos abrangiam o centro urbano e áreas próximas, indicando que a maior parte da zona rural dos municípios não possuía contrato. Somente agora, com as concessões licitadas sob o *Novo Marco*, titulares e operadores, sem descuidar do ponto de equilíbrio desses contratos, estão redefinindo o campo de abrangência dos acordos vigentes.

Apenas como base de comparação, no exemplo de Portugal, entre 1975 e 1990, houve um desenvolvimento do setor de

19 Segundo o autor, “[...] No Brasil, a primeira adutora de água começou a ser construída no ano de 1673, no Rio de Janeiro. Em 1723, foi inaugurado o Aqueduto da Carioca, hoje conhecido como “Arcos da Lapa”, cartão postal da capital fluminense. A história do saneamento básico brasileiro está intrinsecamente relacionada à chegada da Família Real ao país, em 1808, quando houve um forte adensamento populacional e, por consequência, um aumento na geração de lixo e na demanda por água, o que exigiu a implantação de uma infraestrutura mínima de saneamento no país. [...] Nessa atividade, ao contrário do que ocorreu nos setores de energia e telecomunicações, a União não constituiu grandes empresas estatais responsáveis pela operação ou mesmo regulação dos serviços. Dom Pedro II contratou empresas inglesas para estudar e implementar redes de esgoto nas principais cidades brasileiras. O Rio de Janeiro foi a quinta cidade do mundo a adotar o sistema de coleta de esgoto, em 1864. Mas a realidade é que o serviço se restringia a um número bastante pequeno de famílias. [...] Uma primeira tentativa de solução para o problema foi buscar a iniciativa privada para trazer investimentos para o setor. Embora o Rio de Janeiro tenha estabelecido um sistema público, foram delegados para a iniciativa privada os serviços de abastecimento de água em importantes cidades, tais como Porto Alegre (Companhia Hidráulica Porto Alegrense), Fortaleza (Ceará Water Works Company Limited), Recife (Recife Drainage Company), São Paulo (Companhia Cantareira de Águas e Esgoto), Belém (Companhia das Águas do Grão-Pará) e São Luís (Companhia das Águas do Grão-Pará). Público ou privado, todos os serviços atendiam a uma parcela pequena da população, apresentando uma qualidade, muitas vezes, precária. A partir de meados do século XIX, houve a edição das primeiras leis para o saneamento, mas ainda totalmente insuficientes para estimular a construção de redes para abastecimento de água e esgotamento sanitário no país. Na primeira década do século XX, diante de sua incapacidade para solucionar os problemas sanitários, os estados passaram a buscar o auxílio da União”. BERTOCCELLI, Rodrigo de Pinho. **Prestação regionalizada de saneamento básico no Brasil: experiências concretas.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2023, p. 16-18.

saneamento, que não diminui a importância das mudanças ocorridas a partir de 1993, quando “[...] passámos a ter algumas dezenas de sistemas regionais de iniciativa estatal para a prestação de serviços em alta, complementando algumas centenas de sistemas locais de iniciativa municipal para a prestação dos serviços em baixa, com as consequentes economias de escala e melhoria geral da qualidade do serviço e da sua viabilidade. Passámos a ter uma terceira presença, a dos privados, até aí vedada, trazendo empreendedorismo ao sector e complementando as capacidades do Estado e dos municípios. [...]. Os municípios passaram a poder optar entre a tradicional gestão directa, através dos serviços municipais ou municipalizados, e a delegação em empresas municipais ou a concessão em empresas privadas. O Estado optou nos sistemas regionais pela concessão em empresas de capital público, mantendo-se a EPAL como uma excepção sob a forma de delegação”²⁰. Além disso, o destaque dado ao papel da entidade reguladora, a ERSAR criada em 2009 (ou Entidade Reguladora dos Serviços de Água e Resíduos), antes IRAR, de 1998 (Instituto Regulador de Águas e Resíduos), também influenciou os debates que já se desenvolviam no Brasil²¹.

Conforme já enfatizado, durante o Planasa, avançou-se em relação ao serviço de abastecimento de água, mas houve menos atenção no serviço de coleta e tratamento de esgoto, consolidando um problema que persiste até a atualidade no Brasil.²² Entretanto, diferentemente do que se imaginava, PPPs com abordagem específica para o serviço de coleta e tratamento de esgoto têm produzido contratos de concessão derivados de processos licitatórios. É o caso recente do contrato assinado entre Sanepar e Aegea (ou Ambiental Paraná) para a execução de obras de infraestrutura,

20 São considerados serviços em alta (ou sistemas em alta) a captação, o tratamento, o bombeamento, a adução de água e a reservação (no caso de abastecimento de água); o bombeamento, o transporte, o tratamento e a disposição final (no serviço de esgotamento sanitário). Por sua vez, são nomeados como serviços em baixa (ou sistemas em baixa): a distribuição e a utilização (no caso de abastecimento de água); a descarga e a coleta (no serviço de esgotamento sanitário). PATO, João Howell. **História das políticas públicas de abastecimento e saneamento de águas em Portugal**. Lisboa: ICS, 2011, p. 189.

21 PATO, João Howell. **História das políticas públicas de abastecimento e saneamento de águas em Portugal**. Lisboa: ICS, 2011, p. 195–196.

22 Segundo dados do SISTEMA NACIONAL DE INFORMAÇÃO SOBRE SANEAMENTO (SNIS). **Diagnóstico dos Serviços de Água e Esgoto**, 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/cidades/pt-br/aceso-a-informacao/acoes-e-programas/saneamento/snis/produtos-do-snis/diagnosticos-snis>. Acesso em: 22 fev. 2024.

melhorias, manutenção e operação em 16 municípios da microrregião do Centro-Litoral relacionados ao esgotamento sanitário pelo prazo de 24 anos.

A propósito, confira-se o mapa do índice de atendimento urbano por rede coletora de esgoto (IN024 do SNIS 2021), divulgado pelo Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento:



Fonte: Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento – SNIS (2021).²³

²³ O presente trabalho utiliza de dados do Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento de 2021 no que diz respeito à abrangência do atendimento urbano dos componentes do setor de Saneamento Básico. Isso se deve à publicação posterior do Censo Demográfico do Brasil em 2022 ao Diagnóstico SNIS de 2022. Dessa forma, o SNIS 2022 não apresenta os dados de população urbana atendida,

Abaixo, veja-se o mapa do índice de tratamento de esgoto coletado (IN016 do SNIS 2022) dos municípios com prestadores de serviços integrados ao Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento:



Fonte: Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento – SNIS (2022).²⁴

Conforme Relatório 2022 do Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento, observa-se que do total de esgoto gerado, apenas 52,2% (IN046) são tratados. Já do esgoto coletado, 81,6% (IN016) são tratados.

não sendo capaz de calcular os índices de atendimento urbano. SISTEMA NACIONAL DE INFORMAÇÃO SOBRE SANEAMENTO (SNIS). **Diagnóstico dos Serviços de Água e Esgoto 2021**. Brasília, dez. 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/cidades/pt-br/aceso-a-informacao/acoes-e-programas/saneamento/snis/produutos-do-snis/diagnosticos-snis>. Acesso em: 22 fev. 2024.

24 SISTEMA NACIONAL DE INFORMAÇÃO SOBRE SANEAMENTO (SNIS). **Diagnóstico dos Serviços de Água e Esgoto 2022**. Brasília, dez. 2023. Disponível em: <https://www.gov.br/cidades/pt-br/aceso-a-informacao/acoes-e-programas/saneamento/snis/produutos-do-snis/diagnosticos-snis>. Acesso em: 22 fev. 2024.

No Brasil, em algumas regiões, foram desenvolvidas modalidades voltadas à concessão do serviço de esgotamento sanitário para operadores privados, diante da evidente necessidade de retomada imediata dos fluxos de investimentos no setor²⁵ — o caso da PPP da Corsan para a Região Metropolitana de Porto Alegre, no Rio Grande do Sul (2019); ou da Grande Vitória, municípios de Cariacica e Viana, no Espírito Santo (2020).

Diante da obrigatoriedade de atrair a liquidez de novos financiadores e investidores, a mudança da legislação no Brasil buscou criar um ambiente mais favorável para uma convivência entre diferentes formatos de exploração desta modalidade de serviço público, com mais segurança jurídica e, possivelmente, maior competitividade.

A propósito, para superar preconceitos, cita-se o fato de que entre Companhias Estaduais de Saneamento diversas já realizaram algum tipo de parceria público-privada (PPP), por exemplo:

- *Casal – Companhia de Saneamento de Alagoas: o PPP para a construção e a operação de um novo sistema adutor de água; o PPP para a implantação e a operação do sistema de esgotamento sanitário da parte alta da Cidade de Maceió/AL; o Locação de ativos, precedida da concessão do direito real de uso das áreas e da execução das obras de implantação de sistema de esgotamento sanitário nos bairros do Farol, Pinheiros, Pitanguinha, Gruta de Lourdes, Canaã, Santo Amaro e Jardim Petrópolis, da cidade de Maceió/AL.*
- *Cesan - Companhia Espírito Santense de Saneamento: o PPP para a prestação dos serviços de esgotamento sanitário da cidade de Serra/ES. o PPP para a prestação dos serviços de esgotamento sanitário em Vila Velha/ES.*
- *Compesa – Companhia Pernambucana de Saneamento: o PPP para a prestação dos serviços de esgotamento sanitário na Região Metropolitana do Recife e no município de Goiana/PE.*

25 DEMOLINER, Karine Silva. Água e Saneamento Básico: regimes jurídicos e marcos regulatórios no ordenamento brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 113. Ver também: DANTAS, Camila Pezzino Balaniuc. A questão da competência para a prestação do serviço público de saneamento básico no Brasil. In: PICIN, Juliana; FORTINI, Cristiana. (orgs.). **Saneamento Básico**: estudos e pareceres à luz da Lei n. 11.445/2007. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009, p. 31.

- *Copasa – Companhia de Saneamento de Minas Gerais: o PPP para a operação e manutenção do sistema de abastecimento de água potável do Rio Manso/MG.*
- *Embasa - Empresa Baiana de Águas e Saneamento: o PPP para a construção e operação do sistema de disposição oceânica do Jaguaribe/BA.*
- *Sabesp – Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo: o Locação de ativos para o financiamento, construção e préoperação do sistema de esgotamento sanitário Pararangaba/SP, composto de estação de tratamento, linhas de recalque, estações elevatórias e coletores tronco na Zona Leste de São José dos Campos/SP; o Locação de ativos para a construção e operação do sistema de esgotamento sanitário em Campos do Jordão/SP; o Parceria estratégica para a construção de estação de reúso de água industrial para o ABC Paulista/SP: projeto Aquapolo Ambiental; o Parceria estratégica para a prestação dos serviços de água potável e de esgotamento sanitário em Mairinque/SP; o Parceria estratégica para o oferecimento de soluções em tratamento de efluente não domésticos; o Parceria estratégica para a prestação dos serviços de abastecimento de água potável e de esgotamento sanitário em Andradina/SP; o Parceria estratégica para a prestação dos serviços de abastecimento de água potável e de esgotamento sanitário em Castilho/SP; o Parceria estratégica para a modernização, implementação e gestão do sistema de tratamento de esgotos em Mogi Mirim/SP; o PPP para operação do sistema produtor de água potável do Alto do Tietê; o PPP para operação do sistema produtor de água potável de São Lourenço;*
- *Saneago – Companhia Saneamento de Goiás: o Subdelegação da prestação regionalizada dos serviços públicos de esgotamento sanitário e dos serviços complementares a eles relacionados, no âmbito dos municípios de Aparecida de Goiânia/GO, Jataí/GO, Rio Verde/GO e Trindade/GO*
- *Agespisa - Águas e Esgotos do Piauí S.A: o Subconcessão dos serviços de abastecimento de água potável e de esgotamento sanitário, incluindo gestão comercial na área urbana de Teresina/PI.²⁶*

26 Fundação Escola de Sociologia e Política de São Paulo (FESPSP). SCAZUFCA, Pedro. **A Experiência Prática com Modelos de Parcerias para Alavancar Investimentos em Saneamento no Brasil**. São Paulo: FESPSP, 2020, p. 19-21.

No Planasa, como se esclareceu outras vezes, tem-se uma concentração de tarefas com a União, mas os estados obrigam-se a operar o serviço, a partir da vinculação do município com a companhia estadual daquela região. Quantitativamente, alcançou-se relativo sucesso com a implantação do Planasa²⁷, em razão do volume de recursos destinados ao sistema pelo governo federal.²⁸

No entanto, com a diminuição do aporte de recursos públicos federais e a desestruturação do formato original do modelo, após a extinção do BNH, e, em seguida, do próprio Planasa²⁹, as companhias estaduais passaram a acumular as funções de financiamento, planejamento, regulação e fiscalização do serviço, inviabilizando o formato original. Além das restrições financeiras observadas na crise dos anos 80 (século XX), já se identificava problemas de eficiência operacional.

A Constituição Federal de 1988 desenhou uma complexa distribuição de competências legislativas e administrativas em matéria de saneamento básico no Brasil. Os quatro artigos dedicados ao tema (arts. 23, IX; 30, V; 25, §3º; e 200) são o reflexo da construção das políticas de saneamento iniciadas em 1942.

1.2.1 Fundação Nacional de Saúde (Funasa)

A Fundação Nacional de Saúde (Funasa) é uma fundação pública vinculada ao Ministério da Saúde — que surgiu com a promulgação do Decreto Federal n. 100/1991. Atualmente, conforme o Decreto Federal n. 11.223/2022, a Funasa é responsável por “[...] fomentar

27 Segundo dados desse trabalho, “[...] entre 1970 e 1985, a cobertura dos serviços de água e esgoto aumentou, respectivamente, de 54,4% e 22,3% em 1970 para 87% e 43% em 1985. Como agentes centrais de implementação do Plano, as companhias estaduais de saneamento foram fortalecidas pelo modelo adotado”. CUNHA, Alexandre dos Santos et al. Poder, Concedente e Marco Regulatório no Saneamento Básico. **Cadernos Direito GV**, v. 2, São Paulo, mar. 2006, p. 9.

28 “[...] apesar do centralismo do modelo e da falta de participação dos Municípios, os níveis de abastecimento de água e coleta de esgotos cresceram significativamente, com investimentos da ordem de US\$ 9 bilhões no período”. TRINDADE, Karla Bertocco. A Construção de um Novo Modelo Institucional para o Saneamento no Estado de São Paulo. In: MOTA, Carolina. (coord.). **Saneamento Básico no Brasil: aspectos jurídicos da Lei Federal n. 11.445/2007**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 291.

29 GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. A Evolução Jurídica do Serviço Público de Saneamento Básico. In: OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; POZZO, Augusto Neves. (coords.). **Estudos sobre o Marco Regulatório do Saneamento no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 24.

ações de saneamento para prevenção e controle de doenças” e, também, “[...] formular e implementar ações de promoção e proteção à saúde relacionadas com as ações estabelecidas pelo Subsistema Nacional de Vigilância em Saúde Ambiental”.³⁰ Nesse sentido, a fundação tem um compromisso alinhado com as metas do *Novo Marco Legal do Saneamento* em buscar a universalização dos serviços de saneamento básico em regiões vulneráveis que sofrem com a falta desse serviço.

Destaca-se, portanto, que a fundação possui um papel fundamental de inclusão social, atuando junto às comunidades que muitas vezes não são assistidas pela Política Nacional de Saneamento Básico. Sua contribuição parte do financiamento, da implementação e da ampliação de sistemas de abastecimento de água e de sistemas de coleta de esgotos em municípios de até 50 mil habitantes. Promove, também, ações de saneamento em áreas rurais dos municípios brasileiros — locais onde se verifica a ausência de infraestrutura e sistemas adequados para solucionar os problemas sanitários.

Quanto ao manejo de resíduos sólidos, a Funasa se preocupa em desenvolver processos de coleta de resíduos com cooperativas e associações de catadores locais, rotas tecnológicas com a finalidade de aproveitar os resíduos coletados, financiando a construção de galpões de triagem e, para a disposição final adequada dos rejeitos, a construção de aterros sanitários. Buscando, dessa forma, a universalização vertical e horizontal dos serviços que compõem o conceito de saneamento básico.³¹

Ademais, na lógica de redução de riscos à saúde dos cidadãos, a Funasa elabora programas de desenvolvimento de estudos e pesquisas nas áreas de saneamento, saúde e proteção ambiental, auxiliando na construção de planos e políticas públicas dos entes da federação. Além disso, promove, também, ações e projetos educativos à sociedade, a fim de estimular a participação dos cidadãos na elaboração das políticas públicas de saúde e saneamento básico

30 Art. 2º À Funasa, entidade de promoção e proteção à saúde, compete:
I - fomentar soluções de saneamento para prevenção e controle de doenças; e
II - formular e implementar ações de promoção e proteção à saúde relacionadas com as ações estabelecidas pelo Subsistema Nacional de Vigilância em Saúde Ambiental.

31 BRASIL. Ministério da Saúde. **Fundação Nacional de Saúde — Funasa**. Disponível em: <https://www.funasa.gov.br/a-funasa1>. Acesso em: 20. Mar. 2024.

e na prestação desses serviços, responsáveis por impactar diretamente no bem-estar da população.³²

Mesmo que exista alguma insegurança em relação ao seu futuro, em 2024, por acordo entre Executivo Federal e Poder Legislativo, continuará contribuindo para o setor de saneamento, ainda que seja preciso reconquistar o seu espaço de atuação e relevância no setor. Até então, apenas para exemplificar, a Funasa sempre fomentou ações de saneamento em áreas rurais e comunidades tradicionais, populações remanescentes de quilombos, assentamentos da reforma agrária e comunidades ribeirinhas. Inclusive, dentro suas mais destacadas intervenções, estão as *Melhorias Sanitárias Domiciliares* (MSD), o que abrange instalações hidrossanitárias mínimas – soluções individuais e coletivas de pequeno porte, com abordagens personalizadas.

1.3 Programa de Modernização do Setor de Saneamento (PMSS)

Sob influência das políticas concebidas pelo Banco Mundial e FMI, o Brasil começa a sinalizar outro rumo para o setor, quando surge, em 1993, o Programa de Modernização do Setor de Saneamento (PMSS); na base desse projeto, a intenção era diminuir a presença do Estado nessa modalidade de serviço público. A mesma intenção foi aprofundada pelo Plano Nacional de Desestatização (PND), a Lei Federal n. 9.491/1997, pela Reforma Administrativa (a Emenda Constitucional n. 19/1998), a Lei n. 9.886/2000, e por todo o conjunto de fontes normativas que instituíram, naquele período, marcos regulatórios para diferentes setores da economia nacional. Iniciava-se, no Brasil, a transição do modelo de Estado Burocrático para o Estado Gerencial.

Dentro nesse contexto, não se pode confundir o Plano Nacional de Desestatização (PND, 1997), com o Plano Nacional de Desenvolvimento (PND I e II, 1960/1970), sendo esse último, um período de ampliação da infraestrutura no país e o aprimoramento de setores relevantes da economia, no mesmo contexto do surgimento do BNDES (1952), da Petrobrás (1953), da Eletrobrás (1962) e da Telebrás (1972).

32 Ibidem

Com a crise fiscal e financeira vivida pelo Estado Brasileiro entre o final dos anos 70 e durante os anos 80, o poder de investimento em infraestrutura ficou reduzido, o que também explica as reformas constitucionais e legislativas propostas ao longo dos anos 90. Nas décadas seguintes, pôde-se observar que o investimento em infraestrutura no Brasil ficou longe do ideal, algo que se acentuou nos anos de 2015/2016.

Dentro de outro contexto político, nasce a Lei Federal n. 13.334/2016, que cria o Programa de Parcerias de Investimentos (PPI), acelerando os processos político-administrativos voltados à contratação de projetos de infraestrutura para o país. Os intuítos da criação do Programa era ampliar as relações entre o setor público e o setor privado e facilitar o início de novo ciclo de desenvolvimento³³.

A primeira fase do PMSS começou em 1993 e encerrou-se em 2000, tendo como objetivo a reordenação institucional do sistema. No setor elétrico e nas telecomunicações a presença do capital privado foi aspecto decisivo na retomada. No saneamento, tentava-se melhorar as condições para uma transição de modelos, reconhecendo a trajetória do sistema público, operado por autarquias municipais ou companhias estaduais, mas imaginando que o contexto brasileiro exigia incentivos capazes de atrair os atores privados para o setor – investidores e operadores.

Os dois caminhos normativos abertos foram as licitações (Lei n. 8.666/1993) e os contratos de concessão (Lei n. 8.987/1995). Depois ainda surgiu a Lei n. 11.079/2004 (Lei das PPPs) e mais

33 Nos termos do art. 2º da Lei que cria o Programa de Parcerias e Investimentos:
Art. 2º São objetivos do PPI:
I - ampliar as oportunidades de investimento e emprego e estimular o desenvolvimento tecnológico e industrial, em harmonia com as metas de desenvolvimento social e econômico do País;
II - garantir a expansão com qualidade da infraestrutura pública, com tarifas adequadas;
III - promover ampla e justa competição na celebração das parcerias e na prestação dos serviços;
IV - assegurar a estabilidade e a segurança jurídica, com a garantia da mínima intervenção nos negócios e investimentos;
V - fortalecer o papel regulador do Estado e a autonomia das entidades estatais de regulação; e
VI - fortalecer políticas nacionais de integração dos diferentes modais de transporte de pessoas e bens, em conformidade com as políticas de desenvolvimento nacional, regional e urbano, de defesa nacional, de meio ambiente e de segurança das populações, formuladas pelas diversas esferas de governo.

recentemente a Lei n. 14.133/2021 (Lei de Licitações e Contratos), sugerindo que outras transformações são esperadas nesse âmbito do direito administrativo nacional, também por influência das alterações havidas no Decreto-Lei n. 4.657/1924.

Se, no Planasa, o foco era universalizar a rede a partir da realização de obras físicas, projetos de estrutura, no PMSS buscava-se uma evolução das instituições que orbitavam no setor, dentro do conceito de *ações estruturantes*. Nessa linha, tramitou um projeto de lei no Congresso Nacional (PL n. 266/1996), de autoria do senador José Serra, que transferia a titularidade do serviço de saneamento dos municípios para os estados-membros.

O projeto de lei proposto pelo senador José Serra determinava que, nas hipóteses de sistema de produção de água servir a mais de um município, a titularidade passava para o estado-membro. A tese e o projeto foram rejeitados na Casa Legislativa, mas revelou a existência de um grupo de parlamentares que apostava nesse novo desenho como um modelo para o setor no futuro. O incentivo à participação do setor privado e a regionalização, defendidos nesse projeto, retornaram nos anos seguintes, ajudando a compor o núcleo duro do *Novo Marco Legal do Saneamento*.

No mesmo período, a Lei Federal n. 9.491/1997 estabeleceu o PND, indicando no seu art. 1º a necessidade de o Estado reordenar a sua posição estratégica na economia. Para tanto, era preciso reduzir a dívida pública, estimular a retomada de investimentos nos setores transferidos à iniciativa privada, modernizar a infraestrutura do país e permitir que a União Federal concentrasse os seus esforços nas atividades em que sua participação fosse fundamental para a consecução das prioridades nacionais.³⁴ Por isso, seguindo

34 A mudança ocorrida na geopolítica internacional a partir do início dos anos 1990 repercutiu decisivamente para o estabelecimento de uma discussão em torno do modelo de Estado proposto pela Constituição Brasileira de 1988. Influenciada em grande parte pela Constituição Portuguesa de 1976 (também uma Constituição analítica que sucede, contudo, naquele caso, um processo revolucionário) e, talvez, em menor medida, pela Lei Fundamental de 1949 (a atual Constituição Alemã), a Constituição Brasileira acaba reproduzindo essa tensão, ao adotar simultaneamente dois diferentes modelos: por um lado, o caso português, porque amplo é o espaço de intervenção estatal; por outro, a influência alemã e o respeito à dignidade da pessoa humana como um valor fundamental — não se deve esquecer que, logo após a experiência negativa de duas guerras, a Alemanha sublinha o seu texto com o imperativo da não exclusão. Desse conflito, decorreram várias mudanças no texto constitucional. Na legislação infraconstitucional, o Programa Nacional de Desestatização projeta “[...] permitir que a Administração Pública concentre

essa linha, têm importância a Lei Federal n. 8.987/1995 e a Lei Federal n. 9.074/1995, ambas determinando regras novas para a outorga de concessões e permissões, dentro dos limites estabelecidos pelo art. 175 da Constituição Federal.

Depois, surge o PL n. 4147/2001 — repetindo o PL n. 53/1991 —, de iniciativa do Poder Executivo, tentando instituir as diretrizes nacionais para o setor de saneamento, além de enfatizar a necessidade de uma transição gradual do modelo público para o modelo privado. Em síntese, os serviços de interesse local continuavam sendo de competência dos municípios; no entanto, quando uma das atividades de infraestrutura ou instalações operacionais repercutissem em dois ou mais municípios, integrantes ou não de região metropolitana, aglomeração urbana ou microrregião, seriam classificados como interesse comum — tornando-se competência do estado. Assim estava expresso no art. 4º do referido projeto de lei:

[...] É titular dos serviços públicos de saneamento básico:

I — o Município, nos serviços de interesse local;

II — o Distrito Federal, em sua área geográfica;

III — o Estado, nos serviços de interesse comum. [...].

Dessa maneira, os estados assumiriam a titularidade do serviço de saneamento básico em inúmeras localidades, o que poderia facilitar a estruturação de projetos para o setor envolvendo o setor privado. Na verdade, concentrar a titularidade dos serviços públicos de saneamento básico nos estados facilitaria a transição de um sistema majoritariamente público para um modelo diverso.

Como se disse anteriormente, desde o Planasa, com a criação do BNH e com recursos do FGTS, o governo federal controlava essa política, incentivando a aproximação dos municípios e as companhias estaduais. A partir da base de contratos das companhias estaduais, existia uma experiência prática de regionalização no Planasa, tomando por vezes o estado como um bloco único/majoritário, equilibrado pelo subsídio cruzado, envolvendo a maioria das economias do estado.

seus esforços nas atividades em que a presença do Estado seja fundamental para a consecução das prioridades nacionais [...]” (Lei n. 9.491/1997, art. 1º, V). O poder constituinte derivado, influenciado por esse novo momento, aprovou as Emendas Constitucionais n. 5/1995, n. 6/1995, n. 7/1995, n. 8/1995, n. 9/1995, n. 19/1998 e n. 36/2002, que alteraram de forma contundente a conformação proposta pelo poder constituinte originário para o Estado brasileiro.



Desconsiderar a proposta do modelo Planasa, para os municípios que mantivessem em funcionamento suas estruturas isoladas, dificultaria o acesso aos recursos federais disponíveis para o setor, o que agora retorna em outro desenho, pelas regras dispostas no *Novo Marco Legal do Saneamento* (2020).

Na década de 1990, no caso do serviço de saneamento, a decisão governamental de desestatizar o setor estava revelada pelo Programa de Modernização do Setor de Saneamento,³⁵ desde 1993.³⁶ Porém, tendo sobrevivido a três governos, passou por modificações, sem concretizar a intenção principal.³⁷

A convicção de alguns atores de que era preciso conceber um marco legal que incentivasse a participação privada no serviço de saneamento encontrou muita resistência no Brasil³⁸ — o que também se observou naquele período.³⁹ De outro lado, serviço de limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos a presença de operadores privados, em contratos administrativos típicos, era mais a

35 DEMOLINER, Karine Silva. *Água e Saneamento Básico: regimes jurídicos e marcos regulatórios no ordenamento brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 116.

36 VIEGAS, Eduardo Coral. **Visão Jurídica da Água**. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2005, p. 62-64.

37 "O histórico do PMSS revela relativa estabilidade institucional por perpassar cinco administrações na esfera do governo federal (1993-1994; 1995-1998; 1999-2002; 2003-2006; 2007-2010) e sobreviver ao projeto político de três presidentes da República [...]. Nessa trajetória, o Programa assumiu posições diferenciadas na estrutura organizacional da União e, sobretudo, desempenhou um papel condizente com o projeto político dominante de cada governo". BRITO, Ana Lúcia et al. **Panorama do Saneamento Básico no Brasil: Avaliação Político-Institucional do Setor de Saneamento Básico**, Volume IV. Brasília, Ministério das Cidades/Secretaria Nacional de Saneamento Ambiental, 2011, p. 60.

38 CARVALHO, Vinícius Marques de. Elementos para a Implementação do Novo Marco Regulatório na Gestão dos Serviços de Saneamento Básico no Brasil (série GV Law). In: SCHAPIRO, Mário Gomes. (coord.). **Direito e Economia na Regulação Setorial**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 215-216.

39 "[...] a participação do setor privado — se bem concebida — poderia melhorar a eficiência, mas é um tema controverso no Brasil e nem sempre tem sido usada com sabedoria. A participação do setor privado deve ser cuidadosamente desenhada para assegurar que melhorará a eficiência dos serviços existentes e gerará fundos para investimento para os projetos de maior prioridade, tais como o de melhores serviços para os pobres e coleta e tratamento de água residuais". BANCO MUNDIAL. *A Agenda da Água no Brasil: uma perspectiva do Banco Mundial*. In: **O Pensamento do Setor de Saneamento no Brasil: Perspectivas Futuras**, PMSS, Presidência da República, Secretaria Especial de Desenvolvimento Urbano — SEDU/PR, Série Modernização do Setor de Saneamento, IPEA/BIRD/UNDP, 2002, p. 89.

regra do que a exceção. Para as obras de drenagem urbana, desde o início de sua vigência, utilizava-se a Lei n. 8.666/1993 para terceirizar a execução dos projetos.

Na verdade, como ilustrado, existem experiências contemporâneas de desestatização e de reestatização em todo o mundo, sugerindo que o momento histórico de cada país, sua condição fiscal e a existência (ou inexistência) de infraestrutura instalada tornam-se fatores decisivos para a identificação do que é melhor, para um determinado estado de coisas. Por exemplo, em que medida são necessários investimentos substanciais, no curto ou no médio prazo, diante do estágio desta política pública no país, para que se alcance níveis aceitáveis de prestação de um serviço que é essencial.

Há, na decisão político-administrativa, correlação entre os dilemas conjunturais do setor e a capacidade de investimento do Estado. Observa-se, como flutuação natural das coisas, ciclos de concessão, de privatização e, até mesmo, de reestatização do setor, sem que isso implique a eleição de um único modelo como mais adequado para todas as circunstâncias.

A tentativa de viabilizar o interesse público —universalização, equidade, integralidade, solidariedade, sustentabilidade e participação social — com uma taxa de retorno atrativa para os investimentos privados, diante das características que o sistema possui no Brasil, sempre foi algo complexo.⁴⁰ A demanda real para ações de curto prazo está concentrada em regiões distantes dos grandes centros e habitadas, em sua maioria, por comunidades empobrecidas,⁴¹ o que dificulta a recuperação, apenas com a cobrança de tarifa, dos custos do empreendimento.⁴²

40 CARVALHO, Vinícius Marques de. Elementos para a Implementação do Novo Marco Regulatório na Gestão dos Serviços de Saneamento Básico no Brasil (série GV Law). In: SCHAPIRO, Mário Gomes. (coord.). **Direito e Economia na Regulação Setorial**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 184-185.

41 A universalização, nos locais em que se percebe a inexistência de infraestrutura adequada, dificilmente realiza-se observando simultaneamente o princípio da equidade, visto que a segregação social no Brasil confunde-se com a segregação espacial.

42 No mínimo, quando o tema é saneamento básico, "[...] a universalização exige, para sua própria eficácia social, estratégias concernentes e planejadas, até porque universalizar os serviços de saneamento significa, em primeiro lugar, garantir a todos o acesso à rede de distribuição de água e coleta de esgoto, assegurar que ninguém seja excluído do serviço em virtude da incapacidade de pagamento e, por fim, garantir o tratamento do esgoto coletado". CARVALHO, Vinícius Marques de. Elementos para a Implementação do Novo Marco Regulatório na Gestão dos

Nesses casos, a participação pública é necessária para mediar os interesses privados e públicos envolvidos na formatação desses modelos, e, se preciso, conceber uma política de subsídios para assegurar a sustentabilidade dos projetos. O papel do Estado — seja a regulação contratual, seja a discricionária — é fundamental para impedir condutas oportunistas dos operadores públicos ou privados.

Um ponto positivo que merece destaque é a autorização para levar infraestrutura sanitária mínima, em formatos adaptados, a áreas degradadas, de difícil acesso ou com problemas de reconhecimento formal, mas já consolidadas. Em muitos casos, as estruturas serão pensadas para aquele contexto, no sentido de ampliar a capacidade inclusiva dessa política pública, transcendendo a necessidade de projetos complexos, mas focando na instalação de infraestrutura sanitária suficiente para concretizar o acesso ao serviço de água potável e esgotamento sanitário.

Em relação ao PMSS, de 1993, as mudanças no cenário político nacional acabaram determinando outro caminho, outras prioridades; porém, tudo retornou com força dado o debate desencadeado pelo Novo Marco Legal aprovado no Congresso e as primeiras entregas decorrentes da Lei Federal n. 13.334/2016, que instituiu o Programa de Parcerias de Investimentos (PPI).

Por fim, é importante recordar que o programa passou por uma segunda fase a partir do acordo de empréstimo n. 4.292/BR firmado com o Banco Internacional para Reconstrução e Desenvolvimento (BIRD), em 1999, e evoluiu em 2003 para uma ação permanente do governo brasileiro, ligada ao Ministério das Cidades, e um dos instrumentos da Política Nacional de Saneamento. Mais tarde, as discussões que antecederam o Plano Nacional de Saneamento (2013) vincularam o grau de intervenção do Estado no desenvolvimento dessa política pública à estabilidade do país.

A Lei Federal n. 11.107/2005 (que trata dos consórcios públicos e dos contratos de programa), a Lei Federal n. 11.445/2007 (o texto original) e o Plano Nacional de Saneamento Básico (Plansab, 2013) significaram a retomada de um protagonismo do governo federal na construção de uma política pública voltada à universalização do

Serviços de Saneamento Básico no Brasil (série GV Law). In: SCHAPIRO, Mário Gomes. (coord.). **Direito e Economia na Regulação Setorial**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 188-189.

saneamento básico e sustentabilidade social, econômica e ambiental. Contudo, logo ficou comprovado que tais movimentos não seriam suficientes para enfrentar o déficit de infraestrutura no setor, agravado com o aprofundamento da crise fiscal vivida pelo Estado brasileiro.

Quando a Lei Federal n. 11.445/2007, no art. 11-B, estabelece as metas de universalização da cobertura de prestação dos serviços, abre-se a possibilidade de uma negociação que viabilize a expansão da cobertura contratual e a inclusão das metas de universalização, respeitado o equilíbrio econômico-financeiro. A data inicialmente programada para essa inclusão era o dia 31 de março de 2022 (Lei n. 11.445/2007, art. 11-B, § 1º⁴³). Caberia ao titular do serviço construir o acordo com o operador, sob pena de absorver diretamente a parte remanescente, ou assumir a responsabilidade de licitação complementar; assim sendo, o aditamento dos contratos existentes, mesmo os já licitados, desde que preservado o equilíbrio econômico-financeiro, pode ser o melhor encaminhamento (Lei n. 11.445/2007, art. 11-B, § 2º, I, II e III⁴⁴). Nesses acordos, que devem envolver a homologação da entidade reguladora, será possível:

[...] utilizar métodos alternativos e descentralizados para os serviços de abastecimento de água e de coleta e tratamento de esgoto em áreas rurais, remotas ou em núcleos urbanos

43 "Art. 11-B. Os contratos de prestação dos serviços públicos de saneamento básico deverão definir metas de universalização que garantam o atendimento de 99% (noventa e nove por cento) da população com água potável e de 90% (noventa por cento) da população com coleta e tratamento de esgotos até 31 de dezembro de 2033, assim como metas quantitativas de não intermitência do abastecimento, de redução de perdas e de melhoria dos processos de tratamento. (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020) § 1º Os contratos em vigor que não possuírem as metas de que trata o caput deste artigo terão até 31 de março de 2022 para viabilizar essa inclusão. (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020)".

44 "Art. 11-B [...] § 2º Contratos firmados por meio de procedimentos licitatórios que possuam metas diversas daquelas previstas no caput deste artigo, inclusive contratos que tratem, individualmente, de água ou de esgoto, permanecerão inalterados nos moldes licitados, e o titular do serviço deverá buscar alternativas para atingir as metas definidas no caput deste artigo, incluídas as seguintes: (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020) I - prestação direta da parcela remanescente; (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020) II - licitação complementar para atingimento da totalidade da meta; e (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020) III - aditamento de contratos já licitados, incluindo eventual reequilíbrio econômico-financeiro, desde que em comum acordo com a contratada. (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020)"



informais consolidados, sem prejuízo da sua cobrança, com vistas a garantir a economicidade⁴⁵ da prestação dos serviços públicos de saneamento básico (Lei n. 11.445/2007, art. 11-B, § 4º).

A não incorporação das metas nos contratos vigentes e a existência de áreas dentro do município sem cobertura de contrato ou de prestação direta do serviço pelo poder público sugere uma situação de inconformidade com o marco legal que precisa ser resolvida em algum momento. Por isso, prevalecendo razões de ordem prática, não se pode criar obstáculos para a readequação dos contratos ainda vigentes, de programa ou de concessão, ao conjunto de diretrizes e princípios discriminados na Lei n. 11.445/2007, art. 2º e os seus incisos.

Para contratos de concessão que já abrangem o serviço de abastecimento de água e esgotamento sanitário, quando for possível justificar as vantagens sociais, técnicas e econômicas, não se pode descartar uma ampliação de escopo que proponha solução para problemas no serviço de drenagem e manejo de águas pluviais ou limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos, visto que, por vontade do legislador, o conceito de serviço público de saneamento abrange todo esse conjunto de atividades. Diga-se de passagem, é o que se defende neste trabalho especificamente para os contratos de concessão vigentes (Lei n. 11.445/2007, art. 11-B, § 2º, III).

1.4 Lei Federal n. 11.445/2007 na Nova Ordem Constitucional

O ciclo político iniciado em 2003 resultou no Projeto de Lei n. 5.296/2005, aprovado e convertido na Lei Federal n. 11.445/2007, que dispõe sobre as diretrizes nacionais de uma nova política de saneamento básico para o Brasil. Conforme essa normativa, o município estaria autorizado a prestar o serviço na forma direta

45 O Relatório de Desenvolvimento Humano – Human Development Report, 2006 (UNDP, 2006) elaborado pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), definiu que a regulação e a recuperação sustentável de custos são tópicos fundamentais para a equidade e a eficiência dos serviços de saneamento básico. Desse modo, é necessário ter por objetivo, com o fim de ultrapassar desigualdades no acesso à água, que haja o limite de 3% como teto para o comprometimento da renda familiar com serviços de abastecimento de água e tratamento de esgoto. Mais informações sobre o relatório disponíveis em: <https://hdr.undp.org/content/human-development-report-2006>.

centralizada, direta descentralizada, com gestão associada entre os entes federados, indireta com empresas estatais ou indireta com empresas privadas.

A gestão do sistema compreenderia planejamento, regulação, fiscalização e prestação desde que implementadas as condições necessárias à operacionalização do serviço de saneamento básico nesses moldes. Muitas dessas ideias permanecem válidas, pois a Lei n. 11.445/2007 continua vigente e produzindo os seus efeitos, embora não na sua integralidade. Em realidade, as mudanças determinadas pela Lei n. 14.026/2020 não desconstruíram o centro, o núcleo duro do modelo proposto pela Lei n. 11.445/2007. Ao contrário, apenas reforçaram o discurso de que é preciso enfrentar os problemas de infraestrutura no setor a partir de um sistema mais atrativo aos investimentos privados. Ambos, o mundo público e o privado, dividindo parcelas de responsabilidade, podem propiciar uma evolução significativa para o setor.

Com a Lei Federal n. 11.445/2007, surge um catálogo ampliado de princípios para a prestação do serviço público de saneamento básico, no art. 2º e seus incisos. Entre eles estão a (i) universalização — ampliação progressiva do acesso de todos os domicílios ocupados ao saneamento básico —; (ii) integralidade; (iii) adequação — para que atenda às necessidades de saúde pública e de proteção do meio ambiente —; (iv) eficiência; (v) equidade; (vi) publicidade — com o enfoque da transparência —; (vii) participação, ou princípio do controle social; (viii) segurança; e (ix) qualidade. Por fim, redefiniu-se o conceito de saneamento para incluir, além do abastecimento de água potável e esgotamento sanitário, a limpeza urbana e o manejo de resíduos sólidos, a drenagem e o manejo de águas pluviais urbanas (Lei n. 11.445/2007, art. 3º), como destacado outras vezes.

Com base nessa orientação, inaugura-se o Programa de Desenvolvimento do Setor Água (INTERÁGUAS),⁴⁶ concebido para aperfeiçoar a trajetória de ações anteriores, como o PMSS. O objetivo principal era qualificar o poder público em todas as esferas, para uma coordenação e operação qualificada dessa modalidade de serviço público.

46 BRASIL. Ministério do Meio Ambiente, Ministério da Integração Nacional, Ministério das Cidades. Programa de Desenvolvimento do Setor Água — INTERÁGUAS, Carta-Consulta à Comissão de Financiamentos Externos — COFLEX. Brasília, 27 abr. 2009, p. 8-11.

No ano de 2008, o governo brasileiro, mediante ação conjunta do Ministério do Meio Ambiente, do Ministério da Integração Nacional e do Ministério das Cidades, decidiu que o investimento em infraestrutura hídrica seria responsabilidade do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC) — com recursos públicos —, uma abordagem que pode ser retomada em outra dimensão para este ciclo de governo (2023/2026), mesmo reconhecendo-se a limitação orçamentária e o agravamento do déficit fiscal (o fechamento de 2023), sem desconhecer que são diversas as razões para a atual fotografia.

O documento, uma carta-consulta à Comissão de Financiamentos Externos (COFIEIX), envolveu o INTERÁGUAS, revelando a perspectiva de um acordo de empréstimo (confirmado em dezembro de 2011) a ser celebrado pelo Brasil e o BIRD (Banco Mundial), acompanhado de uma contrapartida financeira nacional.

Consolida-se uma tendência de ampliação dos investimentos em infraestrutura, com recursos federais, nos estados e municípios, restando às operações com os organismos multilaterais a criação de programas de assistência técnica, justamente o caso do INTERÁGUAS, pois esse financiamento internacional buscava cooperação técnica para auxiliar na elaboração e implementação de projetos de estrutura que depois seriam efetivados com recursos públicos. Dentro dessa perspectiva, no dia 15 de dezembro de 2011, o Brasil e o Banco Mundial estabeleceram o acordo de financiamento, envolvendo apenas cooperação técnica, na medida em que as obras de infraestrutura, insiste-se, seriam financiadas com aporte de recursos públicos.⁴⁷

O Banco Mundial, dessa forma, construiu uma parceria sem condicionar, a partir do empréstimo, a desestatização do serviço,⁴⁸

47 Loan number 8.074-BR, Loan Agreement (Federal Integrated Water Sector Project — Programa de Desenvolvimento do Setor Água — INTERÁGUAS), between Federative Republic of Brazil and International Bank for Reconstruction and Development, 15 dez. 2011.

48 "O Banco Mundial já acumula vasta experiência no financiamento de projetos na área de recursos hídricos no Brasil, especialmente no Nordeste Brasileiro, com destaque para a exitosa parceria estabelecida no desenho, implementação e financiamento dos Programas PROÁGUA, SEMI-ÁRIDO e PROÁGUA NACIONAL. [...] Na área do saneamento há também referências de grande contribuição do Banco Mundial no desenvolvimento técnico, político-institucional e da gestão dos serviços em diversas experiências históricas exitosas. Em especial, vale destacar o Programa de Modernização do Setor de Saneamento (PMSS) e o Projeto de Assistência Técnica ao Prosanear — PAT-PROSANEAR. O primeiro com foco principal na estrutura institucional, assistência técnica e estados e municípios, apoio a

mas tão somente promover o desenvolvimento do setor com ações estruturantes voltadas para facilitar a universalização dos serviços públicos de saneamento básico — inclusive, quando justificável, colaborando para a revitalização dos prestadores públicos.

Como exemplo, podem-se citar os projetos Fundo Nacional do Meio Ambiente, o Programa Nacional do Meio Ambiente, o Fundo Nacional do Meio Ambiente II, o Programa de Desenvolvimento Sustentável do Pantanal I, o Programa Nacional do Meio Ambiente II, o Programa de Desenvolvimento Integrado do Noroeste do Brasil, o Plano Agropecuário e Florestal de Rondônia, o Projeto de Desenvolvimento Agroambiental do Estado de Mato Grosso, o Projeto de Desenvolvimento Sustentável de Recursos Hídricos, o PROÁGUA NACIONAL, o PMSS I e II e o PAT-PROSANEAR (apoio a projetos e implantação de obras de saneamento em assentamentos precários).

A intenção do governo federal era permanecer com o controle do processo — e, de fato, dentro das limitações conhecidas, realizou investimentos no setor —, da concepção à operação do sistema, na última década. Todavia não foram suficientes e, desde o término do INTERÁGUAS, em 2015, observou-se uma estagnação nos números do setor.

No mês de agosto de 2023, foi lançado um novo PAC, com orçamento para obras nas áreas da cultura, esporte, educação, saúde e cidades. Mesmo assim, não existe previsão de investimento público relevante para a área de saneamento (diante das necessidades diagnosticadas), o que também indica a compreensão do governo de que a participação dos atores privados neste setor continuará sendo incentivada, justamente na linha proposta pelo texto modificado da Lei n. 11.445/2007.

O ponto de destaque do *Novo Marco Legal* resume-se a criar um ambiente estável para atrair o capital privado e extrair, da competitividade habitual dos processos licitatórios, tarifas proporcionais aos serviços efetivamente prestados. A propósito, questões que serão aprofundadas com maior nível de detalhamento mais adiante dentro deste trabalho.

regulação, estudos, sistemas de informações, dentre outros itens importantes. O segundo, sobretudo, com foco no desenvolvimento de metodologia inovadora na elaboração de estudos e projetos de saneamento integrado em áreas de assentamentos precários". BRASIL. Ministério do Meio Ambiente, Ministério da Integração Nacional, Ministério das Cidades, Programa de Desenvolvimento do Setor Água — INTERÁGUAS, Carta-Consulta à Comissão de Financiamentos Externos — COFIEIX. Brasília, 27 abr. 2009, p. 13-14.



1.5 Plano Nacional de Saneamento Básico (Plansab)

O *Marco Legal do Saneamento Básico do Brasil*, a Lei Federal n. 11.445/2007, orientou os titulares dos serviços a planejarem a gestão mediante a adoção de políticas de saneamento (art. 9º), guiados por um plano federal, que tem por objetivo contribuir para o desenvolvimento nacional e a redução das desigualdades regionais. Assim, entrou em cena o substituto do Planasa, o Plano Nacional de Saneamento Básico (Plansab), de 2013, entregue seis anos após a promulgação da Lei Federal n. 11.445/2007. Essa demora prejudicou bastante a expectativa criada naquela época, muito embora mereça destaque a vantagem de ter transitado por múltiplas instâncias representativas de controle social.

A distância entre 2007 e 2013, pensando em planejamento, equilíbrio econômico-financeiro dos projetos e o fato de que as cidades são corpos vivos que se modificam, sugere que houve um prejuízo para o desenvolvimento dessa política pública. Existia a proposta de uma transição controlada, de um aperfeiçoamento gradativo do setor, combinando formalização, regulação e controle social, mas na realidade não apenas houve uma aplicação contida das melhores iniciativas da Lei Federal n. 11.445/2007, como perdeu-se muito tempo para trazer ao cotidiano das operações as boas práticas ali indicadas. No final das contas, a Lei Federal n. 14.026/2020 surge para revalorizar alguns desses pontos, além de propor modificações substanciais em outros, compondo de fato um novo ponto de partida, um *Novo Marco Legal* para o setor.

Desde o início, nos estudos desenvolvidos para a confecção do Plansab, os técnicos trabalharam nas suas conclusões com três diferentes cenários. O documento foi elaborado para um horizonte de vinte anos (2013-2033), orientando o planejamento dos serviços ao longo dessas duas décadas a partir de simulações em relação ao futuro do Brasil. Contudo, em todas essas análises, nenhuma projeção foi capaz de considerar a hipótese de o Estado brasileiro mergulhar em uma crise tão grave — também em razão do cenário internacional —, seja no aspecto político, econômico, seja sanitário (entre os anos de 2015 até 2022).

O Plansab adotou como metodologia a realização de seminários regionais e eventos para viabilizar uma ampla participação social na construção do documento, nos quais explicitaram-se os cenários prováveis para a política de saneamento do Brasil. Estima-se

que mais de quinhentas pessoas participaram dos cinco seminários (regiões Sul, Sudeste, Norte, Nordeste e Centro-Oeste), realizados de 2009 a 2010.

O “cenário 1” foi considerado como “desejado” para os anos 2011-2030, e tomado como base para a definição do planejamento, das diretrizes, das estratégias, das metas, dos investimentos e dos procedimentos. O “cenário 2” e o “cenário 3”, alternativos, foram descritos como necessários para o planejamento, de forma que, se houvesse mudança de rumo do cenário 1, os gestores teriam referenciais suficientes para corrigir os rumos do plano.

Não é exagero considerar que o Brasil — sem detalhar o conjunto de razões —, em 2015, estava vivendo importante instabilidade econômica, agravada em 2016 e 2017, ocasionando um congelamento no fluxo de investimentos públicos. De outro lado, no mundo, acentuaram-se os compromissos e alertas internacionais de respeito aos direitos humanos, em especial ao objetivo de universalização do acesso ao saneamento básico e à água potável⁴⁹ e de promoção de ações para atingir as metas do objetivo seis dos ODS.

Diante de um contexto tão complexo, o Poder Executivo e o Poder Legislativo obrigaram-se a construir artesanalmente um outro modelo, partindo do acúmulo de conhecimento e experiências obtidos durante a elaboração e discussão da Lei Federal n. 11.445/2007.

Caso o cenário 1 fosse concretizado, no qual cogitava-se manter, no Brasil, o nível de crescimento econômico de 5,5% do período 2009-2010, posteriormente ajustado para 2011-2012, haveria uma elevação dos investimentos, não apenas do setor público, como do setor privado, para diversos campos da economia nacional – essa era a tese sustentada. Poder-se-ia imaginar um estágio mais avançado dos indicadores sociais, com redução das desigualdades urbanas e regionais. Na política macroeconômica, seria preservada a estabilidade da moeda, o controle da inflação e as metas de superavit primário. Nesse sentido, segundo convicções do Governo Federal:

49 O relator especial da ONU para o saneamento básico e a água, Léo Heller, declarou, às vésperas do Fórum Mundial da Água realizado no Brasil em 2018, que os direitos humanos devem orientar a prestação de serviços, a regulação e as políticas públicas de água e saneamento. Também comentou sobre as iniciativas de privatização de operadores de serviço de saneamento, que, segundo ele, não são, por si só, violadoras dos direitos humanos, mas trazem riscos caso não sejam bem reguladas. Disponível em: <http://dssbr.org/site/2018/03/direitos-humanos-devem-orientar-politicas-de-agua-e-saneamento-diz-relator-da-onu/>. Acesso em: 06 nov. 2020.

[...] a taxa de investimento do setor público (Governo Federal, Estados e Municípios) perfaz um ciclo completo entre 2009 e 2020, cuja fase ascendente está entre 2009 e 2015 (salto de 3,28% do PIB em 2009 para 4,09% em 2015). A partir de 2016 ocorre a maturação do pacote de investimentos dos anos anteriores e a consequente queda da taxa de investimento, que alcança 3,16% do PIB em 2020. O aumento do investimento público no período em análise gera externalidades ao investimento privado. Assim sendo, o investimento agregado salta do patamar deprimido de 2009, de 16,71% do PIB, alcançando o seu ápice em 2015 (24,95%), e termina este ciclo de investimentos em 2020 com 23,3% do PIB.⁵⁰

Também foram projetados aperfeiçoamentos nos marcos regulatórios dos segmentos de oligopólio, ou com característica de monopólio natural, permitindo a ampliação de investimentos nos setores de energia, transporte e, principalmente, saneamento.⁵¹ Nesse ínterim, o Estado permaneceria com o protagonismo das políticas de saneamento, em escalada progressiva, garantindo um conjunto de direitos sociais, identificados com o direito ao desenvolvimento, o direito ao meio ambiente sadio e o direito ao futuro. Logo, o papel do Estado seria o de:

[...] provedor dos serviços públicos e condutor das políticas públicas essenciais, incentivando a garantia de direitos sociais com a incorporação da variável ambiental em seu modelo de desenvolvimento, estimulando o consumo sustentável. Estabilidade, aprimoramento e fortalecimento de instrumentos jurídicos e normativos, com definições claras para os atores envolvidos, consolidação das funções de gestão e relação entre os agentes do setor bem estabelecidas. Forte cooperação, consórcio e coordenação entre os entes federativos com incentivos para a melhoria das inter-relações.⁵²

50 HELLER, Léo. **Plano Nacional de Saneamento Básico**: PLANSAB, proposta de plano, Ministério das Cidades, Secretaria Nacional de Saneamento Ambiental, Brasília, 2011, p. 92.

51 Nesse contexto, “[...] o governo federal consegue aumentar o patamar de investimentos públicos em relação ao PIB (de 3,26% em 2011 para 4,54% em 2025 e 3,69% em 2030) com recursos do Orçamento Geral da União, emendas parlamentares, implementação do Plano de Aceleração do Crescimento (PAC) e de outros programas de governo, à medida que a economia registra elevadas taxas de crescimento”. Ibidem, p. 93.

52 Ibidem, p. 94.

Nesse ambiente favorável, esperar-se-ia um crescimento da economia nacional, dentro de uma visão de política macroeconômica, garantindo um controle sobre o nível de endividamento público. O Estado permaneceria comprometido com a prestação de serviço e o financiamento, nos termos do art. 175 da Constituição Federal. Seria o planejador e o executor das políticas públicas essenciais, com foco na concretização dos direitos fundamentais, sob um olhar de desenvolvimento com sustentabilidade social, econômica e ambiental.

A União Federal, as companhias estaduais e os próprios municípios, em atuação isolada ou sob o signo da cooperação, teriam relevância em todas as etapas do processo. Assim, o aprofundamento de mecanismos de controle e participação social na construção e implementação dessas políticas públicas tornar-se-ia indispensável, perseguindo a formação de uma comunidade ideal de fala, com a diminuição progressiva do déficit de informação, limitador de uma participação consequente nesses processos.⁵³ É um cenário que, por viabilizar a consolidação de um modelo público de prestação do serviço, depende de investimentos diretos no setor.⁵⁴

Historicamente, quando o Estado tem condições de investir em determinada política pública e já existe uma infraestrutura instalada, com razoável capacidade de atender às demandas da

53 Sem dúvida, é o que estudo conclui, "[...] os municípios têm apresentado problemas na gestão dos serviços, graças à descontinuidade política nas ações de saneamento, à ausência de uma gestão integrada, de planejamento participativo e controle social [...]. Neste contexto, têm se manifestado as dificuldades técnicas nos municípios, para captação de recursos e desenvolvimento de projetos, bem como para a elaboração de planejamento municipal. [...]. A ausência de transparência na utilização dos recursos disponíveis prejudica a fiscalização das ações de saneamento por parte dos diversos atores sociais. [...]. Assim, a inexistência de instrumentos que promovam uma abertura do setor de saneamento para a participação das sociedades, com planejamento e recursos que proporcionem a mobilização da população, têm sido fatores impeditivos para que se estabeleça uma efetiva gestão e um adequado controle social sobre as ações desenvolvidas no setor". HELLER, Léo et al. (org.). **Panorama do Saneamento Básico no Brasil: Visão estratégica para o futuro do saneamento básico no Brasil, Volume VI**, Brasília: Ministério das Cidades/Secretaria Nacional de Saneamento Ambiental, 2011, p. 73.

54 Os programas governamentais trazem macro diretrizes e estratégias que tentam identificar as fontes de financiamento, logo, referem-se "[...] ao investimento público e à cobrança pelos serviços de saneamento básico, visando, dentre outros aspectos, assegurar fluxo estável de recursos financeiros para o setor e mecanismos para sua eficiente utilização e fiscalização, com base no princípio da qualificação dos gastos públicos e da progressiva priorização de investimentos em medidas estruturantes". Ibidem, p. 30.

população, é possível observar uma tendência de tentar assumir a operação — o caso recente da reestatização em Paris. Todavia, não há nada mais longe desse cenário do que a realidade brasileira atual, mesmo diante dos planos e avanços apresentados pelo novo governo à sociedade para o ciclo já em andamento (2023-2026). Assim sendo, a intervenção do Estado no setor pode ocorrer na esfera da regulação ou da fiscalização (CF, art. 174), com diminuição de protagonismo no campo do investimento ou da operação.

Obviamente, em relação ao trabalho já desenvolvido pelas companhias estaduais, os estudos da época defendiam a continuidade assistida dos contratos de programa, depois dos obrigatórios aditamentos, até o advento do termo contratual. Ao mesmo tempo, a depender do caminho escolhido pelo controlador da companhia — a hipótese da privatização —, esses contratos de programa transitam para a condição de contratos administrativos de concessão, nos mesmos termos anteriormente acordados e atualizados entre municípios titulares, estado e empresa estatal (Lei n. 11.445/2007, art. 11-B, § 2º, III e Lei n. 14.026/2020, art. 14).

No caso do *cenário 2*, dentro dos mesmos estudos, admitindo-se que a economia mundial permanecesse com taxas mais baixas de crescimento, e o governo federal preservasse a diretriz de sua política econômica, com a manutenção do superavit primário e o controle da inflação, não teria o governo conseguido reduzir a dinâmica de aumento dos gastos correntes públicos. Portanto, seria imediato o impacto negativo nas reservas destinadas aos investimentos públicos — mantendo-se sempre abaixo de 3,7% durante todo o período, uma estimativa para 2020 e 2030. Assim, a economia apresentaria um crescimento menor, em torno de 4,4% ao ano de 2011 a 2020, e de 4,5% de 2010 a 2030.

No cenário 2, já era falado em desestatização, com isso, é razoável prever:

[...] a redução da intervenção do Estado na economia, com a privatização na prestação de serviços de funções essenciais e a pouca aplicação de marcos regulatórios, além de considerar cooperação de baixa efetividade e fraca coordenação na esfera interfederativa.⁵⁵

55 Ibidem, p. 192.

Por fim, no “cenário 3,” a política macroeconômica produziria um crescimento econômico menor, tornando a capacidade de gasto e investimento público moderada na comparação com os outros contextos. Aqui, da mesma forma, admitir-se-ia a possibilidade de redução do papel do Estado, com a desestatização de alguns serviços vinculados às suas funções essenciais.

Na verdade, para tal realidade, ante uma economia orientada ao controle da inflação e um crescimento menor em termos de investimentos públicos no setor, cogitava-se a “[...] manutenção do atual patamar de investimentos públicos federais em relação ao PIB e recursos do Orçamento Geral da União, em conformidade com os critérios de planejamento”.⁵⁶ Para uma situação que se revelou muito mais desequilibrada, mesmo antes da pandemia (2020-2022), a transferência de recursos públicos ao setor foi descontinuada.

Em nenhum dos três cenários a desestatização surgia como o modelo desejado, salvo diante de uma situação emergencial, de precariedade. Porém, é importante ressaltar, todas as análises ficaram distantes de projetar o estado de coisas dos períodos de crise da década passada e da emergência sanitária do COVID-19. Note-se que os cenários traçados consideravam principalmente duas hipóteses, sem nem sequer projetar ações no caso de ocorrência da terceira circunstância possível, talvez classificada como improvável à época.

Por isso, para a última hipótese, o contexto macroeconômico não foi desenhado, mas admitia mudanças no marco regulatório e conflitos nas relações interfederativas. A interpretação dessa hipótese há de ser no sentido de um abandono significativo das diretrizes traçadas no Plansab e da definição de novos modelos de gestão, a partir de uma reconfiguração do marco regulatório do saneamento aprovado em 2007. Logo, ainda que uma perspectiva remota para os grupos de discussão que colaboraram na confecção final do Plansab, foi a conjuntura que prevaleceu no Brasil.

1.6 Medidas Provisórias n. 844/2018 e n. 868/2018

As repercussões da crise política e econômica que teve início em meados de 2014 tornaram implausíveis os cenários projetados no Plansab, mesmo cogitando-se o mais pessimista deles (o cenário 3).

56 Ibidem, p. 99.



Como consequência, colocou-se novamente em pauta no debate público o papel do Estado na prestação de serviços de saneamento.

Merece destaque, nessa linha histórica, o Acórdão n. 3180/2016 do Tribunal de Contas da União (Plenário), que teve como Relator o Ministro Substituto André Luís de Carvalho, com base no TC n. 017.507/2015-4. Dentre os aspectos destacados no documento, voltado principalmente para *avaliar em que medida as políticas e ações federais relativas ao serviço de esgotamento sanitário no país contribuem para a gestão eficiente dos recursos hídricos*, constatou-se

*“I. Baixa priorização dos investimentos em esgotamento sanitário, com recursos do Orçamento Geral da União geridos pelo Ministério das Cidades, em municípios com níveis mais desfavoráveis de mortalidade infantil, cobertura da rede de coleta, desenvolvimento humano e disponibilidade hídrica, em desacordo com diretrizes para a Política Federal de Saneamento Básico. II. Ausência de uma avaliação pelo Ministério das Cidades dos resultados alcançados pelos empreendimentos que financia. A despeito de previsão legal para que isso aconteça, não há instrumentos para acompanhar o que ocorre no pós-obra. Com isso, o Ministério perde a oportunidade de ter sua atuação orientada por uma visão finalística do setor, por meio do qual o conhecimento dos resultados permitiria aumentar a eficácia e efetividade de suas intervenções [...]”.*⁵⁷

Esse trabalho, somado a um contexto, demonstrou as dificuldades da Lei n. 11.445/2007, no seu texto original, de entregar para a população o nível de serviço esperado, diante da relevância da política pública de saneamento. Das constatações da Auditoria Operacional, retratadas no Acórdão n. 3180/2016, decorreram determinações para o Ministério das Cidades, por exemplo, “I. Implementar

57 Além das constatações discriminadas no corpo do texto, é importante pontuar os demais itens da Auditoria Operacional nas Ações Federais Relativas ao Esgotamento Sanitário: “[...] III. Inexistência de mecanismos sistemáticos de articulação, comunicação, e colaboração entre o Ministério das Cidades e os órgãos e instituições das três esferas governamentais que atuam no saneamento ambiental. Há pouca cooperação técnica entre os agentes do setor e, em alguns casos, há sobreposição de competências e pulverização de esforços. IV. Baixa transparência na seleção de projetos na modalidade esgotamento sanitário do PAC, prejudicando a análise e o escrutínio pela sociedade dos critérios e justificativas utilizados para a definição dos empreendimentos a serem contemplados com recursos federais. [...]”. TCU. **Acórdão n. 3180/2016** – Plenário, Relator: Ministro Substituto André Luís de Carvalho, TC: 017.507/2015-4, Unidade Técnica Responsável SecexAgroAmbiental, p. 2.

sistemática de avaliação de resultados de suas intervenções em esgotamento sanitário e estabelecer providências a serem adotadas quando o desempenho estiver aquém do esperado [...]”⁵⁸. O mesmo documento antecipa discussões que depois foram consolidadas na Lei n. 14.026/2020, como estratégias para incentivar uma adequada interligação de moradias às redes coletoras, mensurar a ociosidade da rede e amadurecer uma política tarifária que garanta sustentabilidade para o setor. Assim sendo, os números negativos no serviço de esgotamento sanitário, o abastecimento intermitente, os problemas na destinação e na disposição adequada dos resíduos, os alagamentos, as enchentes e as inundações, tudo conspirava para uma reformulação do sistema legal vigente, sem negar os aspectos positivos trazidos pela Lei n. 11.445/2007.

A redação das medidas provisórias n. 844/2018 e n. 868/2018 pelo então presidente Michel Temer está na origem de movimentos que culminaram na aprovação do *Novo Marco Regulatório do Saneamento Básico* em 2020. Aproveitando-se de um acúmulo produzido pelos debates anteriores e do comprovado déficit prestacional, construiu-se rapidamente um consenso para modificações na legislação.⁵⁹

A MP n. 844/2018, publicada em 6 de junho de 2018, pretendia atualizar o Marco Legal do Saneamento do Brasil. Suas disposições visavam a: (i) ampliar as competências da Agência Nacional de Águas (ANA)⁶⁰, para que essa editasse normas de referência nacionais para o saneamento; (ii) modificar as atribuições do cargo de especialista em recursos hídricos; e (iii) aperfeiçoar as condições estruturais do saneamento no Brasil. Contudo, caducou no dia 19 de novembro de 2018, em grande medida pela posição dos governadores de proteger a base de contratos das companhias estaduais.

A Medida Provisória intencionava atacar o problema da falta de investimentos, criando um ambiente mais favorável à competição pelo mercado do saneamento. A ampliação dos poderes da

58 TCU. **Acórdão n. 3180/2016** – Plenário, Relator: Ministro Substituto André Luís de Carvalho, TC: 017.507/2015-4, Unidade Técnica Responsável SecexAgroAmbiental. *Ibidem*.

59 NETO. Percy Soares. Um Olhar sobre o Entendimento para a Aprovação do Novo Marco do Saneamento. In: ZULIANI, G; DAL POZZO, A. **Saneamento Básico: Uma Lei e um Marco**. Belo Horizonte: Fórum, 2023, p. 105.

60 Que passaria a se chamar “Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico” – Lei Federal n. 9.984/2000.

ANA uniformizaria a regulação no setor, trazendo segurança jurídica, e regras como a obrigatoriedade da licitação estimulariam a competitividade. O conteúdo da MP era extenso e, de modo algum, consensual entre os representantes eleitos. As modificações propostas, principalmente quanto ao ponto (iii), foram significativas e, pela mesma razão, contestadas.

Quinhentas e vinte e cinco emendas foram apresentadas ao texto da MP, mostrando o conteúdo disputado. Na sequência, instaurou-se a Comissão Mista do Congresso Nacional, com relatoria do senador Valdir Raupp (MDB-RO). Tal comissão reuniu-se seis vezes. Nas três primeiras (em 8 de agosto, 4 de setembro e 30 de outubro de 2018), abordou-se a eleição do presidente e do vice-presidente da comissão, tendo encerrado a segunda por falta de quórum. Na quarta reunião, também em 30 de outubro, apreciou-se o relatório da MP, que foi objeto de audiência pública interativa na quinta reunião, no dia 31 desse mês. Por fim, na sexta, ocorrida na mesma data, aprovou-se o relatório da Comissão Mista.

O parecer da Comissão Mista analisou cada uma das emendas apresentadas à MP. A estratégia foi juntar em grupos emendas sobre os variados pontos do texto legal e verificar o cabimento. Por exemplo, um grupo de emendas dizia respeito a um suposto conflito de competência gerado pela parte da MP que dispunha acerca da ampliação dos poderes da ANA. Argumentava-se, em linhas gerais, que, sendo a titularidade do serviço dos municípios, não se poderia falar em uma agência reguladora nacional. A rejeição em bloco dessas emendas foi feita enfatizando o caráter de normas de referência a serem editadas pela ANA, que serviria, antes, para orientar e incentivar a atuação dos municípios titulares, não para os vincular.

Votou-se “pela constitucionalidade, juridicidade, regimentalidade e técnica legislativa da matéria, pela sua adequação financeira e orçamentária e, no mérito, por sua aprovação”.⁶¹ No entanto, o projeto não ficou intocado, uma vez que trinta das emendas propostas foram totais ou parcialmente acolhidas.

Aprovada na Comissão Mista, a MP deveria ser votada pelo Congresso Nacional até o dia 19 do mês seguinte, sob pena de caducar. Devido ao seu conteúdo e ao clima político, não houve

61 Parecer n. 1 de 2018, p. 67. Disponível em: <https://www.congressonacional.leg.br/materias/medidas-provisorias/-/mpv/133867>. Acesso em: 16 ago. 2020.

acordo para a votação, assim, o texto legal perdeu a vigência. No dia 14 de novembro daquele ano, esse desfecho já se anunciava, após um acordo entre os líderes partidários de adiar a inclusão da MP na pauta de votação.⁶²

Um episódio ilustra o clima político da época: após a aprovação da MP na Comissão Mista, endereçou-se, através da Associação Brasileira das Empresas Estaduais de Saneamento (AESBE), uma carta assinada por vinte e dois governadores opondo-se às mudanças propostas.⁶³ As reivindicações principais consistiam na falta de diálogo aberto com a sociedade, tanto com os cidadãos quanto com os próprios representantes dos estados, e no término do subsídio cruzado. Acreditava-se que a desestatização no setor e o fim do subsídio cruzado, favoreceria as regiões mais desenvolvidas, que tinham um sistema de saneamento mais eficiente. Desse modo, colocar-se-ia um obstáculo à universalização do serviço.

Vale destacar alguns pontos dessa medida provisória, cujo conteúdo tem o mesmo teor, no geral, do Marco Legal aprovado. Primeiramente, foi inserido um artigo específico a respeito da titularidade dos serviços de saneamento (art. 8º-A), que corrobora, em parte, o entendimento de que titulares são os municípios, mas que na sequência faz uma restrição (§§ 1º e 2º):⁶⁴

Art. 8º-A. Os Municípios e o Distrito Federal são os titulares dos serviços públicos de saneamento básico.

§ 1º O exercício da titularidade dos serviços de saneamento básico pelos Municípios e pelo Distrito Federal fica restrito às suas respectivas áreas geográficas.

§ 2º Na hipótese de interesse comum, o exercício da titularidade dos serviços de saneamento básico será realizado por meio:

I - de colegiado interfederativo formado a partir da instituição de região metropolitana, aglomeração urbana ou microrregião; ou

II - de instrumentos de gestão associada, por meio de consórcios públicos ou de convênios de cooperação, nos termos estabelecidos no art. 241 da Constituição.

62 Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2018/11/14/mp-sobre-saneamento-basico-nao-sera-lida-e-deve-perder-vigencia>. Acesso em: 16 ago. 2020.

63 Carta na íntegra disponível em: <https://www.congressonacional.leg.br/materias/medidas-provisorias/-/mpv/133867>. Acesso em: 16 ago. 2020.

64 Restrição inclusive contrária à decisão da n. ADI 1.842.

Outra inovação importante das medidas provisórias de 2018 foi a obrigatoriedade de publicação de edital de chamamento público para a apresentação de propostas, impondo o estabelecimento de processo licitatório nos casos em que os contratos de programa com as companhias estaduais os dispensavam. Conforme afirmamos acima, essa regra é um dos pilares da solução proposta através da MP:

Art. 10-A. Nas hipóteses legais de dispensa de licitação, anteriormente à celebração de contrato de programa, previsto na Lei n. 11.107, de 2005, o titular dos serviços publicará edital de chamamento público com vistas a angariar a proposta de manifestação de interesse mais eficiente e vantajosa para a prestação descentralizada dos serviços públicos de saneamento.

§ 1º O edital de chamamento público a que se refere o caput estabelecerá prazo mínimo de trinta dias para apresentação das propostas, que conterão, entre outros:

I - o objeto e o prazo de vigência do contrato, compatível com a amortização dos investimentos realizados, inclusive quanto à eventual prorrogação;

II - a forma de remuneração e de atualização dos valores contratuais;

III - as tarifas a serem praticadas e a metodologia de reajuste, conforme as diretrizes regulatórias do setor de saneamento básico;

IV - o plano e o cronograma de investimentos a serem realizados para a prestação adequada dos serviços públicos de saneamento básico;

V - os índices de qualidade de serviços e as metas parciais e finais a serem atingidas, de acordo com o plano e o cronograma propostos; e

VI - o valor estimado do contrato de programa ou do contrato.

Uma medida impactante havia sido adotada nas MPs; contudo, foi excluída no *Novo Marco Legal* aprovado no Congresso. Tratava-se da substituição da exigência de planos de saneamento por simples estudos de viabilidade (EVTEA), o que suprimia uma importante ferramenta de participação no planejamento e controle da execução das políticas de saneamento:

Art. 11. [...]

II - a existência de estudo que comprove a viabilidade técnica e econômico-financeira da prestação dos serviços, nos termos estabelecidos no respectivo plano de saneamento básico;

§ 5º Na hipótese de não existência de plano de saneamento básico aprovado nos termos estabelecidos no § 1º do art. 19, as condições de validade previstas nos incisos I e II do caput poderão ser supridas pela aprovação pelo titular de estudo que fundamente a contratação, com o diagnóstico e a comprovação da viabilidade técnica e econômico-financeira da prestação dos serviços, observado o disposto no § 2º.

Como dito, essas inovações perderam vigência após o adiamento sucessivo da sua votação no Congresso. No entanto, o debate sobre o saneamento não saiu mais da pauta do Poder Executivo e do Poder Legislativo.

Reflexo dessa continuidade de debates e de ações, publicou-se, pouco mais de um mês depois, no dia 28 de dezembro de 2018, uma nova medida provisória com o mesmo teor da que perdera a vigência. A MP n. 868/2018 nada mais foi que uma reprodução da proposta da MP n. 844/2018 após o parecer da Comissão Mista; incorporou a discussão feita entre representantes, em conjunto com especialistas e interessados. Entretanto, o texto legal teve um destino semelhante: perdeu a vigência no dia 3 de junho de 2019 por falta de acordo nas casas do Congresso para pautar sua votação.

A história da tramitação da MP n. 868/2018 está vinculada à da aprovação do *Novo Marco do Saneamento* na forma de projeto de lei, como veremos a seguir. A medida provisória foi objeto de Comissão Mista,⁶⁵ que discutiu a matéria ao longo de sete reuniões, três audiências públicas, com participação de dezessete especialistas, entre eles representantes de associações de empresas estaduais, profissionais, consultores e membros da academia e de organizações não governamentais.

A relatoria coube ao senador Tasso Jereissati, que elaborou parecer, cujo voto recomendava acolhimento da constitucionalidade, juridicidade e técnica legislativa, adequação financeira e orçamentária, e, no mérito, pela aprovação do texto com emendas. São relevantes: (i) os aperfeiçoamentos do texto, inclusão de

65 Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2190282>. Acesso em: 06 nov. 2020.

prioridades de universalização, regionalização, evolução das metas dos serviços e subsídio para populações de baixa renda (emendas 195, 275, 283, 112, 189, 379); e (ii) a supressão do art. 10-C (emendas 1, 8, 15, 22, 31, 63, 80, 99, 104, 137, 155, 175, 217, 221, 282, 324, 351, 367, 440, 450, 494), que previa a possibilidade de contrato de programa na ausência de interessados em processo licitatório, estabelecendo a regra de que, encerrando-se os contratos de programa, deve-se abrir processo licitatório para concessão do serviço. Mesmo assim, caducou em maio de 2019.

2. Definição de Saneamento Básico

O conceito de saneamento básico, como utilizado pela legislação brasileira, não é fruto de um consenso internacional. Pelo contrário, é possível compreender que a própria delimitação do conceito *saneamento básico* é resultante de um processo histórico, das características econômicas e sociais e das variações culturais que existem em cada localidade. Desse modo, para preservar um certo rigor formal, torna-se importante iniciar este capítulo com alguns esclarecimentos, garantindo maior precisão e clareza ao texto.

Como pôde ser visto dos tópicos anteriores deste trabalho, existem visões distintas no ambiente internacional quando busca-se delimitar o conjunto de atividades que integram o núcleo duro do conceito de *saneamento básico*. Dos fóruns e documentos internacionais é possível extrair que o saneamento básico é vinculado ao serviço de esgotamento sanitário, indicando um recorte bastante específico. Por isso, é comum formar-se o binômio serviço de abastecimento de água potável e saneamento quando a intenção é tratar conjuntamente dos dois subsistemas.

Essa discussão sobre o conceito de saneamento básico, pode ter pouca utilidade quando a disputa estiver concentrada nas razões que estabelecem qual é a melhor definição possível, se ampla ou restrita. Não é a intenção deste trabalho resolver isso. Em outras palavras, o objetivo aqui não é melhorar ou fazer uma teoria crítica a respeito do que já existe, mas tão somente identificar e organizar qual foi a escolha feita pelo sistema legal brasileiro a partir da Lei Federal n. 11.445/2007, o *Marco Legal do Saneamento*.

O Banco Mundial e o BID tiveram certa influência no debate internacional, justamente ao classificar o tema de saneamento

básico no âmbito da carteira de infraestrutura⁶⁶. De toda forma, essa ausência de uma definição clara, ou de uma objetiva preocupação com este conceito, os seus limites e pontos de contato com outros temas, pode decorrer da falta de urgência para essas respostas nos países desenvolvidos, visto que para eles, há algum tempo, a universalização é um dado da realidade.

Apenas como ilustração, em Portugal, não há uma resposta consensual acerca de um centro estável de significado para a política pública de saneamento básico, sendo por vezes citado apenas como envolvendo a gestão de águas, relacionando abastecimento e esgotamento sanitário.⁶⁷ Não obstante, a principal agência reguladora do setor em Portugal, a Entidade Reguladora dos Serviços de Águas e Resíduos, também associa ao tema de abastecimento de água e esgotamento sanitário ao manejo de resíduos sólidos⁶⁸.

Outros países, como resultado de suas experiências, possuem desenhos diferentes. Na Colômbia, a Comissão de Regulação de Água Potável e Saneamento Básico é a entidade responsável pela regulamentação dos serviços de abastecimento de água, esgotamento sanitário, limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos.⁶⁹ Por outro lado, no Chile existe uma entidade voltada para os serviços sanitários, com competências limitadas para tratar de abastecimento de água e esgotamento sanitário.⁷⁰ Evidentemente, ainda que a configuração das reguladoras não permita identificar qual o conceito de saneamento básico adotado por determinado país, é interessante observar as associações que são feitas.

No caso do Brasil, o Plano Nacional de Saneamento (Plana-sa), da década de 1970, concentrava-se no serviço de abastecimento de água e de esgotamento sanitário. Revelando que ações voltadas para o serviço de limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos,

66 MORAES, Luiz Roberto Santos; BORJA, Patrícia Campos. Revisitando o conceito de saneamento básico no Brasil e em Portugal. **Revista do Instituto Politécnico da Bahia**, v. 20, n. 7, p. 5-11, 2014.

67 Ibidem.

68 ENTIDADE REGULADORA DOS SERVIÇOS DE ÁGUAS E RESÍDUOS (ERSAR). **Missão, atribuições e poderes**. Disponível em: <https://www.ersar.pt/pt/a-ersar/mis-sao-atribuicoes-e-poderes>. Acesso em: 12 jun. 2023.

69 COMISIÓN DE REGULACIÓN DE AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO BÁSICO (CRA). **Misión y Visión**. Disponível em: <https://www.cra.gov.co/transparencia/informacion-entidad/mision-vision-funciones-deberes/mision-vision>. Acesso em: 12 jun. 2023.

70 Superintendencia de Servicios Sanitarios (SISS). Disponível em: <https://www.siss.gob.cl/>. Acesso em: 12 jun. 2023.

drenagem e manejo de águas pluviais urbana, não compartilhavam dos mesmos espaços. Na verdade, o serviço de coleta e o manejo de resíduos sólidos, assim como drenagem e o manejo de águas pluviais, mesmo existindo como política pública, não estavam compreendidas no conceito de *serviço público de saneamento básico*.

Essa abordagem mais ampla do tema se consolida com a Lei n. 11.445/2007, quando é proposto um novo conceito de saneamento básico, no art. 3º, inciso I. Ou seja, para o ordenamento jurídico brasileiro, *saneamento básico* passa a ser o 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.

3. Titularidade dos Serviços de Saneamento

Conforme já esmiuçado, a partir de 1967, foi impulsionada no Brasil a transição da gestão dos serviços de saneamento básico — nesse ponto associado ainda ao acesso à água potável e ao esgotamento sanitário — da administração direta municipal para empresas estatais. Por decisão do governo federal, com base em diversos argumentos e interesses, o serviço público de saneamento básico passa a merecer uma orientação nacional, que tenta minimizar a fragmentação do setor incentivando o protagonismo das companhias estaduais, como uma ideia que deveria tornar-se hegemônica em todo o Brasil (o Planasa).

Um conjunto de medidas, envolvendo também a Superintendência do Desenvolvimento do Nordeste, do BNH e do BID, o que incluía empréstimos diretos às companhias estaduais, condicionando-os:

[...] à transferência da concessão dos serviços às empresas mistas, mais capacitadas [...] para a administração dos custos na visão da autonomia tarifária e com melhor suporte técnico-administrativo para a implantação, ampliação e operação dos sistemas de saneamento. Assim, os agentes financiadores pressionaram os municípios a transferirem a operação de seu sistema de saneamento para as empresas estaduais.⁷¹

71 CARVALHO, Vinícius Marques de. **O Direito do Saneamento Básico**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 109.

Esse era o ponto de partida da política de saneamento concebida durante o Regime Militar, que concentrava parte do poder de decisão na esfera federal. A seu tempo, e naquelas circunstâncias, esse movimento permitiu a adoção do subsídio cruzado, assim como estabeleceu como prioridade a universalização da política pública em regiões mais adensadas;⁷² sem dúvida alguma, uma ação de governo que trouxe benefícios para a sociedade e pode atender a alguns cálculos políticos.

Reconhecendo-se a importância desse movimento, na medida em que trouxe resultados concretos, pode-se apurar também ganhos diretos ou colaterais para as políticas públicas de saúde, de proteção ao meio ambiente, de habitação, de educação, dentre outras, diante da transversalidade obrigatória de qualquer investimento nos serviços públicos de saneamento, na época, muito mais concentrados em abastecimento de água. Basicamente, a coordenação do sistema é transferida para o governo federal, mas a operação fica concentrada nas companhias estaduais, ainda que um número expressivo de municípios não tenha aderido a este formato naquela época.

Mais tarde, na Constituição Federal de 1988, desenhou-se uma nova estrutura federativa, com a confirmação da autonomia administrativa, organizativa, legislativa, financeira e tributária dos municípios. Adotando técnicas verticais e horizontais de repartição das competências — um sistema híbrido, quando comparado ao tipos-ideais mais conhecidos no direito comparado — atribui-se aos municípios um espaço generoso na condução da política pública de saneamento, a partir do conceito “interesse local”, quando esta é a característica predominante de determinada modalidade de serviço público — justamente o caso do setor de saneamento, inclusive, na sua versão ampliada, a partir da Lei Federal n. 11.445/2007, art. 3º, inciso I.

Os artigos dedicados ao tema do saneamento básico (arts. 21, XX; 23, IX; 30, V; 200, IV, dentre outros) são uma espécie de linha de chegada, materializando todo o caminho percorrido por esses direitos-deveres no Brasil, sendo bastante difícil precisar uma data,

72 GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. A Evolução Jurídica do Serviço Público de Saneamento Básico. In: OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; DAL POZZO, Augusto Neves. (coords.). **Estudos sobre o Marco Regulatório do Saneamento no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 22-23.

na medida em que cada modalidade de serviço construiu uma história própria.

Para a fotografia atual, a competência para fixar as diretrizes do serviço de saneamento básico é exclusiva da União (CF, art. 21, XX), o que sustenta a existência da Lei n. 11.445/2007 e a sua amplitude. Na sequência, atribuiu-se ao município a *titularidade* dos serviços de saneamento quando predominasse o interesse local (CF, art. 30, V) — pelo menos enquanto característica mais observada, assim como foi estabelecido que a matéria é de competência administrativa comum de todos os entes federados —, pressupondo ações concertadas, de efetiva cooperação, extraíndo o maior valor possível dos recursos públicos com iniciativas conjuntas (CF, art. 23, IX).⁷³

Existe uma responsabilidade comum (CF, art. 23, IX), ou seja, uma função administrativa compartilhada por todos os entes da federação no sentido de concretizar iniciativas para melhorar as condições de saneamento básico da população em geral. Além disso, sem referir explicitamente o tema *saneamento*, atribui-se aos municípios prestar diretamente ou delegar para terceiros os serviços públicos de interesse local (CF, art. 30, V).

Dessa forma, o Poder Constituinte Originário sinaliza que a nova ordem jurídica estabelecida devolve o protagonismo desta política pública para os municípios. Na prática, isso não significou uma ruptura com o modelo em funcionamento desde os anos de 1970 (Planasa), que direcionava para as companhias estaduais a operação dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário. Destaca o Ministro Fux, na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 6.492, que a Constituição Brasileira:

[...] não empreendeu a definição taxativa dos serviços relativos ao saneamento básico, nem pretendeu a sua designação como competência de instância federativa única. Essa disciplina mais fluida, menos analítica do Texto Maior, é compatível com os traços multissetoriais do saneamento. ⁷⁴

73 BARROSO, Luís Roberto. Saneamento: competência constitucional da União, Estados e Municípios. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 38, n. 153, jan./mar. 2002, p. 255-270.

74 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.492/DF**. Inteiro Teor do Acórdão (e-STF, doc. 41), p. 19.

Ao mesmo tempo, permitindo outras interpretações em relação a titularidade dos municípios, a mesma Constituição, no artigo 25, § 3º, reconhecia que:

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

Essa possibilidade, por óbvio, deixou margem para a cogitação de uma transferência de titularidade do município para os Estados quando constituídos esses arranjos coletivos. De fato, essa discussão teve continuidade, encontrando um relativo consenso com a versão atualizada da Lei n. 11.445/2007 e um conjunto de decisões do STF.

Na realidade, essa complexa teia normativa alimentou o debate por bastante tempo, pois era preciso identificar o núcleo duro do conceito de *interesse local*, para então delimitar-se a abrangência da titularidade municipal em relação a determinadas modalidades de serviço público. Assim como não estava resolvido no texto constitucional se haveria absorção da titularidade dos serviços de interesse local quando instituída a região metropolitana. De fato, entre o final dos anos 1990 e início dos anos 2000, em que tomou corpo e impulso uma política de estímulo ao investimento privado no setor, a discussão da titularidade voltou para o centro do debate.

De um lado, os serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário parecem estar abrangidos pelo conceito de interesse local —merece interpretação semelhante, o serviço de drenagem e manejo de águas pluviais, tanto quanto limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos, os quais foram incorporados posteriormente ao conceito de saneamento básico em sua versão mais ampla e atual (Lei Federal n. 11.445/2007, art. 3º, inciso I). Por outro lado, a existência de outros arranjos coletivos, como a Região Metropolitana, diante da realidade prática de bens naturais e infraestruturas compartilhadas, sugere a possível participação do Estado nos espaços de discussão e elaboração das políticas relacionados ao setor de saneamento.

A Lei Federal n. 11.445/2007, no art. 8º, inciso I, começa dizendo que a titularidade dos serviços públicos de saneamento é

exercida pelos “[...] Municípios e o Distrito Federal, no caso de interesse local [...]”. Logo, não se pode negar que a titularidade pode ser de outro ente — ou de um conjunto formalmente constituído — quando identificar-se situações em que não predomina o interesse local, mas o interesse comum. Na sequência, o mesmo art. 8º, no inciso II, ao retomar a possibilidade de exercício da titularidade dos mesmos serviços, considera que o Estado, em conjunto com os municípios, também poderá cumprir esse papel.

Nas palavras da Lei Federal n. 11.445/2007, art. 8º, inciso II, exercem a titularidade dos serviços públicos de saneamento “[...] o Estado, em conjunto com os municípios que compartilham efetivamente instalações operacionais integrantes das regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, instituídas por lei complementar estadual, no caso de interesse comum”. E mais, o art. 8º, § 1º, considera que o exercício dessa titularidade “[...] poderá ser realizada também por gestão associada, mediante consórcio público ou convênio de cooperação, nos termos do art. 241 da Constituição Federal [...]”, diante de determinadas condições.

Na prática que se observava antes mesmo da referida Lei, em sua versão modificada pela Lei Federal n. 14.026/2020, o serviço de limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos já trabalhava com essa alternativa: os consórcios públicos. Agora, consórcios públicos intermunicipais de saneamento básico poderão prestar o serviço diretamente para os seus consorciados (também um exemplo de prestação regionalizada). Neste caso, cria-se uma autarquia intermunicipal, com legitimidade para subdelegar o serviço para terceiros mediante processos licitatório (CF, arts. 175 e 241 e Lei n. 11.445/2007, art. 8º, § 1º, I, II), sendo a concessão a regra geral.

Assim, muito embora as companhias estaduais preservassem um papel preponderante na política pública de saneamento, quando o tema é o abastecimento de água e o esgotamento sanitário, a Constituição de 1988 e a Lei n. 11.445/2007, interpretadas em conjunto, abriam outras possibilidades —sem esquecer que o serviço de drenagem urbana majoritariamente era conduzido pelas administrações diretas municipais, enquanto o serviços de limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos era operacionalizado como competência municipal delegada para terceiros mediante licitação.

Voltando no tempo, o PL n. 266/1996, que tramitou no Congresso Nacional, de autoria do senador José Serra, tinha como um

dos seus objetivos transferir a titularidade do serviço de saneamento dos municípios para os Estados-membros quando houvesse compartilhamento de infraestrutura. Na mesma direção, um pouco depois, surge o PL n. 4.147/2001 — repetindo o PL n. 53/1991 —, de iniciativa do Poder Executivo. Tentava-se agora estabelecer as diretrizes nacionais para o setor, além de incentivar uma transição do modelo público para o modelo privado.

Destaca-se no projeto a distinção entre *interesse local* e *interesse comum*; que aparece em detalhes no art. 2º, incisos II e III, delimitando o espaço de competência dos estados em relação ao interesse local dos municípios. Em síntese, o serviço de interesse local continuava sendo competência dos municípios, enquanto os serviços de interesse comum — aqueles em que ao menos uma das atividades, infraestruturas ou instalações operacionais tivessem repercussão em dois ou mais municípios, integrantes ou não de região metropolitana, aglomeração urbana ou microrregião — indicavam a competência do Estado. Assim estava disposto no art. 4º do PL:

[...] É titular dos serviços públicos de saneamento básico:

I — o Município, nos serviços de interesse local;

II — o Distrito Federal, em sua área geográfica;

III — o Estado, nos serviços de interesse comum. [...].

Todavia, nenhum dos projetos obteve aprovação no Legislativo. Por sua vez, o STF debruçou-se sobre a matéria na ADI n. 1.842. Nela, o Partido Democrático Trabalhista (PDT) questionou a constitucionalidade de alguns artigos da Lei Estadual n. 2.869/1997 do Rio de Janeiro, que criava a Região Metropolitana e a Microrregião dos Lagos, atribuindo ao Estado as funções executiva e administrativa de ambas naqueles interesses que poderiam ser considerados metropolitanos e comuns, o caso do serviço de saneamento. O debate centrou-se justamente nos dispositivos que regulamentavam a política tarifária desses serviços, o que poderia ferir o equilíbrio federativo, a autonomia municipal e a divisão constitucional de competências entre União, Estados-membros e Municípios.

O relator, ministro Maurício Corrêa, votou pelo desprovimento da ação, com o seguinte argumento:

[...] interesses que transbordam as fronteiras de cada município podem condicionar a autonomia de municípios individuais que estejam conectados a ponto de constituir regiões



metropolitanas. A titularidade originária do município poderia ser relativizada em “circunstâncias territoriais, típicas de municípios limítrofes [...] que se estendem ao longo de todo o seu território, unindo-se à área urbana dos municípios vizinhos [...] e exigindo uma atuação conjunta, organizada, dirigida e planejada por terceira entidade, no caso, o Estado.”⁷⁵

Corrêa considerou que essas regiões metropolitanas constituem uma verdadeira comunhão de interesses, na forma de um ente terceiro com competência para atuação em caso de dependência intermunicipal quanto à estrutura de saneamento ou à bacia hidrográfica compartilhada:

[...] parece-me claro que as questões de saneamento básico extrapolam os limites de interesse exclusivo dos Municípios, justificando-se a participação do Estado-membro. [...] Verificado o interesse regional predominante na utilização racional das águas, pertencentes formalmente ao Estado, o que o torna gestor natural de seu uso coletivo, assim como da política de saneamento básico cujo elemento primário é também a água, resta claro competir ao Estado-membro, com prioridade sobre o Município, legislar acerca da política tarifária aplicável ao serviço público de interesse comum. Não vislumbro, dessa forma, qualquer vício de inconstitucionalidade na lei ordinária impugnada.

Ressalve-se, contudo, que as regiões metropolitanas, os aglomerados urbanos e as microrregiões não configuram entes federativos, mas, sim, organismos administrativos que almejam conferir maior viabilidade à prestação de serviços públicos de titularidade municipal, caso exijam cooperação regional. É uma figura, portanto, intermediária entre Estado-membro e município, instituída mediante lei complementar estadual.

O ministro Nelson Jobim objetou, nesse sentido, em seu voto:

“[...] isso não significa que caiba ao Estado as funções executivas de concretização dos chamados interesses metropolitanos”. A titularidade é municipal, “embora seja, por imposição de lei estadual, uma titularidade que somente pode ser exercida em acordo ou consenso com os demais municípios”.⁷⁶

75 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.842/RJ**. Inteiro Teor do Acórdão, p. 33-34.

76 Ibidem, p. 76-77.

Em resumo, não há vínculo de subordinação, mas de cooperação, pois se nenhum município terá soberania de decisão, também nenhuma decisão poderá ser tomada sem sua concordância.

Por um lado, a lei estadual encarrega-se de instituir as regiões ou os agrupamentos municipais, de determinar sua função justificada por sua necessidade no interesse comum dos municípios (definido empiricamente) e de elencar as normas procedimentais de decisão. Já a titularidade da prestação dos serviços continua na esfera municipal. Conforme o voto do ministro Nelson Jobim:⁷⁷

Aos MUNICÍPIOS caberá a decisão da forma como se organizarão para a prestação de serviços públicos de INTERESSE REGIONAL — se por meio de consórcio, por exemplo — e, principalmente, as decisões de cunho administrativo e legislativo em matéria de interesse comum do AGRUPAMENTO MUNICIPAL. Dessa forma conserva-se: (1) a dimensão meramente decisória e administrativa das REGIÕES METROPOLITANAS; (2) a competência dos ESTADOS para instituírem os agrupamentos; (3) a autonomia municipal; (4) a exigência de integração das funções públicas de interesse comum; e (5) a paridade, igualdade ou proporcionalidade de legitimidade e representatividade das comunas no centro decisório das REGIÕES METROPOLITANAS.

A própria instituição das regiões deve obedecer a critérios não arbitrários, com base na viabilidade econômica e técnica da prestação regionalizada do serviço, atentando-se à conformação da bacia hidrográfica local:⁷⁸

Ao ESTADO cabe a instituição de REGIÕES METROPOLITANAS, AGLOMERADOS URBANOS e MICRORREGIÕES. Cabe, ainda, garantir, por meio dessa aproximação de MUNICÍPIOS, que todos eles possam prestar, adequada e eficaz [sic], o serviço de SANEAMENTO BÁSICO. Uma vez reunidos em aglutinações municipais, cada um desses grupos, por meio de seus órgãos internos de deliberação, decidirão a forma de prestação de serviço e para quem darão a concessão do serviço. Nesses casos, a EMPRESA INTERMUNICIPAL, a EMPRESA PRIVADA CONCESSIONÁRIA ou a COMPANHIA ESTADUAL concessionária deverá prestar o serviço de SANEAMENTO BÁSICO a todos os MUNICÍPIOS e compensar, por meio dos subsídios cruzados, os MUNICÍPIOS lucrativos com os MUNICÍPIOS deficitários.

77 Ibidem, p. 87.

78 Ibidem, p. 118.



Alicerçado no entendimento defendido, o ministro votou pela declaração de inconstitucionalidade dos dispositivos que regulassem o regime jurídico das concessionárias ou permissionárias de serviços públicos municipais, em especial os de saneamento básico e os que atribuísssem o controle e a fiscalização desses serviços a órgãos da administração estadual. Todas as medidas deveriam ser tomadas apenas com anuência dos municípios e via convênio de cooperação.

Já o ministro Gilmar Mendes defendeu uma solução intermediária: tanto o agrupamento de municípios quanto o estado deteriam a titularidade e o poder concedente dos serviços. Um órgão colegiado tomaria as decisões a esse respeito:⁷⁹

O serviço de saneamento básico — no âmbito de regiões metropolitanas, microrregiões e aglomerados urbanos — constitui interesse coletivo que não pode estar subordinado à direção de único ente, mas deve ser planejado e executado de acordo com decisões colegiadas em que participem tanto os municípios compreendidos como o estado federado. Portanto, nesses casos, o poder concedente do serviço de saneamento básico nem permanece fracionado entre os municípios, nem é transferido para o estado federado, mas deve ser dirigido por estrutura colegiada — instituída por meio da lei complementar estadual que cria o agrupamento de comunidades locais — em que a vontade de um único ente não seja imposta a todos os demais entes políticos participantes.⁸⁰

Nessa solução, levemente distinta daquela apresentada pelo ministro Nelson Jobim, acompanharam-no os ministros Ricardo Lewandowski, Rosa Weber e Marco Aurélio. O entendimento fixado, depois de mais de uma década de controvérsias, foi o de que, nas regiões metropolitanas, a gestão dos serviços de saneamento seria compartilhada entre estado e municípios, embora a lei imponha condições para esse compartilhamento (que haja instalações operacionais compartilhadas). Se existe mesmo um interesse comum, as decisões dependerão de um colegiado, ou seja, integrar uma Região Metropolitana não transfere a titularidade desses serviços para o Estado.

79 Ibidem, p. 182.

80 Ibidem, p. 207.

Segundo Gallaci, existe uma razão para tal regra: “um município sozinho, quando parte de região metropolitana, não pode, em seu território, gerir as funções públicas de interesse comum de forma unilateral, ignorando os municípios restantes e o Estado”.⁸¹ Na linha dessa decisão, o *Novo Marco Legal do Saneamento*, como resultado das modificações trazidas pela Lei n. 14.026/2020, passou a tratar o tema da seguinte forma:

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 micror-regiões, instituídas por lei complementar estadual, no caso de interesse comum.

Veremos à frente, mesmo que o aspecto da titularidade esteja razoavelmente pacificado, a operacionalização do sistema e a competência legislativa continuam demandando respostas, pois dependem dos problemas práticos que surgirem durante a experiência real do novo sistema. Tentando organizar o debate, o voto do Min. Gilmar Mendes na ADI n. 6.492/DF, lembrou que:

[...] a Constituição de 1988 estabelece um complexo feixe de competências administrativas e legislativas para o planejamento e execução material dos serviços de saneamento básico. O art. 23, inciso IX, da Constituição, na sua parte final, prevê a competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para promover programas de saneamento básico. Já o art. 21 atribuiu à União a competência legislativa para instituir diretrizes para o setor. Ainda que o texto constitucional não tenha definido de forma explícita a qual ente político caberia a prestação do serviço público em questão, a doutrina convergiu na interpretação de que os serviços de saneamento básico seriam considerados “serviços de interesse local”, para fins de aplicação do disposto no art. 30, incisos I e V, da Constituição. [...] Desse quadro, verifica-se a opção do texto constitucional de instituir uma convivência do

81 GALLACI, Fernando Bernardi. Reflexão acerca das disputas jurídicas envolvendo o setor de saneamento brasileiro. **Revista de Direito Administrativo Contemporâneo**, São Paulo, v. 3, n. 21, p. 95-118, nov./dez. 2015.

*regime de titularidade local com o regime de competências comuns dos entes federativos para a promoção de programas de saneamento básico, além da previsão da instituição de regiões metropolitanas [...] o próprio acesso aos recursos hídricos depende da integração das redes de abastecimento entre diversos municípios, uma vez que a captação, tratamento, adução, reserva, distribuição e, disposição final indicam várias etapas que usualmente ultrapassam os limites territoriais de um dado município.*⁸²

De qualquer forma, conhecendo-se o titular do serviço, é dele o direito-dever de definir a entidade responsável pela regulação e fiscalização desses serviços (Lei Federal n. 11.445/2007, arts 8º, § 5º e 9º, II); assim como formular a sua política pública de saneamento básico, elaborar os planos de saneamento além de metas, indicadores de desempenho e mecanismos de aferição de resultados, condicionando a execução dos serviços prestados no seu âmbito (Lei Federal n. 11.445/2007, art. 9º, I e II). Ainda, exigir um nível de atendimento que proteja a saúde pública, oportunizar o controle social, implementar sistema de informações (articulados com os sistemas nacionais), intervir e retomar a operação dos serviços delegados nos termos da legislação e dos contratos, entre outras responsabilidades, integram o espaço de poder legítimo do titular do serviço, em geral, os Municípios isoladamente ou o Distrito Federal (Lei n. 11.445/2007, art. 9º, III, V, VI e VII). Para o exercício dessas competências, pode o titular “[...] *receber cooperação técnica do respectivo Estado e basear-se em estudo fornecido pelos prestadores de serviço*” (Lei Federal n. 11.445/2007, art. 9º, Parágrafo único).

Assim, atinge-se um nível maior de esclarecimento sobre a titularidade do conjunto de atividades que envolvem o conceito de serviço público de saneamento básico com o *Novo Marco Legal do Saneamento*. Ademais, fica muito mais claro o universo de obrigações que decorrem do dever-poder do Estado de protagonizar essa política pública — mesmo quando decida delegar a operação para terceiros, o que, agora, na maioria das hipóteses, depende de um processo de disputa entre interessados, pouco importando se empresas estatais ou privadas em sentido estrito.

82 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.492/DF**. Inteiro Teor do Acórdão (e-STF, doc. 41), p. 271-279.

4. Competência Administrativa

Com relação à competência administrativa comum, a União Federal, os Estados-membros, o Distrito Federal e os Municípios, segundo determinado pela Constituição Federal, devem “*promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico*” (CF, art. 23, IX).⁸³ Em outras palavras, todos os entes da federação estão obrigados a reservar recursos para o desenvolvimento de políticas voltadas a melhoria dos serviços relacionados ao saneamento básico, englobando todas as atividades discriminadas na Lei n. 11.445/2007, art. 3º, inciso I, alíneas *a*, *b*, *c* e *d*. Se a competência legislativa para estabelecer as diretrizes é da União Federal, justamente a função desempenhada pela Lei Federal n. 11.445/2007, reafirma-se que a competência administrativa é comum, o que abre a perspectiva de uma atuação conjunta ou cumulada, dentro dessa perspectiva de universalização e qualificação do conjunto de serviços relacionados ao sistema de saneamento básico no Brasil.

A propósito, o art. 23 da Constituição Federal, no seu parágrafo único, indica a ferramenta mais adequada para coordenar o exercício dessa competência administrativa comum, no caso específico, a lei complementar. Para ser mais preciso, no texto da Constituição Federal sugere-se que “[...] *leis complementares fixarão normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional*”.

Por isso, insiste-se, existe um espaço para uma articulação nacional que, dialogando com os demais entes, organize o setor, diminuindo o risco do emprego de recursos públicos, sempre escassos, que rivalizem com iniciativas em desenvolvimento nos outros âmbitos da federação. Deve-se evitar o espelhamento de competências, a redundância de iniciativas, que emprego ineficiente de recursos públicos. Certamente, o que se espera, quando são limitados os recursos disponíveis e multiplicam-se as demandas da população, é que os decisores públicos consigam agregar o maior valor público possível às intervenções do Estado (CF, art. 170, 173, 174 e 175).

83 Constituição Federal, art. 23, inciso IX.

A União, os Estados-membros, o Distrito Federal e os Municípios precisam definir claramente os seus campos de atuação e as suas prioridades de investimento, evitando disputas pelos mesmos espaços de poder.

O acesso à água potável, ao esgotamento sanitário, à limpeza urbana e o manejo de resíduos sólidos, e à drenagem e o manejo de águas pluviais estão assimilados como assuntos de interesse local, competência do Município, mas isso não se desconfigura com a formação de um consórcio público, entre outras ferramentas de atuação conjunta.⁸⁴ Continua existindo o interesse local, mas em contextos de compartilhamento de infraestruturas, pode ser mais eficiente captar o interesse que é comum, justificando uma governança com ampla participação dos atores envolvidos.

Se a Região Metropolitana impõe a adesão,⁸⁵ os consórcios públicos estão mais sintonizados com o conceito de federalismo cooperativo, portanto, não podem prescindir de um contrato (ou convênio) de cooperação que comprove a adesão voluntária. Mais modernamente, as unidades regionais e os blocos de referência também permitem viabilizar economia de escala e de escopo a partir do agrupamento de municípios, limítrofes ou não, sob a influência direta do Estado e/ou da União. No final das contas, são diferentes abordagens para o enfrentamento conjunto de um assunto que pressupõem esse alinhamento, pensando sempre na melhor entrega dessa modalidade de serviço público.

No Rio de Janeiro, apenas para ilustrar o raciocínio, surgiu a Lei Complementar n. 87/1997, responsável por instituir regiões metropolitanas e direcioná-las para a organização, o planejamento e a execução de serviços de interesse comum. O art. 3º, inciso II, classificava o serviço de saneamento básico como de interesse comum. Conforme já referimos, o Supremo Tribunal Federal, na ADI n. 1.842 declarou a inconstitucionalidade de parte dessa produção legislativa estadual e reforçou a competência municipal para o tema, sem, no entanto, avançar sobre como deve ocorrer a prestação dos serviços de interesse comum nas regiões metropolitanas.

84 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.337/SC**. Rel. Min. Celso de Mello, julgada em 21/6/2002, Tribunal Pleno.

85 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.841/RJ**. Rel. Min. Carlos Velloso, julgada em 01/8/2002, Tribunal Pleno.

A Constituição Federal, no art. 200, inciso IV, revela que ao sistema único de saúde compete, entre outras atribuições, “[...] *participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento*”. Logo, as políticas públicas sanitárias admitem a importância de uma construção coletiva, inclusive, no que envolve o seu planejamento — o que é diferente de transferir aos estados os serviços de interesse metropolitano, em especial, os serviços de saneamento. Foi o que disse o Ministro Gilmar Mendes, julgando a ADI n. 1.842:

[...] Nada obstante a competência municipal do poder concedente do serviço público de saneamento básico, o alto custo e o monopólio natural, além da existência de várias etapas – como captação, tratamento, adução, reserva, distribuição de água e o recolhimento, condução e disposição final do esgoto – que comumente ultrapassam os limites territoriais de um município, indicam a existência de interesse comum do serviço de saneamento básico. A função pública de 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.⁸⁶

Por tudo isso, avançando no argumento, o Ministro Gilmar esclarece que:

[...] 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. [...] É necessário evitar que o poder decisório e o poder concedente se concentrem nas mãos de um único ente para a preservação do autogoverno e da autoadministração dos municípios. Reconhecimento do poder concedente e da titularidade do serviço ao colegiado formado pelos municípios e pelo estado federado. A participação dos entes nesse colegiado não necessita ser paritária, desde que apta a prevenir a concentração do poder decisório no âmbito de um único ente. A participação de cada Município e do Estado deve ser estipulada em cada região metropolitana

86 BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.842/RJ**. Inteiro Teor do Acórdão, p. 2-3.

*de acordo com suas particularidades, sem que se permita que um ente tenha predomínio absoluto.*⁸⁷

Por último, o art. 23 da Constituição Federal, ao prever a denominada *competência comum administrativa*, se relaciona ao serviço de saneamento básico também no inciso II, no inciso VI e no inciso XI. Ações voltadas para a proteção da saúde pública, do meio ambiente, combate à poluição, acompanhamento e fiscalização da exploração de recursos hídricos, de maneira direta ou indireta, dialogam com o setor, assim como podem se beneficiar da melhoria das condições de saneamento básico (CF, art. 23, IX).

5. Competência Normativa

Quando o enfoque é a competência normativa, a resposta deve ser extraída da Constituição Federal. Como se disse antes, é competência exclusiva da União *"instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos"* (CF, art. 21, XX). Nota-se bem, a competência exclusiva é para estabelecer as diretrizes, as linhas gerais, o que evidencia que aspectos específicos dessa modalidade de serviço público não estão fora do campo de ação normativa dos demais entes da federação. Dizendo de outra maneira, se para a União fixou-se a competência normativa exclusiva na confecção das diretrizes para o saneamento básico, preserva-se um nicho para a ação normativa dos entes subnacionais, desde que se observe o acordo geral chancelado pelo Congresso Nacional.

Tentando proteger o interesse que é predominante, o Poder Constituinte Originário concebeu o nosso modelo utilizando-se das técnicas vertical e horizontal de repartição das competências, na medida em que melhor ajustavam-se ao conteúdo sob análise. Tentando compreender melhor o papel da União ao estabelecer as diretrizes para o serviço de saneamento básico, pode-se dizer que:

[...] as diretrizes emanadas pela Constituição Federal nada mais são do que a concretização da função planejadora da União no setor de saneamento básico. Elas estipulam os fins a serem perseguidos pelos atores que interagem na gestão dos serviços e os meios mais adequados para persegui-los. Além disso, por se tratar de organização em nível nacional de um serviço alvo de intervenções de todos os entes da

87 Ibidem.

*federação, as diretrizes nacionais não podem se abster de instituir critérios de repartição e compartilhamento das funções reguladoras, estimulando o relacionamento cooperativo. Dessa maneira, a União assume o papel de coordenadora das ações referentes à implementação da política pública no setor de saneamento básico.*⁸⁸

A função coordenadora da União no setor de saneamento está bem caracterizada pela Lei n. 11.445/2007; nos pontos em que se tentou discutir os limites de sua abrangência, tem-se a manifestação do STF na ADI n. 6.492/DF. Para além dos princípios e das regras gerais, é responsabilidade da União propor um conjunto de alternativas para o exercício da política pública, sem prejuízo de sinalizações que indiquem preferência em relação ao formato mais adequado ao contexto de uma época. Para tanto, incentivos podem ser distribuídos ao longo dos textos da legislação relacionada aos setores, ou subsetores, do serviço de saneamento básico.

Classificando-se o serviço de saneamento básico como modalidade de serviço público, estará ele abrangido pelo art. 175 da Constituição Federal. Dessa maneira, pode ser desempenhado diretamente pelo Poder Público, assim como se admite a sua delegação para terceiros, depois de licitação, o que está ainda mais reforçado pela Lei n. 11.445/2007, art. 10. Em realidade, visto que essa foi uma vontade manifestada pelo Poder Executivo e pelo Poder Legislativo, a hipótese de atribuir às companhias estaduais a operação desta modalidade de serviço público em contratos não licitados inexistente.

Se a saúde é um problema da coletividade, como parte desse todo, o serviço público de saneamento também contempla essa lógica (CF, art. 196 e Lei n. 8.080, art. 3º), no mínimo, reservando para o Estado o papel de agente normativo e regulador (CF, art. 174). De outro lado, importante essa ressalva, a definição de *diretrizes* não se iguala à competência privativa para a criação de *normas gerais*, como é o caso das licitações e dos contratos administrativos (CF, art. 22, XXVII).

Dentro disso, o art. 52 da Lei n. 11.445/2007, fixa a competência da União para elaborar o Plano Nacional de Saneamento Básico. Como explicitado no Voto do Min. FUX, na ADI n. 6.492/DF:

88 CARVALHO, Vinícius Marques de. **O Direito do Saneamento Básico**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 374.

[...] afirmar que as ações de saneamento são primordialmente de interesse local, para efeito de titularidade da prestação do serviço, não quer dizer que a União deve manter-se distante de qualquer ingerência sobre o assunto. Pelo contrário, a Constituição indica que o saneamento básico deve ser objeto de ação cooperativa entre os entes federativos, cabendo à União missão eminentemente planejadora, financiadora, regulamentadora e fiscalizadora, voltada a assegurar um padrão mínimo nacional das ações de saneamento, capaz de proteger a saúde e a qualidade de vida da população brasileira, promover o respeito ao meio ambiente e fomentar o desenvolvimento econômico e humano sustentável.⁸⁹

Parte-se dessa visão ampla para que os municípios, com a participação residual dos estados, possam definir os seus processos, em sintonia com o projeto nacional.

Um incentivo à integração, historicamente, foi a dependência em relação à União Federal para a obtenção das linhas de financiamento público para o setor, que era o modelo predominante no Brasil (Planasa). *O Novo Marco* acena com um uso ainda mais explícito desse mecanismo de incentivo: agora, aportes de recursos federais, serão condicionados tanto pela adoção das normas regulatórias de referência da ANA quanto pela adesão às estruturas de prestação regionalizada.⁹⁰ Repete-se a metodologia empregada no Planasa para conseguir aderência ao sistema proposto.

O acesso aos recursos federais está condicionado à conformação local de ambientes propícios à alocação de recursos

89 BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.492/DF. Inteiro Teor do Acórdão (e-STF, doc. 41), p. 70.

90 “Art. 50. A alocação de recursos públicos federais e os financiamentos com recursos da União ou com recursos geridos ou operados por órgãos ou entidades da União serão feitos em conformidade com as diretrizes e objetivos estabelecidos nos arts. 48 e 49 desta Lei e com os planos de saneamento básico e condicionados: [...] VIII — à adesão pelos titulares dos serviços públicos de saneamento básico à estrutura de governança correspondente em até 180 (cento e oitenta) dias contados de sua instituição, nos casos de unidade regional de saneamento básico, blocos de referência e gestão associada. § 1º Na aplicação de recursos não onerosos da União, serão priorizados os investimentos de capital que viabilizem a prestação de serviços regionalizada, por meio de blocos regionais, quando a sua sustentabilidade econômico-financeira não for possível apenas com recursos oriundos de tarifas ou taxas, mesmo após agrupamento com outros Municípios do Estado, e os investimentos que visem ao atendimento dos Municípios com maiores déficit de saneamento cuja população não tenha capacidade de pagamento compatível com a viabilidade econômico-financeira dos serviços.”

privados no setor. Ou seja, diante da falta de capacidade de investimentos de cada estado, a solução da nova lei é suprir essa carência por meio do investimento privado. Para a criação de uma estrutura administrativa atraente à participação privada, são utilizados os recursos públicos federais como incentivo. Assim, o financiamento público federal passa a ser meio, e não fim, para que se consiga aproximar os modelos locais do que está proposto no texto mais recente da Lei n. 11.445/2007.

6. Regras de Transição na Prestação de Serviços

Retomando esse importante aspecto, a Constituição Federal, no art. 175, incumbe diretamente ao poder público a prestação de serviço público, admitindo a possibilidade de delegação dessa responsabilidade a pessoas físicas e jurídicas, de direito público ou de direito privado, depois de uma licitação. Nesses mesmos termos, a Lei Geral dos Serviços Públicos, a Lei Federal n. 8.987/1995, detalhou tal possibilidade indicando a obrigatoriedade de harmonização das leis estaduais e municipais com as normas gerais estabelecidas pelo marco regulatório nacional, na linha do que está disposto no art. 22, inciso XXVII, da Constituição Federal.

Na redação original da Lei Federal n. 8.987/1995, buscava-se o encerramento de todos os vínculos estabelecidos sem disputa anterior. A Constituição de 1988 passou a exigir licitação para atribuir a terceiros a prestação de serviço público, mas a Lei esperada surge apenas em 1995. Coube ao art. 42 da Lei n. 8.987/1995 organizar essa transição. Em outras palavras, determinou-se uma data e um conjunto de procedimentos para o encerramento dessas operações, alcançando, também, os contratos-convênios dos municípios com as companhias estaduais de saneamento básico. Concelebeu-se, dessa maneira, o texto original do art. 42 da referida Lei:

§ 1º Vencido o prazo de concessão, o poder concedente procederá a sua licitação, nos termos desta Lei.

§ 2º As concessões em caráter precário, as que estiverem com prazo vencido e as que estiverem em vigor por prazo indeterminado, inclusive por força de legislação anterior, permanecerão válidas pelo prazo necessário à realização dos levantamentos e avaliações indispensáveis à organização das licitações que precederão a outorga das concessões que



as substituirão, prazo esse que não será inferior a 24 (vinte e quatro) meses.

No início de vigência da Lei Geral dos Serviços Públicos ficava evidente que, por mais vinte e quatro meses, no mínimo, os contratos dos municípios com as companhias estaduais permaneceriam produzindo os seus efeitos, até que tudo estivesse resolvido, inclusive *levantamentos e avaliações indispensáveis à organização das licitações*. Corretamente, ressaltava-se o patrimônio público gerado pelas companhias estaduais (os custos afundados) que, inclusive com uso intensivo de recursos públicos federais, por algumas décadas expandiram e qualificaram a infraestrutura — destaca-se, aqui, os serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário — em boa parte do território brasileiro. Na prática, como se pode observar em muitos outros setores, esse encerramento de contratos sem a licitação prevista no art. 175 da Constituição Federal e no art. 2º da Lei n. 8.987/1995, tardou muito e, mesmo agora, em 2024, muitos desses processos não se completaram.

É importante ressaltar: o significado do conceito “*amortização dos investimentos*”, somente agora ficou esclarecido pela ANA com a NR n. 03/2023. De acordo com a dimensão dada para esses passivos indenizatórios ou a forma de cálculo, o valor de outorga nas licitações pode criar barreiras para a entrada de competidores no mercado. A amortização dos investimentos, quando determinados períodos não estavam formalizados por contrato ou por documentos padronizados, tornam a recuperação desse número algo difícil, ainda que haja previsão da técnica do “*Custo Histórico Corrigido*” na norma de referência da ANA.

A realização de uma licitação e a outorga da concessão para terceiro — deduz-se da Lei Geral dos Serviços Públicos — pressupõe uma apuração do investimento necessário e eventuais passivos indenizatórios. Isso pode complicar uma eventual transição para operadores privados, mesmo que essa seja a decisão motivada do município-concedente — identificar a dimensão desse passivo indenizatório a ser mensurado e integrar o *valor e o destino dessa outorga no edital da licitação*. Encerramentos de contratos pelo argumento da *caducidade*, podem apurar passivos, mesmo no encontro de contas entre investimentos não amortizados e as multas decorrentes do descumprimento das regras contratuais. Na *encampação*, ou mesmo no *advento do termo contratual*, continua

existindo esse dever-poder de apurar o histórico de perdas e ganhos nessa relação, diante da possibilidade, sempre existente, de um valor final que precisa ser resolvido para a entrada de novo operador no sistema.

Diante das dificuldades dos municípios para organizar licitações e da dúvida produzida pela Lei Geral dos Serviços Públicos, como se disse antes, pouco se evoluiu naquela época, o que garantiu sobrevida ao modelo Planasa, mesmo com a descontinuidade dos repasses federais.⁹¹

Quando existem inconsistências nas informações, isso converter-se-á posteriormente em uma modelagem, um processo de disputa e um valor de outorga mal dimensionados para a realidade do sistema, com prejuízos para a operação equilibrada do contrato.

Por tudo isso, surgiu nova redação para o art. 42 da Lei Federal n. 8.987/1954, dada pelo art. 58 da Lei Federal n. 11.445/2007, a Lei Geral do Serviço de Saneamento Básico. O Poder Executivo, associado ao Congresso, entendeu que a melhor solução era permitir a continuidade dos acordos — direitos e deveres recíprocos — entre municípios e companhias estaduais até que se cumprisse o novo ritual organizado pela alteração mais recente do art. 42 da Lei n. 8.987/1995:

§ 3º As concessões a que se refere o § 2º deste art., inclusive as que não possuam instrumento que as formalize ou que possuam cláusula que preveja prorrogação, terão validade máxima até o dia 31 de dezembro de 2010, desde que, até o dia 30 de junho de 2009, tenham sido cumpridas, cumulativamente, as seguintes condições:

91 A Lei n. 8.987/1995, na verdade, apontava para o ano de 1997, desde que se desenvolvessem, durante um período mínimo de vinte e quatro meses, os obrigatórios levantamentos e as auditorias para a definição de eventuais passivos indenizatórios que, por exemplo, poderiam tornar-se valor de outorga para o novo concessionário, garantindo a justiça econômica no processo de encerramento desses contratos, que na sua origem não dependeram de processos licitatórios. A partir do Planasa, desenvolveu-se uma parceria no formato público-público, entre o município e uma entidade da administração indireta estadual. Os levantamentos e as auditorias, com início marcado para o ano de 1995, serviriam como referência para restaurar o equilíbrio do contrato, administrado artesanalmente pelos diferentes governos, até pela dificuldade de revisar constantemente os valores envolvidos na contratação. Na prática, demonstrou-se a impossibilidade de uma recomposição justa e contínua das tarifas cobradas pelo serviço, podendo-se apontar como razões o baixo poder aquisitivo dos usuários e a sucessão de crises econômicas acumuladas pelo país no período.

I - levantamento mais amplo e retroativo possível dos elementos físicos constituintes da infraestrutura de bens reversíveis e dos dados financeiros, contábeis e comerciais relativos à prestação dos serviços, em dimensão necessária e suficiente para a realização do cálculo de eventual indenização relativa aos investimentos ainda não amortizados pelas receitas emergentes da concessão, observadas as disposições legais e contratuais que regulavam a prestação do serviço ou a ela aplicáveis nos 20 (vinte) anos anteriores ao da publicação desta Lei;

II - celebração de acordo entre o poder concedente e o concessionário sobre os critérios e a forma de indenização de eventuais créditos remanescentes de investimentos ainda não amortizados ou depreciados, apurados a partir dos levantamentos referidos no inciso I deste parágrafo e auditados por instituição especializada escolhida de comum acordo pelas partes; [...].

Cobrou-se a realização de levantamentos e auditorias, a partir de uma avaliação do contrato, dos seus aditamentos e das alterações legislativas (retroagindo em até vinte anos). Dessa forma, todos os contratos de concessão, ainda em pleno andamento, não importando se precários, prorrogados ou não, deveriam ser considerados válidos, com totais condições de operação, até que fossem concluídos os levantamentos e as auditorias, recalculando-se os últimos vinte anos de execução do contrato.

Com a modificação do art. 42, firmou-se uma nova regra de transição nacional para os contratos de concessão com data anterior à Constituição de 1988. Com isso, ficou esclarecido que a prestação desta modalidade de serviço público requer licitação, desde que os contratos sejam encerrados nos termos previsto em lei. Em outras palavras, desenvolveu-se nacionalmente a convicção de que era preciso estabilizar o sistema de concessões, a partir do oferecimento de uma regra de transição, respeitando os tempos que são próprios para uma realidade tão complexa.

A regra de transição, em harmonia com a Constituição Federal, prevendo as auditorias desses contratos, foi pensada sob uma lógica de concertação jurídica para prevenir crises sistêmicas no setor e quebras de compromisso com a continuidade. Essa opção legislativa permitiu a estabilização do sistema e a retomada dos investimentos para necessidades de curto prazo, pois ofereceu uma

saída de segurança a todas as companhias estaduais, assegurando a indenização de passivos ainda não amortizados. No entanto, nada disso foi concretizado no tempo correto, dentro dos marcos previstos pela legislação naquele momento.

Agora, com a recente aprovação do *Novo Marco Legal do Saneamento* (2020), uma outra linha de raciocínio é estabelecida. Para a questão de transição dos atuais contratos de programa com companhias estaduais, ou mesmo para os casos de relações precárias, não formalizadas ou de prazo expirado, foi inicialmente oportunizada a formalização e prorrogação pelo prazo máximo de trinta anos, com as devidas adaptações, até 31 de março de 2022:

Art. 16. Os contratos de programa vigentes e as situações de fato de prestação dos serviços públicos de saneamento básico por empresa pública ou sociedade de economia mista, assim consideradas aquelas em que tal prestação ocorra sem a assinatura, a qualquer tempo, de contrato de programa, ou cuja vigência esteja expirada, poderão ser reconhecidas como contratos de programa e formalizadas ou renovados mediante acordo entre as partes, até 31 de março de 2022. Parágrafo único. Os contratos reconhecidos e os renovados terão prazo máximo de vigência de 30 (trinta) anos e deverão conter, expressamente, sob pena de nulidade, as cláusulas essenciais previstas no art. 10-A e a comprovação prevista no art. 10-B da Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007, sendo absolutamente vedada nova prorrogação ou adição de vigência contratual.

Todavia, houve veto presidencial desse dispositivo, sob a justificativa de que “*prolonga de forma demasiada a situação atual [...], além de limitar a livre iniciativa e a livre concorrência [...], em descompasso com os objetivos do Novo Marco Legal do Saneamento*”. Com isso, alterou-se o calendário de transição dos contratos de programa para contratos de concessão, na medida em que os vetos firmados pelo Presidente da República não foram derrubados.

Também por isso observa-se agora essa substituição de modelos, ficando para trás a hegemonia das companhias estaduais em favor da presença cada vez maior de empresas privadas no setor de saneamento.

7. Planejamento dos Serviços de Saneamento

Em nosso contexto de abordagem, entendemos por “*planejamento*” a técnica administrativa desenvolvida historicamente no âmbito estatal, ao longo do século XX, e reconhecida como central pelo constitucionalismo contemporâneo. A Constituição Federal de 1988 insiste no papel do Estado na promoção da cidadania (art. 1º, II, CF) e dos direitos fundamentais (art. 5º, CF). Tendo isso em conta, depositou: (i) na União competência administrativa para “elaborar e executar planos nacionais e regionais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social” (arts. 21, IX, 174 e 214, CF); (ii) nos estados federados poder para a “organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum” às suas microrregiões (art. 25, § 3º); e (iii) nos municípios capacidade de planejamento referente a assuntos locais (arts. 29, XII, e 30, VIII, CF).

Na esfera da administração pública, o planejamento é um processo administrativo que não se encerra na elaboração de um plano com finalidades específicas. Ele precisa seguir com o acompanhamento de sua execução e a constante avaliação e revisão periódica dos objetivos intermediários e meios eleitos para ser efetivado com sucesso. Em qualquer processo administrativo, o planejamento deverá ser organizado em fases bem delimitadas:

(i) Uma *fase de instauração* (art. 5º da Lei n. 9.784/1999), via ofício ou requerimento de interessados, como pessoas físicas, organizações e associações (art. 9º da Lei n. 9.784/99), ao órgão competente pela atividade específica (art. 11).

(ii) Uma *fase de instrução* (art. 29), em que serão coletados, organizados e apresentados os dados necessários à tomada de decisão, expondo um diagnóstico da atividade em planejamento. Nessa etapa, por exemplo, estará a necessidade de consulta ou audiências públicas para apuração dos interesses em questão (arts. 31 e 32 da Lei n. 9.784/1999).

(iii) Uma *fase de deliberação*, na qual, diante do diagnóstico elaborado, dever-se-á elaborar prognósticos, com discussão dos cenários possíveis, fixação de objetivos finais e intermediários, metas concretas e etapas de sua execução. O resultado dessa fase será, pois, o *plano*, documento que articulará o resultado das etapas anteriores, apontando motivadamente suas decisões com clareza e concisão (art. 2º, IX, Lei n. 9.784/1999). Isso faz do plano declaração jurídica perfeita e válida, norma concreta individual.

(iv) *A fase do controle, da avaliação e da revisão periódica* consiste, por fim, no acompanhamento da execução do plano. O desrespeito às suas determinações pelos órgãos responsáveis pela execução é passível de responsabilização civil do ente respectivo. As avaliações e revisões periódicas têm a função de, perante a realidade imprevisível de início, fazer os ajustes — o que nem sempre é algo simples, quando as relações entre o público e o privado são mediadas por rígidos contratos administrativos.⁹²

No caso dos serviços de saneamento, a atribuição constitucional de competência para dispor acerca de suas diretrizes e formular um plano nacional recai sobre a União (art. 21, XX, CF) de forma integrada com o Sistema Único de Saúde (art. 200, IV, CF). A fim de regulamentar essa questão, a Lei Federal n. 11.445/2007 estabeleceu que os titulares dos serviços de saneamento são responsáveis pela formulação dos Planos de Saneamento Básico locais (art. 9º, I), atividade *indelegável*, o que agora tem abrangência e detalhamento maior com a nova redação firmada pela Lei n. 14.026/2020, o que se percebe facilmente:

Lei n. 11.445/2007	Lei n. 14.026/2020
Art. 9º O titular dos serviços formulará a respectiva política pública de saneamento básico, devendo, para tanto: I - elaborar os planos de saneamento básico, nos termos desta Lei; [...].	Art. 9º I - elaborar os planos de saneamento básico, nos termos desta Lei, bem como estabelecer metas e indicadores de desempenho e mecanismos de aferição de resultados, a serem obrigatoriamente observados na execução dos serviços prestados de forma direta ou por concessão; [...] Parágrafo único. No exercício das atividades a que se refere o caput deste art., o titular poderá receber cooperação técnica do respectivo Estado e basear-se em estudos fornecidos pelos prestadores dos serviços.

O processo de planejamento dos serviços de saneamento, contudo, não se resume à mera elaboração e fixação de um plano.

92 OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. O Planejamento do Serviço de Saneamento Básico na Lei n. 11.445/2007 e no Decreto 7.217/2010. In: DAL POZZO, Augusto Neves; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; BERTOCCELLI, Rodrigo de Pinho. (coords.). **Tratado sobre o marco regulatório do saneamento básico no Direito brasileiro**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2017, p. 551-561.

Será atividade permanente do ente estatal titular do serviço, uma vez que a partir das diretrizes estabelecidas no plano, irá acompanhar e regular a implantação e prestação dos serviços, e, a partir das informações recolhidas e organizadas durante o exercício da atividade regulatória, revisará o trabalho periodicamente. Nesse sentido, o Decreto n. 7.217/2010, que regula a Lei n. 11.445/2007, mesmo merecendo para breve uma atualização, aponta:

Art. 2º Para os fins deste Decreto, consideram-se:

*I - **planejamento**: as atividades atinentes à identificação, qualificação, quantificação, organização e orientação de todas as ações, públicas e privadas, por meio das quais o serviço público deve ser prestado ou colocado à disposição de forma adequada;*

*II - **regulação**: todo e qualquer ato que discipline ou organize determinado serviço público, incluindo suas características, padrões de qualidade, impacto socioambiental, direitos e obrigações dos usuários e dos responsáveis por sua oferta ou prestação e fixação e revisão do valor de tarifas e outros preços públicos, para atingir os objetivos do art. 27; [...].*

O conteúdo mínimo do Plano de Saneamento Básico é especificado pelo art. 19 da Lei n. 11.445/2007:

Art. 19. A prestação de serviços públicos de saneamento básico observará plano, que poderá ser específico para cada serviço, o qual abrangerá, no mínimo:

*I - **diagnóstico da situação** e de seus **impactos nas condições de vida**, utilizando sistema de indicadores sanitários, epidemiológicos, ambientais e socioeconômicos e apontando as causas das deficiências detectadas;*

*II - **objetivos e metas de curto, médio e longo prazos para a universalização**, admitidas soluções graduais e progressivas, observando a compatibilidade com os demais planos setoriais;*

*III - **programas, projetos e ações** necessárias para atingir os objetivos e as metas, de modo compatível com os respectivos planos plurianuais e com outros planos governamentais correlatos, identificando possíveis fontes de financiamento;*

*IV - ações para **emergências e contingências**;*

*V - mecanismos e procedimentos para a **avaliação sistemática** da eficiência e eficácia das ações programadas.*

Note-se que a própria lei já estipula o objetivo final das políticas públicas a serem elaboradas: a universalização dos serviços de saneamento básico. O que está na alçada dos titulares de prestação do serviço é o estabelecimento de objetivos e metas intermediários; inclui também sua conversão em ações programadas. Isso implica que o planejamento se dê em diálogo e integração com os órgãos responsáveis pela regulação do uso de recursos hídricos e pelos serviços de saúde pública e de planejamento urbano em geral, apenas para citar alguns atores relevantes nessa construção.

Ocorre que, desde a promulgação da Lei n. 11.445/2007, o prazo para a elaboração dos planos municipais vem sendo prorrogado. Inicialmente, foi fixado em 2014, pelo Decreto n. 7.217/2010. Aproximando-se dessa data, alterou-se para 31 de dezembro de 2015 (Dec. n. 8.211/2014), 31 de dezembro de 2017 (Dec. n. 8.629/2015), 31 de dezembro de 2019 (Dec. n. 9.254/2017) e, novamente, para 31 de dezembro de 2022 (Dec. n. 10.203/2020). Tabulação de dados apresentada pelo IBGE revelou que, em 2017, apenas 2.126 municípios (38,2%) possuíam política de saneamento, com 1.342 em processo de elaboração. Significa, porém, um aumento expressivo em relação à situação de 2011. O gráfico abaixo demonstra essa comparação, considerando ainda as desigualdades regionais:⁹³



Fonte: IBGE, Diretoria de Pesquisas, Coordenação de População e Indicadores Sociais, Pesquisa de Informações Básicas Municipais 2011/2017.

93 INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). **Perfil dos municípios brasileiros — Saneamento básico**: aspectos gerais da gestão da política de saneamento básico. Rio de Janeiro: IBGE, Coordenação de População e Indicadores Sociais, 2018, p. 16.

Um outro levantamento feito pela mesma pesquisa detalha quais pontos daqueles cinco elencados como essenciais ao plano (art. 25 do Decreto 7.217/2010) são regulados pelos planos municipais:



Fonte: IBGE, Diretoria de Pesquisas, Coordenação de População e Indicadores Sociais, Pesquisa de Informações Básicas Municipais 2017.

Além disso, a própria universalização dos serviços é um *“instrumento do controle de perdas, que pode até compensar a maior utilização dos recursos”*, uma vez que há uma *“relação direta entre a manutenção da rede e a capacidade de os serviços atenderem toda a população sem intermitências”*.⁹⁴ Tudo coloca em evidência a necessidade de integrar as gestões dos serviços de saneamento, de recursos hídricos e de saúde. Igualmente essencial é a integração com as políticas de desenvolvimento urbano habitacional.

Quando os recursos públicos são escassos, a possibilidade de delegar essa responsabilidade para a iniciativa privada viabiliza o acesso aos novos equipamentos. No caso, não apenas a União, mas estados e municípios podem fazer uso dessa estratégia: modelar o projeto, identificar a fonte de financiamento, depois a construção, a operação e a manutenção, com repartição de riscos entre o público e o privado. O poder público mantendo o controle da

94 CARVALHO, Vinícius Marques de. **O Direito do Saneamento Básico**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 355.

política pública, e o privado submetido ao alcance de um padrão determinado de desempenho para realizar a sua remuneração.

De qualquer sorte, toda essa coordenação representa um intenso desafio de cooperação e articulação nacional, aliado à regionalização. Vinícius Marques de Carvalho resume:

A coordenação em escala regional das ofertas setoriais de infraestrutura urbana e serviços a ela associados é uma meta que não foi atingida no Brasil sob nenhum dos modelos institucionais até agora implementados, ou seja, nem sob o modelo da oferta estatal dos serviços, predominante até a década de 1990, nem sobre o regime da oferta privada regulada [...]. Para tanto, as formas de atuação da União destinadas à construção dessa dimensão ótima de prestação e regulação dos serviços que ajuda no estabelecimento de um intercâmbio explícito entre os âmbitos decisórios urbano, regional e setorial não se esgotam no estabelecimento de diretrizes nacionais. Pelo contrário, as funções que a União pode desenvolver no âmbito da competência comum são [...] [de] planejamento e financiamento.⁹⁵

A carência de integração intersetorial e intergovernamental na gestão de recursos hídricos e sua imbricação nos serviços de saneamento não será satisfeita apenas por mecanismos de mercado, e muito menos é exigível da parte de prestadores locais e privados de serviços de abastecimento e esgotamento sanitário.

Para tanto, deve-se observar um aspecto central da atividade administrativa do planejamento, qual seja, a subordinação de todo seu processo ao princípio do controle social (art. 2º, X, Lei Federal n. 11.445/2007, redação mantida pela Lei Federal n. 14.026/2020). A lei exige que o processo contemple mecanismos e procedimentos aptos a garantir à sociedade civil informações, representações técnicas e participação nos processos de formulação das políticas e avaliação dos serviços.

Um desses mecanismos previstos pela própria lei é o de um “órgão colegiado de caráter consultivo” que assegure a representação dos órgãos governamentais ligados ao setor, dos prestadores, dos usuários e de entidades técnicas e organizações da sociedade civil relacionadas (art. 47 da Lei Federal n. 11.445/2007⁹⁶).

95 CARVALHO, Vinícius Marques de. **O Direito do Saneamento Básico**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 397.

96 “Art. 47. O controle social dos serviços públicos de saneamento básico poderá

Na perspectiva de uma coordenação de todo o processo pelo governo federal, a elaboração do Plano Nacional de Saneamento Básico (Plansab, 2013) mostrou-se um dos esforços mais importantes nesse sentido. O documento orientava o planejamento dos serviços ao longo de duas décadas. Realizaram-se cinco seminários com participação popular (nas regiões Sul, Sudeste, Norte, Nordeste e Centro-Oeste), de 2009 a 2010, para a sua construção. Originalmente, nasceu como um planejamento para vinte anos, com revisão a cada quatro anos e uma avaliação anual.

A partir dos anseios e das aspirações levantados, definiram-se as visões regionais para o saneamento básico. Foram desenhados — como destacou-se em outros momentos desse livro — cenários de avaliação pelos técnicos: um “desejado” (hipótese um); um alternativo, em que a economia mundial permanecesse com taxas mais baixas de crescimento (hipótese dois); e um terceiro, mais pessimista, de forte depressão do gasto público brasileiro (hipótese três). Os cenários foram traçados considerando apenas as hipóteses *um* e *dois*, sem projetar ações concretas na eventual ocorrência da hipótese três, pouco provável à época. Nessa, o papel do Estado seria outro, com mudanças no marco e diminuição dos investimentos. Então, não é incorreto concluir, o Plansab já ensaiava a possibilidade de uma política pública de saneamento conduzida por um Estado com pouca capacidade para fazer investimentos no setor, tornando uma alternativa real valorizar parcerias com o campo privado.

Na fase do planejamento decide-se qual projeto, qual proposta de investimento, é capaz de oferecer a melhor resposta. Nesse

incluir a participação de órgãos colegiados de caráter consultivo, nacional, estaduais, distrital e municipais, em especial o Conselho Nacional de Recursos Hídricos, nos termos da Lei nº 9.433, de 8 de janeiro de 1997, assegurada a representação: (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020) I - dos titulares dos serviços; II - de órgãos governamentais relacionados ao setor de saneamento básico; III - uniformização da regulação do setor e divulgação de melhores práticas, conforme o disposto na Lei nº 9.984, de 17 de julho de 2000; (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020) IV - dos usuários de serviços de saneamento básico; V - de entidades técnicas, organizações da sociedade civil e de defesa do consumidor relacionadas ao setor de saneamento básico. § 1º As funções e competências dos órgãos colegiados a que se refere o caput deste artigo poderão ser exercidas por órgãos colegiados já existentes, com as devidas adaptações das leis que os criaram. § 2º No caso da União, a participação a que se refere o caput deste artigo será exercida nos termos da Medida Provisória nº 2.220, de 4 de setembro de 2001, alterada pela Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003.”

sentido, o plano de governo, a vontade conhecida da população, a existência de legislação apropriada para concretizar a decisão política e a capacidade da burocracia instalada são dados fundamentais para que o esforço do planejamento produza um resultado concreto, um produto racional, útil e escalável.

Uma crítica que pode ser feita às políticas desenvolvidas no setor até o momento é a seguinte: houve um investimento massivo na lógica do planejamento de papel; ou seja, estados e municípios, sem uma coordenação clara, tinham a obrigação de elaborar os seus planos. Eles foram nascendo, pelo menos em alguns lugares, como mera reprodução de outros trabalhos, sem um diálogo que preservasse uma visão sistêmica para permitir a qualificação da política pública na sua integralidade. Ao contrário, a fragmentação do sistema e a multiplicidade de regulamentos, padrões de contrato, fiscalização e metas qualitativas e quantitativas ao final criaram mais instabilidade para o setor.

Os Planos Municipais, no saneamento em geral, para a coleta e o manejo de resíduos sólidos em especial, precisam servir-se de fontes primárias de apuração, não aceitando de maneira acrítica as informações produzidas no passado por mera autodeclaração, sem um efetivo contraditório de auditorias independentes. De qualquer forma, o Decreto Federal n. 11.043/2022, que aprova o Plano Nacional de Resíduos Sólidos (Planares), no art. 3º, esclarece o seguinte: “[...] os planos de resíduos sólidos estaduais, microrregionais, de regiões metropolitanas ou aglomerações urbanas, intermunicipais e municipais deverão estar em conformidade com a Política Nacional de Resíduos Sólidos e com o Plano Nacional de Resíduos Sólidos”.

Além disso, muitos planos foram construídos sob a inspiração de investimentos públicos que não se concretizaram, ou imaginando que a relação com a companhia estadual, mesmo não protegida por um vínculo formal (relação de fato), seria preservada de qualquer maneira. Em muitas localidades os valores gastos com consultorias serviram para a confecção de planos despersonalizados, fora de sintonia com a lista de necessidades locais. Nesse sentido, na próxima onda, provocada pelo *Novo Marco Legal do Saneamento*, espera-se mais qualidade desses trabalhos, que irão interagir com as modelagens das próximas licitações ou mesmo com os contratos vigentes, mesmo que se respeite a legitimidade e a força da regulação contratual.

8. Princípios Jurídicos do Direito do Saneamento Básico

Quem quer que esteja familiarizado com algum ramo do direito já se deparou com o vocabulário dos princípios jurídicos. Ao estudar uma área específica do Direito, é comum encontrarmos os princípios desta, por exemplo, os princípios do Direito Administrativo, os princípios do Direito do Trabalho, os princípios que orientam os processos licitatórios ou a delegação de serviços públicos. Em geral, eles organizam os microcosmos que integram o sistema jurídico nacional. Nesse uso do termo, normalmente se quer expressar as razões de ser fundamentais daquela área — a porta de entrada para a sua compreensão. Eles são, por assim dizer, os fins que orientam a interpretação das regras de determinada matéria.

Outra maneira de ver os princípios jurídicos é concebê-los como regras de um tipo mais geral. Dessa forma, podemos pensar que o princípio da legalidade administrativa requer que a atividade da administração pública se pautar por orientações claras, que se apliquem às regras existentes. Mesmo sabendo que situações concretas vão colocar-se entre os pontos de dúvida, ou de vazio normativo, e no caso dos gestores públicos, obrigando-os a tomar decisões sem o respaldo de uma lei anterior. Para essa dificuldade do sistema, a Lei Federal n. 13.655/2018 e a redação mais recente do Decreto-Lei n. 4.657/1942 trouxeram respostas satisfatórias, tornando os fatos da realidade, quando comprovados, um argumento suficiente para sustentar a legalidade e a legitimidade de uma determinada ação administrativa.

Permanece a orientação geral: toda ação administrativa depende da existência de uma lei anterior. Outrossim, a experiência concreta poderá permitir ações de governo com viés antecipatório, propondo soluções práticas para problemas reais, depois de avaliar interesse público e custo-benefício, mesmo que o sistema legal não tenha alcançado essa complexidade. Na lógica do tentativa-erro, quando eu demonstro o valor social nessas ações, não apenas se admite o acerto da iniciativa, mas se prepara o ambiente para que os Poderes constituídos, cumprindo todos os rituais, cheguem depois com a lei que assegurará a continuidade da política.

A hipervalorização dos princípios, de outro lado, não pode criar trilhos argumentativos para afastar a aplicação de regras construídas legitimamente em Estados Democráticos⁹⁷.

Embora esses usos sejam compreensíveis — os princípios como parâmetro de interpretação — e, inclusive, façam parte da nossa prática jurídica, há um outro sentido para os princípios jurídicos que têm exercido um papel doutrinário relevante e cada vez mais difundido. Fala-se aqui da compreensão dos princípios como um tipo distinto que exige que busquemos um estado de coisas ideal; ele aponta um fim e demanda que o realizemos na maior medida possível. Por isso, diz-se, na mesma linha de Robert Alexy, que princípios são “exigências de otimização”.⁹⁸

De outro lado, as regras jurídicas requerem que se faça exatamente o que elas dizem. Regras têm a seguinte estrutura: se H (hipótese da regra), então CJ (consequência jurídica). Por essa razão, contêm em si as consequências do seu cumprimento (ou não cumprimento). O importante é que a hipótese, mesmo que geral, seja mais ou menos determinada; assim, pode-se afirmar que regras são “exigências definitivas”.⁹⁹

A distinção faz-se clara na maneira em que os conflitos de norma são resolvidos. Se há um conflito entre regras, ou é acrescentada uma exceção a uma delas, ou uma delas é declarada inválida.¹⁰⁰ Quando dois princípios conflitam, um deles prevalece sobre

97 Para o autor: “[...] tal hipertrofia foi ainda mais acentuada com as hábeis construções teóricas de Dworkin e sua engenhosa dicotomia: as regras pertenceriam ao universo do tudo/nada; os princípios seriam medidas pela escala de ponderação. A formulação em questão, por mais arguta que pareça, é falaciosa: a ponderação dos princípios por vezes leva ao afastamento completo de um deles, em clara similaridade com o esquema do tudo/nada; por outra parte, com a amplitude normativa positiva incessante, muitas vezes a dirimência de uma questão se faz com a ponderação e decantação de várias normas, aplicando-se ao caso concreto um pouco de cada uma”. FERRAZ, Sérgio. *Princípios do Direito do Saneamento*. In: GUIMARÃES, Fernando Vernalha (Coord.). **O Novo Direito do Saneamento Básico: estudos sobre o novo marco legal do saneamento básico no Brasil (de acordo com a Lei nº 14.026/2020 e respectiva regulamentação)**. Belo Horizonte: Fórum, 2022, p. 21.

98 ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. Baden-Baden: Suhrkamp, 1985, p. 76. Ver também: ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4. ed. Brasil: Editora Malheiros, 2004, p. 70.

99 Ibidem, p. 75.

100 É claro que a aplicação de regras pode envolver uma boa dose de interpretação, e esta interpretação muitas vezes exige perguntar-se sobre o propósito da regra. Nesses casos, os princípios podem entrar em cena; igualmente, a distinção entre regras e princípios se torna menos nítida.

o outro, mas nenhum dos dois é invalidado.¹⁰¹ Isso se dá porque o estado ideal exigido por um princípio encontra barreiras na realização de outros fins relevantes. Um regime democrático constitucional visa a promover diversos fins e, como consequência, contém princípios que podem colidir nos casos concretos.

Uma outra característica é a de que princípios exigem um *modo de aplicação* distinto das regras. As regras são aplicadas via subsunção, isto é, a avaliação das circunstâncias do caso à hipótese normativa. O raciocínio é o que Neil MacCormick chamou de “silogismo jurídico”.¹⁰²

O quadro é outro com os princípios. Dado que esse tipo de norma reivindica a maior realização possível de um ideal, e posto que os vários princípios não podem ser satisfeitos no grau máximo ao mesmo tempo, é necessário avaliar qual princípio tem precedência sobre o outro nas circunstâncias do caso concreto. Isso é, aceita-se a existência de uma hierarquia, ainda que móvel, entre eles. O raciocínio apropriado para essa avaliação é feito pela chamada “lei da ponderação”:

Quanto mais alto é o grau de não cumprimento ou prejuízo de um princípio, tanto maior deve ser a importância do cumprimento do outro.

Enquanto a aplicação das regras nos casos concretos ocorre pelo silogismo jurídico, a aplicação dos princípios nos casos concretos dá-se pela *ponderação*. O raciocínio da ponderação somente é possível nas circunstâncias dos casos particulares, pois nesses avalia-se a extensão apropriada de um princípio em relação ao(s) outro(s).

No campo do Direito do Saneamento, destacam-se na visão do autor os *princípios da universalidade*,¹⁰³ *da solidariedade*, da

101 Ibidem, p. 77-79.

Ver também: DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1978, p. 24.

102 MACCORMICK, Neil. **Rhetoric and the Rule of Law: a theory of legal reasoning**. Oxford: Oxford University Press, 2005.

103 COHRE, AAAS, SDC, and UN-HABITAT. **Manual on the Right to Water Sanitation: A tool to assist policy makers and practitioners develop strategies for implementing the human right to water and sanitation**. 2007, p. XVI. Disponível em: http://www.worldwatercouncil.org/fileadmin/wwc/Programs/Right_to_Water/Pdf_doct/RTWP_20Manual_RTWS_Final.pdf. Acesso em: 06 nov. 2020.

equidade,¹⁰⁴ *da integralidade, da sustentabilidade e da participação social*.¹⁰⁵ A lista é meramente exemplificativa e instável, mas basta que sejam fins exigidos pelo nosso direito para que se tornem razoáveis. Além disso, nada impede de trazer à discussão outros princípios que identifiquem fins igualmente relevantes.

A leitura atenta da Lei n. 11.445/2007, com as modificações produzidas pela Lei n. 14.026/2020, sempre ensejará a produção de novas listas, inclusive permitindo desdobramentos e classificações diversas, pois coexistem os princípios gerais e os específicos, como aqueles vinculados aos temas da regionalização, da competição, e das políticas de regulação do sistema brasileiro de saneamento básico.

Há um movimento importante para que o direito ao saneamento seja incluído no catálogo de direitos fundamentais. Tal situação pode significar, em breve, a aceleração das políticas públicas comprometidas com os *Objetivos de Desenvolvimento Sustentável* (ODS), a agenda 2015-2030, considerada ambiciosa pela própria ONU, para dar continuidade e ampliar as metas traçadas pelos *Objetivos de Desenvolvimento do Milênio* (ODM). É essencial lembrar que o direito fundamental ao saneamento e seus princípios têm de ser compreendidos no amplo escopo, integrando-o à saúde e ao meio ambiente, ante seu caráter transversal.

Em um contexto de reforma do sistema de prestação dessa modalidade de serviço público, o reconhecimento do *status* de direito humano é urgente. Isso impõe a criação de um sistema que atenda aos ideais de universalidade, solidariedade, equidade, integralidade, sustentabilidade e amplo controle social.

De qualquer forma, os princípios agora destacados estão positivados no ordenamento brasileiro desde a Lei n. 11.445/2007, no art. 2º, mas não exatamente sob essa forma. As formulações adotadas na legislação dão aos princípios uma maior concretude, como “articulação com as políticas de desenvolvimento urbano e regional” (VI) ou “adoção de técnicas [...] que considerem as peculiaridades locais” (V). Na verdade, essa é uma confusão criada intencionalmente pela Lei, visto que, os princípios, os objetivos, as

104 Declaração da Conferência Internacional sobre a Água e o Meio Ambiente, em Dublin, na Irlanda, no ano de 1992.

105 DROBENKO, Bernard. Les Nouveaux Grands Principes du Droit Moderne de l'Eau. In: MILARÉ, Édís et al. **Doutrinas Essenciais: direito ambiental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

diretrizes, as ações prioritárias, todos estão colocados sob o mesmo campo de força¹⁰⁶ (Lei n. 11.445/2007, do art. 1º até o 7º): *Dos Princípios Fundamentais*.

O art. 2º ainda sofreu algumas alterações de redação por força do *Novo Marco Legal*, além da adição de três princípios (em sentido amplo): prestação regionalizada (XVI), seleção competitiva dos prestadores (XV) e prestação concomitante do abastecimento de água e do esgotamento sanitário (XVI). Como veremos, essas formulações podem ser consideradas incluídas nas de escopo mais amplo que se apresenta a seguir. Sua adoção, contudo, tem o propósito de explicitar o direcionamento visado pelo *Novo Marco* no que diz respeito à regionalização por meio da formação de unidades regionais e blocos de referência e à necessidade de ampliar a competitividade no setor.

A universalização dos serviços, a nacionalização da regulação (de adoção incentivada e não vinculante), a realização de processos licitatórios, a formalização e padronização dos contratos e o incentivo à prestação regionalizada são focos de atenção da Lei n. 14.026/2020, somados ao texto anterior da Lei n. 11.445/2007, que já trazia consigo um universo amplo de princípios que continuam preservados. Por isso, propõe-se uma síntese exemplificativa.

8.1 Princípio da Universalidade

O sentido da expressão *universalidade*, em um primeiro momento, é imediatamente interpretado, e compreendido, ainda que aqui assumam um caráter mais técnico. Um serviço universal alcança todos

106 Importante esse posicionamento, “[...] Aliás, até no linguajar coloquial, princípio está ligado a ponto de partida; objetivo a ponto de chegada. [...] Só para resumir: nenhuma política pública se perfaz sem que seus princípios e objetivos sejam a priori harmônicos ou ao menos harmonizáveis supervenientemente. Objetivos são os fins buscados, as metas que se deseja alcançar ou concretizar, quando se estabelece uma política pública [...]. Já a ideia e o conceito de princípios são topograficamente antípodas da ideia e conceito de objetivo. Em realidade, segundo se há de expor, os princípios estão na base e na raiz da formulação das políticas públicas e, pois, dos seus objetivos. [...] Princípios jurídicos são formulações de ideias de considerável generalidade, abstração e abrangência, consagradoras do pensamento jurídico e da cultura jurídica de certo momento e lugar”. ARAGÃO, Alexandre Santos de; D’OLIVEIRA, Rafael Daudt. Considerações Iniciais sobre a Lei n. 14.026/2020: Novo Marco Regulatório do Saneamento Básico. In: GUIMARÃES, Fernando Vernalha (Coord.). **O Novo Direito do Saneamento Básico**: estudos sobre o novo marco legal do saneamento básico no Brasil (de acordo com a Lei nº 14.026/2020 e respectiva regulamentação). Belo Horizonte: Fórum, 2022, p. 20.

os lugares e todas as pessoas circunscritos a um determinado espaço.¹⁰⁷ Tal noção ajuda a compreender o princípio e é primordial para que se alcance a finalidade de viabilizar o acesso ao saneamento básico.

Também se sabe que essa é uma ideia um tanto abstrata e não determinará a extensão do princípio da universalidade nos casos concretos, nem mesmo resolverá o problema de uma universalização aparente do serviço; nem todos serão alcançados se não existir uma preocupação verdadeira com a equidade na elaboração de uma política tarifária. Logo, a *universalização do acesso* não depende apenas de obras físicas, mas escolhas políticas e ações de governo que sejam realmente inclusivas.

Entretanto, a abrangência e a inevitável vagueza do termo *universalidade* não retiram a força normativa do princípio. Pelo contrário, conforme observamos no capítulo anterior, a indeterminação é constitutiva dos princípios jurídicos. Eles apontam o fim que deve ser considerado e realizado na maior medida possível, quando podem ser confundidos com os *objetivos*, e a extensão da sua realização será determinada pela ponderação nas circunstâncias dos casos. É desse modo que os princípios servem de parâmetro tanto para a interpretação de regras quanto para a crítica da realidade.

O acesso aos serviços de saneamento básico, reconhecidos como direito fundamental social,¹⁰⁸ resulta de um compromisso de cooperação internacional.¹⁰⁹ Esse direito deve concretizar-se em todos os Estados e todas as populações do mundo, como decorrência normativa da garantia de condições mínimas de existência, nos

107 MARQUES, Sílvia Badim; DELDUQUE, Maria Célia. Saúde e Saneamento Básico: Relação Necessária na Perspectiva do Direito. In: MOTA, Carolina. (coord.). **Saneamento Básico no Brasil: Aspectos Jurídicos da Lei Federal 11.445/2007**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 228-229. Disponível em: <http://www.un-documents.net/h2o-dub.htm>. Acesso em: 02 fev. 2012.

108 CARVALHO, Vinícius Marques de. Cooperação e Planejamento na Gestão dos Serviços de Saneamento Básico. In: MOTA, Carolina. (coord.). **Saneamento Básico no Brasil: Aspectos Jurídicos da Lei Federal n. 11.445/2007**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 59-60.

109 ONU. Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966). Art. 11. Adotado em 16 de dez. de 1966, entrou em vigor em 23 de mar. de 1976 pela Resolução da AG n. 2200A. Promulgado no Brasil por meio do Decreto n. 591/92. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0591.htm. Acesso em: 06 nov. 2020.; Ver também: Art. 6 do Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos. Adotado pela ONU em 16 de dez. de 1966, entrou em vigor em 23 de mar. de 1976 pela Resolução da AG n. 2200A. No Brasil, também foi promulgado pelo mesmo Decreto Federal, de 6 de jul. de 1992.

termos da Declaração de 1948 e do Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966.¹¹⁰ Mas foi apenas no fim do século XX, com a admissão da existência de um conjunto de direitos de segunda geração,¹¹¹ os quais se valem da noção de igualdade material, que se contemplou um sentido mais concreto de universalidade.

Como elemento de orientação das políticas sociais voltadas à saúde, o acesso obrigatório à água potável e ao esgotamento sanitário colabora para a construção de uma ordem mundial de paz — esse é o espírito da evolução gradativa dos direitos humanos no plano internacional.¹¹² É uma questão de saúde, de futuro, que se conecta às discussões relativas ao meio ambiente e ao conceito de desenvolvimento sustentável,¹¹³ e, mais modernamente, aos parâmetros ESG de governança.

A Conferência de Estocolmo, no ano de 1972, inaugurou essas preocupações, desencadeando uma multiplicação de fontes do Direito Internacional — tratados, costumes, princípios gerais, jurisprudência e doutrina. A visão que se consolidou naquela ocasião, e que persiste até hoje, é a de que a relação entre o ser humano e o meio ambiente não pode ser de parasitismo. Inter-relacionando

- 110 Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, art. 11. Ver também: Programa de Ação da Conferência Internacional sobre a População e o Desenvolvimento, no Cairo, em set. de 1994, Princípio n. 2. Disponível em: <http://www.unfpa.org.br/Arquivos/relatorio-cairo.pdf>. Acesso em: 15 set. 2018. Sobre o processo de juridicização da Declaração Universal dos Direitos Humanos por meio de tratados internacionais, que leva a um nível maior de especificação dos direitos humanos, ver: PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 231-232.
- 111 A autora, no entanto, faz questão de destacar o aspecto meramente didático da divisão dos direitos humanos em gerações, dado seu caráter universal. JUBILUT, Liliana Lyra. Os Pactos Internacionais de Direitos Humanos (1966). In: ALMEIDA, Guilherme de Assis; MOISÉS, Cláudia Perrone. (coords.). **Direito Internacional dos Direitos Humanos: instrumentos básicos**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- 112 Na Assembleia Geral da ONU (RES 55/2), em 8 de setembro de 2000, foi aprovada uma carta-declaração que reforça que assegurar a liberdade, a igualdade, a solidariedade, a tolerância, o respeito à natureza e a responsabilidade de todos com a gestão do desenvolvimento econômico e social do mundo torna-se um compromisso dos Estados, com a condução da Organização das Nações Unidas e as suas agências especializadas. A luta contra a pobreza extrema, com planos nacionais e mundiais, tenta retomar a confiança na capacidade dos atores, os Estados e os indivíduos, de consolidar o processo de paz — o que exige renúncias e ajudas mútuas. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU), **United Nations Millennium Declaration**, A/RES/55/2, dezoito de setembro de 2000. Disponível em: <http://www.un-documents.net/a55r2.htm>. Acesso em: 06 nov. 2020.
- 113 SAMPAIO, José Adércio Leite; WOLD, Chris; NARDY, Afrânio José Fonseca. **Princípios do Direito Ambiental**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 7.

estratégias de desenvolvimento econômico, desenvolvimento social e preservação de um direito ao futuro, dentro da perspectiva transgeracional do direito ao meio ambiente sadio,¹¹⁴ delineou-se, aos poucos, o conceito de desenvolvimento sustentável.

O acesso à água potável gera um imediato benefício individual, enquanto a coleta e o tratamento do esgoto, os serviços de limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos, a drenagem e manejo de águas pluviais — pelo menos no imaginário da população — trazem respostas para demandas da coletividade. Talvez, por isso, seja mais fácil cobrar da população pelo uso da água, e sempre mais tortuoso produzir engajamento às redes coletivas de esgoto e, ato contínuo, cobrar pelo serviço. Essa questão se torna ainda mais complexa na drenagem urbana e manejo de águas pluviais, quando busca-se individualizar os efeitos benéficos da prestação dos serviços.

A universalização compreende um processo permanente, em especial nos países com déficit de desenvolvimento econômico ou social. Os ODS,¹¹⁵ semeados na RIO+20 e consolidados em 2015, inspirados pelos ODM, incluem “assegurar a disponibilidade e gestão sustentável da água e o saneamento *para todos*” [*grifamos*]. Isso é essencial à erradicação da pobreza e requisito indispensável para o desenvolvimento, em conjunto com os demais objetivos, como agricultura sustentável, igualdade de gênero, educação de qualidade, saúde e cidades inteligentes.

No ideal do Estado de Direito, demanda-se que não apenas preserve-se a vida dos cidadãos, mas se assuma o compromisso de garantir a todos um patamar superior à pobreza absoluta, isto é, um mínimo vital.¹¹⁶ Esse é o foco da atuação do Programa das

114 Conforme a Declaração de Estocolmo, Princípio 1, “[...] o homem tem o direito fundamental a liberdade, igualdade e adequadas condições de vida, num meio ambiente cuja qualidade permita uma vida de dignidade e bem-estar, e tem a solene responsabilidade de proteger e melhorar o meio ambiente, para o presente e as futuras gerações”. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU), **Declaração da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano**, A/CONF.48/14/Rev.1, Estocolmo, jun. 1972. Disponível em: <http://www.un-documents.net/unchedec.htm>. Acesso em: 15 set. 2018.

115 Disponível em: http://www.un.org/fr/documents/view_doc.asp?symbol=A/69/L.85. Acesso em: 15 set. 2018.

116 BANCO INTERNACIONAL PARA RECONSTRUÇÃO E DESENVOLVIMENTO/BANCO MUNDIAL. **Relatório sobre o Desenvolvimento Mundial 2006** (visão geral) — Equidade e Desenvolvimento. Washington: Oxford University Press, 2006, p. 26.

Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) e uma prioridade até 2030, segundo os ODS.

A universalização do acesso ao saneamento básico desencadeia externalidades positivas para muitas outras áreas, minimizando as diferenças de condições básicas.¹¹⁷ De modo geral, a pretensão de universalidade promove o valor da dignidade da pessoa humana.

O princípio da universalidade exige que o Estado realize, da melhor forma possível, o direito de acesso ao saneamento básico, seja pela gestão direta ou indireta.¹¹⁸ E mais do que criar a disponibilidade do serviço formalmente, é preciso garantir o acesso efetivo para todos.¹¹⁹ Nesse sentido, uma das alterações promovida pelo *Novo Marco do Saneamento* consistiu na inclusão no art. 2º, inciso I, da Lei n. 11.445/2007, que agora prevê o princípio de “universalidade do acesso” com o complemento: “e efetiva prestação do serviço”. Ora, a *efetiva prestação do serviço*, se confirma quando essa entrega atende às necessidades dos usuários (Lei n. 11.445/2007, art. 2º, II) e é realizada de *forma adequada à saúde pública, à conservação dos recursos naturais e à proteção do meio ambiente* (Lei n. 11.445/2007, art. 2º, III).

A definição do princípio da universalidade e sua validade raramente são colocadas em questão. Entretanto, o assunto torna-se

117 Ver, nesse sentido, o estudo: FREITAS, Fernando Garcia; MAGNABOSCO, Ana Lelia. **Benefícios Econômicos e Sociais da Expansão do Saneamento Brasileiro**. Instituto Trata Brasil e pela EX ANTE Consultoria. Disponível em: <http://www.tratabrasil.org.br/images/estudos/itb/beneficios/Relat%C3%B3rio-Benef%C3%ADcios-do-saneamento-no-Brasil-04-12-2018.pdf>. Acesso em: 06 nov. 2020.

118 “Toda pessoa tem direito a viver em meio ambiente sadio e a contar com os serviços públicos básicos.” Art. 11 (1) do Protocolo de San Salvador, Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Disponível em: http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/e.Protocolo_de_San_Salvador.htm. Acesso em: 15 set. 2018. Um aspecto importante desse direito é a vedação da discriminação de gênero na sua proteção. Ver: ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU), **Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher**, adotada em 1979, art. 14 (2). Disponível em: <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/cedaw.htm>. Acesso em: 15 set. 2018.

119 ALOCHIO, Luiz Henrique Antunes. **Direito do Saneamento**: Introdução à Lei de Diretrizes Nacionais de Saneamento Básico (Lei Federal n. 11.445/2007). 2. ed. Campinas: Millennium, 2011, p. 9; CASTRO, Tiane Lobato de. Os Princípios Legais do Saneamento. In: DAL POZZO, Augusto Neves; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; BERTOCCELLI, Rodrigo de Pinho. (coords.). **Tratado sobre o marco regulatório do saneamento básico no Direito brasileiro**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2017, p. 183.

cada vez mais complicado à medida que tentamos especificar a extensão desse princípio na prática das operações. Esse aspecto da aplicação de princípios é natural: sua extensão deriva de uma ponderação entre valores. Muitas vezes, como na discordância sobre qual tipo de gestão é mais eficiente, a questão será indeterminada, prevalecendo a opinião escolhida democraticamente (é claro que a experiência, após implantarmos um modelo, pode nos fornecer dados que eliminem essa indeterminação). Em outros casos, a discordância não se refere às possibilidades fáticas de realização, mas à relevância dos fins em conflito.

Da mesma forma, pessoas razoáveis terão opiniões divergentes acerca da importância dos objetivos em debate; contudo, isso não torna o esforço argumentativo da ponderação inútil. Abandonar esse empreendimento de justificação significa abandonar a pretensão de promover, de um modo aceitável para todos, a universalidade dos serviços de saneamento. Fica claro, portanto, que esse raciocínio deve vincular não apenas à argumentação dos tribunais, mas também à justificação pública dos representantes eleitos. Aliás, a ponderação feita na Casa Legislativa tem uma certa preponderância sobre a ponderação dos juízes, principalmente nos casos disputados, devido à sua legitimidade democrática adquirida pelo voto;¹²⁰ Pelo menos, assim deveria ser.

Por característica, ele estará sempre apontando um objetivo dificilmente alcançado. Mas, ao mesmo tempo, como imaginar que o serviço público de saneamento não é algo disponível para todas as pessoas, considerando a sua relação transversal com direitos igualmente indispensáveis para o alcance de uma vida digna, como, o combate à pobreza e a melhoria da qualidade de vida de uma comunidade (Lei n. 11.445/2007, art. 2º, VI).

Persiste, uma profunda discordância entre especialistas sobre qual é a maneira mais eficaz de perseguir esse fim. Conforme vimos no capítulo anterior, não parece possível determinar *a priori* se é uma gestão pública, privada ou mista dos serviços de

120 Dito isso, os tribunais são, naturalmente, os intérpretes judiciais últimos. Isso faz com que eles tenham, por assim dizer, a última palavra com respeito à ponderação de princípios. A legitimidade das decisões do judiciário no tocante à revisão judicial depende muito da autocompreensão que os juízes têm do seu papel. Há uma série de complicações aqui que infelizmente não poderão ser tratadas nesse trabalho, mas é importante ter em mente: no nosso contexto, não ideal, qualquer arranjo institucional será mais ou menos frágil e dependerá do esforço dos cidadãos razoáveis em sustentar instituições democráticas.

saneamento que atenderá aos objetivos da legislação. Temos insistido nessa ideia. O melhor modelo é aquele que consegue rapidamente, e com qualidade, tornar a política pública uma experiência real e transformadora na vida das pessoas, o que se pode considerar a finalidade última de toda ação administrativa. A respeito disso, a Lei n. 11.445/2007, art. 2º, inciso V, sugere como boa prática: a *adoção de métodos, técnicas e processos que considerem as peculiaridades locais e regionais*. Nessa linha, mesmo o uso intensivo de tecnologia, como contraponto para problemas pontuais do sistema, deve ser compatível *com a capacidade de pagamento dos usuários* (Lei n. 11.445/2007, art. 2º, VIII), ou do Estado, quando decide cobrir essa *lacuna de viabilidade* diagnosticada em um projeto.

Essa discussão a respeito da atuação pública em contraposição à atuação privada pode ser testada quando parte-se para a análise do setor de drenagem urbana. Atualmente, a prestação dos serviços envolvendo a drenagem e o manejo de águas pluviais é realizada pelo poder público em 99,9% dos municípios, segundo o Relatório do Diagnóstico Temático de Drenagem e Manejo das Águas Pluviais Urbanas de 2023 do SNIS¹²¹. A proposta trazida pelo *Novo Marco* traz incentivos para propiciar uma transição para a prestação indireta, mediante ajustes de concessão e a adoção de sistemas de cobrança, seja taxa ou tarifa, imaginando que assim se possa viabilizar um modelo eficiente e sustentável economicamente (Lei n. 11.445/2007, art. 2º, VII).

Outro ponto relevante é o de que a ideia de universalização adquire tonalidades distintas conformes tratamos dos setores que compõem o conceito de saneamento básico. Se o acesso à água e às redes de coleta e tratamento de esgoto é um desafio de grande porte para os municípios brasileiros, o serviço de coleta de resíduos, por exemplo, é bastante capilarizado, estando em níveis próximos do que poderia ser considerado como universalização, ao menos nas regiões urbanas (o índice de cobertura de coleta de resíduos sólidos urbanos é, no âmbito nacional, de 93,04%¹²²). Mesmo

121 BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Regional. Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento (SNIS). **Diagnóstico Temático Drenagem e Manejo das Águas Pluviais Urbanas: Visão Geral**. Ano de Referência 2022. Disponível em: <http://www.snis.gov.br/diagnosticos>. Acesso em: 20 fev. 2024.

122 ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE EMPRESAS DE LIMPEZA PÚBLICA E RESÍDUOS ESPECIAIS (ABRELPE). (2022) **Panorama dos Resíduos Sólidos no Brasil 2022**. São Paulo: ABRELPE. Disponível em: <https://abrelpe.org.br/panorama/>. Acesso em: 20 fev. 2024.

assim, é importante que se diga, “[...] nem todo o volume gerado é coletado, devido à insuficiência do serviço público de coleta, associado à baixa consciência sanitária e ambiental da sociedade, que ainda descarta seus resíduos de forma inadequada”¹²³.

Percebe-se que a universalização do setor de resíduos sólidos não tem carências quanto a extensão da prestação do serviço — o que poderíamos chamar de universalização horizontal —, mas possui necessidades de melhoria da qualidade nos serviços prestados — o que aqui será chamado de universalização vertical. É preciso mais do que coletar o resíduo em todos os domicílios e realizar a disposição em aterros sanitários. Na verdade, precisamos primeiro ampliar o número de aterros licenciados, para depois introduzir na esteira produtiva do sistema novas rotas tecnológicas, substituindo a dinâmica da economia linear pela circular.

O que o marco do saneamento objetiva, em sintonia com a Lei n. 12.305/2010 (Política Nacional de Resíduos Sólidos) é a universalização dos serviços de limpeza e manejo de resíduos sólidos dentro da perspectiva de assegurar adequada destinação final aos resíduos, o que significa o desenvolvimento de rotas tecnológicas sustentáveis.

Um problema concreto, do qual quase ninguém discorda, é que o Brasil tem demandas no que toca à universalização do saneamento. Tomemos como referência os níveis totais de atendimento de esgoto de acordo com o Diagnóstico Temático do Sistema de Informações sobre Saneamento de 2022, conforme mapa abaixo:

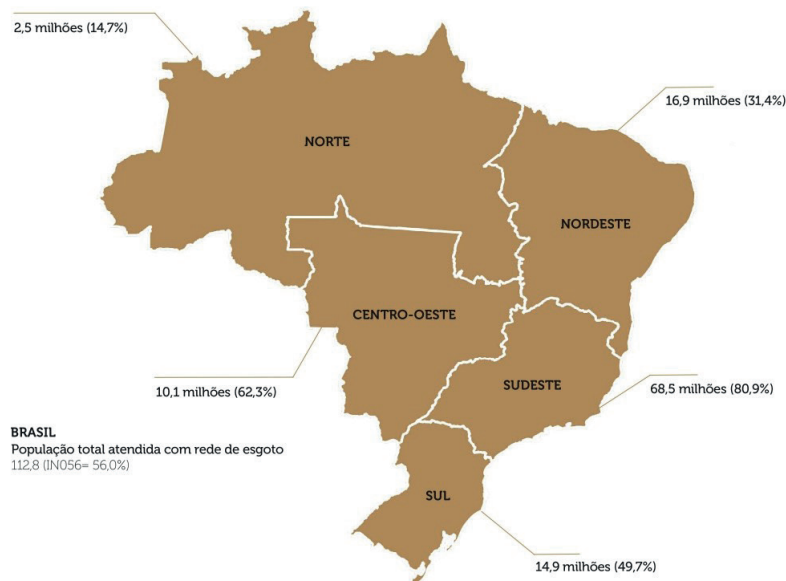
123 Para complementar, destaca-se que “[...] o resíduo gerado de forma difusa e descartado de maneira inadequada nas vias públicas, nos rios, nos terrenos baldios ou até mesmo queimado a céu aberto dificulta a mensuração da massa gerada, além de causar graves impactos ambientais. Importante ressaltar que muitos destes resíduos são levados pelas águas pluviais até as drenagens, destas para os rios e daí para o mar, não sendo, portanto, coletados pelo serviço público de limpeza urbana. Os resíduos sólidos no mar ocasionam, por sua vez, prejuízos para a biodiversidade, turismo, pesca e segurança da navegação. Como resposta a esse grave problema, o governo federal lançou, no âmbito da Agenda Nacional de Qualidade Ambiental Urbana, o Plano Nacional de Combate ao Lixo no Mar, em 2019, e o Programa Nacional Rios+Limpos, em 2021”. MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. **Plano Nacional de Resíduos Sólidos — Planares 2022**, p. 17. Disponível em: <https://sinir.gov.br/informacoes/plano-nacional-de-residuos-solidos/>. Acesso em: 03 abr. 2024.

112,8 milhões de habitantes

população total atendida
com rede pública coletora de
esgoto no SNIS-AE 2022

POPULAÇÃO ATENDIDA COM REDE PÚBLICA DE ESGOTO

(% total por macrorregião geográfica, em 2022)



Fonte: SNIS DEZ/2023 – Diagnóstico Temático Serviços de Água e Esgoto – Visão Geral¹²⁴.

Vê-se que a melhora foi tímida, revelando a persistência de dificuldades no setor. O desafio da universalização, à luz desses dados, parece algo distante. No entanto, é aqui que o princípio da universalidade precisa aparecer com toda a sua força normativa, a fim de criticar essa realidade e orientar mudanças.¹²⁵

124 De acordo com os dados mais recentes do Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento (sendo 2022 o ano de referência), a população total atendida com rede pública de esgoto é de 112,8 milhões de habitantes (apenas 56%). Os dados a respeito do atendimento urbano não foram calculados devido à publicação posterior do Censo 2022 ao Diagnóstico SNIS 2022. BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Regional. Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento (SNIS). **Diagnóstico Temático Serviços de Água e Esgoto, 2023**. Disponível em: <https://www.gov.br/cidades/pt-br/aceso-a-informacao/acoes-e-programas/saneamento/snis/produtos-do-snis/diagnosticos-snis>. Acesso em: 20 fev. 2024.

125 A participação privada no setor apresenta exemplos que são referências na prestação dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário. Nessa

É interessante comparar: os problemas das políticas de saneamento e o dilema da universalização repetem-se nas discussões sobre a proteção de um direito mínimo à saúde. Para exemplificar, o Relatório Mundial de Saúde de 2010, produzido pela Organização Mundial de Saúde e denominado “Financiamento dos Sistemas de Saúde — O caminho para a cobertura universal”,¹²⁶ destaca, entre desafios à organização de um sistema de saúde com cobertura universal,¹²⁷ a necessidade de angariar mais recursos para o custeio da saúde ante a responsabilidade de fornecimento de tratamentos médicos modernos.

De maneira a ilustrar o problema, o estudo menciona um caso de corte de financiamento de alguns medicamentos no Reino Unido:

Em 2009, o Instituto Nacional Britânico para a Saúde e Excelência Clínica anunciou que o Serviço Nacional de Saúde não poderia oferecer alguns medicamentos dispendiosos para o tratamento de cancro renal porque estes não eram custo-eficazes (1). Os cortes provocaram alguma ira popular (2), mas foram defendidos pelo Instituto como sendo parte das medidas necessárias para racionar recursos e definir prioridades (3). O facto é que novas tecnologias de diagnóstico e terapêutica emergem mais rapidamente do que é possível expandir os recursos financeiros.¹²⁸

Nota-se que a problemática quanto à necessidade de eleição de prioridades no gasto dos recursos públicos já é vivenciada também por países desenvolvidos. Isso porque, como refere o estudo, “nenhum país, não importa quão rico, é capaz de prover toda a sua população com todas as tecnologias ou intervenções que podem

linha, a concessionária Ambiental Serra, PPP entre a Aegea Saneamento e a Cesan (Companhia Espírito-santense de Saneamento), apresenta grandes resultados no que diz respeito à cobertura de redes de esgoto no município de Serra/ES. A parceria firmada em 2015 foi capaz de atingir à meta de universalização prevista pelo marco regulatório, avançando de 58% para 92% de cobertura em oito anos de operação.

126 ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (OMS). Relatório Mundial da Saúde. **Financiamento dos Sistemas de Saúde: O caminho para a cobertura universal.** Disponível em: <http://www.who.int/eportuguese/publications/WHR2010.pdf?ua=1>. Acesso em: 02 mar. 2020.

127 Na concepção do texto citado, deve-se trabalhar com três dimensões: “[...] quem está abrangido pelos fundos comuns; que serviços estão implicados; e que parte do custo está coberta”.

128 Ibidem, p. 21.



melhorar a saúde ou prolongar a vida”.¹²⁹ A toda essa conjuntura de racionalização do sistema de cobertura dos serviços de saúde, soma-se a pressão decorrente do envelhecimento populacional, fenômeno que atinge mais gravemente os países de alta renda, implicando aumento de gastos com a população de faixa etária mais elevada, bem como a diminuição de pessoas ativas no mercado de trabalho.¹³⁰ Ainda assim, as novas projeções acerca do envelhecimento da população brasileira, tiradas do Censo 2022,¹³¹ associadas à estrutura de financiamento do Sistema Único de Saúde, prometem colocar ainda mais em debate as prioridades na alocação de recursos, inclusive com cortes geracionais.

Logo, a preocupação com a viabilidade orçamentária das políticas de saúde e de saneamento é questão primordial para a continuidade desses serviços.

Retiramos desse estudo a convicção de que é e será extremamente difícil propor soluções imediatas para o problema do saneamento no Brasil. Bater a meta da universalização do serviço no país dependerá de uma atuação conjunta e coordenada dos operadores (públicos ou privados), das prefeituras, do Ministério Público, da sociedade civil, da ANA em conjunto com as entidades reguladoras locais, entre outros atores relevantes.

Dada a complexidade do assunto e as diversas realidades que demandam esforços muito diferentes, permanecemos conscientes de que o aprendizado prático deva ser adaptado às diversas condições locais e que, por mais importante que consideremos a estratégia, ela será apenas parte da solução. Com isso em mente, focaremos em um problema comum a essas regiões: a informalidade.

Quanto à distribuição de água, as ligações clandestinas são uma complicação recorrente nas áreas mais vulneráveis dos centros urbanos. Dessa prática, originam-se tubulações a céu aberto, com alto risco de contaminação da água e repletas de vazamentos. Além de acarretarem perigo aos indivíduos, as ligações clandestinas provocam o aumento do nível de perdas das operadoras oficiais, desequilibrando o sistema.

129 Ibidem.

130 Ibidem, p. 60.

131 BOLZANI, Isabela. MARTINS, Raphael e MURARO Cauê. Censo 2022: Brasil tem 203 milhões de habitantes, 4,7 milhões a menos que estimativa do IBGE. **G1 Economia**. 28 de jun. de 2023. Disponível: <https://g1.globo.com/economia/censo/noticia/2023/06/28/censo-2022-brasil-tem-203-milhoes-de-habitantes-47-milhoes-a-menos-que-estimativa-do-ibge.ghtml>. Acesso em: 03 jul. 2023.

Sobre o tratamento de esgoto, pensemos nos casos em que já estão instaladas as obras maiores de infraestrutura, que é a situação, em geral, nas grandes cidades. A informalidade aqui reside na não adesão ao sistema por parte dos indivíduos em áreas de vulnerabilidade social. Isso ocorre porque, no modo convencional de se operar o serviço de esgoto, divide-se o trabalho em uma obra maior de instalação da rede e, num segundo momento, obras individualizadas para cada casa, que podem exigir dos titulares uma série de procedimentos burocráticos.

A Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo (Sabesp) tem sido ativa na mitigação desses dois problemas na sua área de atuação. Vale prestar atenção em algumas medidas que contribuíram para a experiência bem-sucedida da empresa no enfrentamento de tais dificuldades.

Em relação à informalidade no fornecimento de água, a companhia implementou um programa em 2017 chamado “Água Legal”, que até 2019 realizou mais de 95 mil ligações, levando água tratada a 335 mil pessoas.¹³² O programa objetiva realizar obras de infraestrutura e conscientizar os moradores das comunidades a aderirem ao sistema, mostrando os benefícios da oficialização. Uma inovação desse programa foi a utilização de contratos de performance, em que empresas privadas ficam incumbidas das obras de infraestrutura, mas são pagas de acordo com o resultado, isto é, conforme o volume de ligações individuais consequentes.¹³³

Os ganhos têm sido significativos, não apenas na redução dos índices de perda da companhia, mas na promoção da cidadania, com a distribuição de água de qualidade para a população. Um outro benefício é o fornecimento de um comprovante de residência, antes inexistente para os moradores nas áreas de informalidade. Tamanho o êxito do programa, em 2019, foi premiado pela ONU como “case de sucesso em água e saneamento”.¹³⁴

Já na área do tratamento de esgoto, a Sabesp implementou o programa “Se Liga na Rede”, em 2013, na intenção de conectar os imóveis de famílias de baixa renda à rede de esgotamento da cidade. Isso é feito através de um trabalho no local, em que agentes

132 Disponível em: <https://www.aberje.com.br/agua-legal-da-Sabesp-regulariza-liga-coes-e-garante-saude-para-a-populacao/>. Acesso em: 16 out. 2020.

133 Sobre o contrato de performance, ver seção 2.6 do Capítulo IV.

134 Disponível em: <http://site.Sabesp.com.br/site/imprensa/noticias-detalle.aspx?secaoid=65&id=8227>. Acesso em: 16 out. 2020.

explicam aos moradores a importância da ligação à rede de esgoto, agendam e executam gratuitamente as obras necessárias (Lei Estadual n. 14.687/2012)¹³⁵.

Em Santa Catarina, no Município de Concórdia, o Tribunal de Contas do Estado do Estado ponderou ser importante prever uma política pública voltada para viabilizar a ligação à rede de esgoto das populações em situação de vulnerabilidade econômica (Decisão n. 44/2024 e IN n. 022/2015).

Há alternativas a esses programas que vão mais a fundo no problema, como o método dos sistemas condominiais de esgoto, implementado em Brasília.¹³⁶ A grande questão é que, diferentemente do modelo convencional, no qual a ligação dos imóveis à rede é deixada a cargo dos indivíduos, esse método fornece um planejamento inteligente: não cabe a cada família realizar a ligação, pois há uma coordenação dos moradores de uma determinada

135 Na verdade, existem inúmeras iniciativas, que serviram de exemplo para operações em outros estados. O programa Onda Limpa (maior ação de saneamento e recuperação ambiental do litoral brasileiro), “[...] que ampliou a cobertura da coleta de esgotos de 53%, em 2007, para os atuais 84%”. Na Região Metropolitana de São Paulo o Projeto Tietê (ampliação do sistema de coleta e tratamento de esgoto); em 2007, no município de São Paulo, o programa Córrego Limpo, “[...] que é executado em parceria com a prefeitura e comunidades locais por meio de intervenções conjuntas, que reúnem expansão ou revitalização da estrutura sanitária, reordenamento espacial urbano e participação ativa da sociedade”. Nessa mesma linha de atuação, da experiência do programa Córrego Limpo surgiu o Novo Pinheiros, em 2019. E, “[...] nessa mesma linha de atuação em comunidades carentes estão os programas Água Legal (ou Pró Conexão, Lei Estadual n. 14.687/2012 com última atualização pela Lei Estadual n. 17.853/2023) e Se Liga na Rede. O primeiro atua no fornecimento de água potável para comunidades informais, e o segundo, na instalação das ligações para coleta de esgoto que, em muitos casos, exigem inclusive reformas internas nos imóveis construídos precariamente (a Lei n. 14.687/2012 Instituiu o Programa Pró Conexão de subsídio financeiro à população de baixa renda para a realização de obras necessárias à efetivação de ligações domiciliares de esgoto que demandem execução de ramais intradomiciliares). Por fim, na linha de garantir maior resiliência hídrica, entre outras medidas, “[...] foram construídos grandes sistemas para captação de novas fontes de água e longas distâncias, notadamente o sistema produtor São Lourenço e a interligação da Bacia do Paraíba do Sul ao Sistema Cantareira. Em 2020, foram iniciadas as obras de reversão das águas do Rio Itapanhaú da vertente Atlântica para a Região Metropolitana de São Paulo, que irá trazer maior robustez à infraestrutura”. BRAGA, Benedito; PAPA, João Paulo Tavares. Saneamento no Brasil tem Solução? O Caso Sabesp. In: ZULIANI, G; DAL POZZO, A. **Saneamento Básico: Uma Lei e um Marco**. Belo Horizonte: Fórum, 2023, p. 224–226.

136 Ver exposição de César Rissoli na Semana da Água do Brasil (2020). Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=m_2aMENzzEI&feature=youtu.be. Acesso em: 16 out. 2020.

região, de acordo com a topografia do local e dos interesses daqueles que são chamados a participar do planejamento.

O *Novo Marco Legal do Saneamento* preocupa-se com isso, ao permitir soluções individualizadas no, já citado, art. 11-B:

§ 4º É facultado à entidade reguladora prever hipóteses em que o prestador poderá utilizar métodos alternativos e descentralizados para os serviços de abastecimento de água e de coleta e tratamento de esgoto em áreas rurais, remotas ou em núcleos urbanos informais consolidados, sem prejuízo da sua cobrança, com vistas a garantir a economicidade da prestação dos serviços públicos de saneamento básico.¹³⁷

O ponto de partida deve ser o de que, tanto em áreas urbanas com baixa densidade e de vulnerabilidade social, quanto para populações rurais dispersas, os sistemas urbanos convencionais (distribuição encanada e rede coletora de esgoto, prestados mediante tarifa que cubra o custo do serviço) demonstram-se incapazes de atingir níveis aceitáveis de universalização. As soluções individuais e alternativas são consideradas possíveis pela legislação e pelo Plansab, mas é necessário apoio institucional para a instalação das estruturas, e que as populações beneficiadas participem na construção dos modelos alternativos de prestação. Isso implica necessidade de discussão coletiva em cada localidade para viabilizar acordos capazes de promover a adesão de todos os moradores na constituição de sistemas condominiais.

Assim, os recursos previstos pela legislação devem priorizar o atendimento às áreas vulneráveis, com a adoção de soluções inovadoras individuais ou coletivas, conforme o caso. O *Novo Marco*, como vimos, tem a qualidade de enfatizar intervenções com vistas à universalização, independentemente da regularidade ou não das áreas de moradia. Nesse sentido:

Art. 50. A alocação de recursos públicos federais e os financiamentos com recursos da União ou com recursos geridos ou operados por órgãos ou entidades da União serão feitos em conformidade com as diretrizes e objetivos estabelecidos nos arts. 48 e 49 desta Lei e com os planos de saneamento básico e condicionados: [...] VIII - à adesão pelos titulares dos serviços públicos de saneamento básico à estrutura de governança correspondente em até 180 (cento e oitenta) dias

¹³⁷ Ver também art. 45, §11.

*contados de sua instituição, nos casos de unidade regional de saneamento básico, blocos de referência e gestão associada. § 1º Na aplicação de recursos não onerosos da União, serão priorizados os investimentos de capital que viabilizem a prestação de serviços regionalizada, por meio de blocos regionais, quando a sua sustentabilidade econômico-financeira não for possível apenas com recursos oriundos de tarifas ou taxas, mesmo após agrupamento com outros Municípios do Estado, e os investimentos **que visem ao atendimento dos Municípios com maiores déficit de saneamento, cuja população não tenha capacidade de pagamento compatível com a viabilidade econômico-financeira dos serviços** [grifamos].*

É imprescindível o estabelecimento de uma prática institucional, contudo, que privilegie a destinação dos recursos disponíveis exclusivamente ao apoio a projetos de estruturação de saneamento básico em áreas de vulnerabilidade social. Conforme veremos mais adiante, a adesão às normas, aos blocos de referência e à gestão associada serão pré-requisitos para o recebimento local de recursos federais advindos de um fundo criado no futuro ou do próprio BNDES, tal como exigido pelo Decreto Federal n. 11.599/2023.

Porém, caso pretenda-se centralizar a política nacional de forma tão direta e contundente na esfera federal, não basta esse tipo de condicionamento, sob pena de privilegiar algumas comunidades em detrimento de outras, talvez mais necessitadas. Além disso, como vimos, as soluções mais adequadas ou possíveis em algumas localidades podem não entregar a mesma eficiência que o sistema convencional acostumou-se a prover. Há uma série de soluções alternativas sendo exploradas, cujos aprendizados devem servir de ponto de partida se queremos levar a sério, enquanto política pública, a universalização. Nem sempre as respostas tradicionais, de uma engenharia convencional, mostram-se ajustadas aos desafios propostos por uma geografia irregular, em terrenos íngremes ou de risco.

Parte dessa condução se dará fatalmente pela via administrativa, por meio da organização de planos, sua execução e da expedição de atos normativos de competência do Poder Executivo. A título de exemplo, recentemente, o Decreto n. 10.387, de 5 de junho de 2020, alterou o Decreto n. 8.874/2016, o qual regulamenta as condições para aprovação de projetos prioritários na área de

infraestrutura para concessão dos benefícios fiscais previstos no art. 2º da Lei Federal n. 12.431/2016, as chamadas debêntures incentivadas. Logo depois, foi a Lei Federal 14.801/2024, responsável pela criação de debêntures de infraestrutura a serem emitidas pelas concessionárias de serviços públicos.

Relativo aos projetos de saneamento, são conceituados como relevantes todos os sistemas de abastecimento de água, de esgotamento sanitário, de manejo de águas pluviais e drenagem urbana e de manejo de resíduos sólidos urbanos. Não se estabelece prioridade para as áreas deficitárias acima estudadas. Perde-se, portanto, um instrumento regulatório que poderia direcionar a aplicação de recursos às áreas e às populações mais vulneráveis. Além disso, causa estranhamento o § 5º do mesmo ato normativo:

§ 5º A portaria a que se refere o § 4º, quando se tratar dos projetos referidos no inciso II do caput do art. 2º, deverá:

I - estabelecer requisitos simplificados para a aprovação, por meio da verificação de requisitos institucionais do titular do projeto e da pessoa jurídica responsável pela implementação do projeto, caso não sejam coincidentes; e

II - estabelecer forma de acompanhamento das etapas do projeto baseado nos dados autodeclarados pelo titular do projeto e nos relatórios por ele encaminhados periodicamente aos Ministérios setoriais responsáveis.

Ora, é preocupante a renúncia prévia da administração pública ao controle necessário à eleição dos projetos merecedores do benefício fiscal com impacto sobre a arrecadação tributária. Vincula-se a portaria ao estabelecimento de “requisitos simplificados para aprovação” consistente na mera “verificação de requisitos institucionais”. Ademais, determina de saída que o acompanhamento dos projetos se dará apenas com dados autodeclarados pelo titular do projeto. Parece-nos que o imperativo da universalização exigiria da administração pública um comprometimento maior de mapeamento e priorização de áreas e processos de verificação da adequação dos projetos às demandas das populações diretamente afetadas.

A propósito, a prestação regionalizada e a geração de ganhos de escala também serviriam como uma base consistente para a universalização, desde que se combine *viabilidade técnica e econômico-financeira dos serviços* (Lei n. 11.445/2007, art. 2º, XIV). Pois,



evidentemente, não existe universalização sem *segurança, qualidade, regularidade e continuidade* (Lei n. 11.445/2007, art. 2º, XI).

Assim, soluções individuais ou específicas à determinada coletividade podem ser mais eficazes do que esperar por uma ampla transformação urbanística. Universalizar o saneamento depende de diálogo, de aproximação com as comunidades locais e do oferecimento de soluções customizadas.

8.2 Princípio da Solidariedade

Na ordem constitucional brasileira, os serviços envolvidos no conceito de saneamento básico são pertinentes a todos os cidadãos enquanto um corpo coletivo, desvinculando-se da satisfação de preferências individuais. O princípio da solidariedade é intrínseco à noção contemporânea de serviço público, apesar de todas as suas transformações.

Esses serviços, embora possam ser exercidos em um mercado, não podem ser *integralmente* conduzidos sob a lógica desse. Deve-se administrar a liberdade dos investidores privados por meio da regulação estatal — não somente contratual, mas também econômica, mensurando os seus impactos e identificando as suas externalidades. Em um ambiente de monopólio natural, quando se trabalha com economia de escala/escopo e custos afundados existe o risco de conduta oportunista do concessionário. Por isso, a regulação contratual para mercados disputados em licitações e a regulação discricionária serão ferramentas importantes para resolver as falhas de mercado e as falhas de governo, que, combinadas, impossibilitam uma prestação adequada de uma determinada modalidade de serviço público.

O princípio da *solidariedade* não foi explicitamente adotado pelo *Marco Legal*, mas seu *status* constitucional autoriza dizer que ele orienta a formulação dos planos de saneamento nacionais e locais e o controle jurisdicional dos atos administrativos. De início, é importante lembrar, assim está disposto no art. 3º da Constituição Federal:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; [...]

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

O provimento de serviços de saneamento básico com qualidade é um pré-requisito para que as pessoas desenvolvam suas capacidades para tornarem-se cidadãos livres, iguais e cooperantes na sociedade. Como estamos tratando de necessidades para o exercício da cidadania, o interesse em discutir políticas de saneamento não é uma mera questão individual.

O serviço de esgotamento sanitário, a destinação/disposição adequada dos resíduos sólidos, a drenagem urbana e o manejo das águas pluviais, por diferentes aspectos, comprovam que uma determinada política pública, quando executada corretamente, produz benefícios para toda a coletividade. Nesse sentido, a tarifa paga pelo usuário, a tarifa social e os pagamentos governamentais, no final das contas, criam uma rede de proteção a partir da prestação qualificada desta modalidade de serviço público que beneficia toda a coletividade.

No setor do saneamento básico, uma das ferramentas mais importantes dentre as relacionadas ao princípio da solidariedade é o *subsídio cruzado*. Já estudamos aqui como a preservação desse mecanismo foi um dos pontos mais polêmicos durante a discussão dos diversos projetos que resultaram no *Novo Marco Legal*. O texto ofereceu a possibilidade da constituição de gestão conjunta em regiões metropolitanas, aglomerações urbanas, microrregiões, unidades regionais ou blocos de referência, com adesão dos municípios, “para atender adequadamente às exigências de higiene e saúde pública, ou para dar viabilidade econômica e técnica aos menos favorecidos” (Lei n. 11.445/2007, art. 2º, VI, b). Nestes formatos, com todos agrupados, é possível cogitar-se de uma contabilidade regulatória que compreende todos estes contratos sob uma mesma regra.

Esses mecanismos de conservação da autonomia federativa parecem facultativos, mas há pouco espaço de não adesão ao sistema (Lei n. 11.445/2007, art. 3º, § 5º). Ademais, aqueles que adotarem o modelo serão contemplados com a possibilidade de flexibilização dos prazos para universalização (Lei n. 11.445/2007, art. 11-B, § 9º) e prioridade para obtenção de recursos federais (Lei n. 11.107/2005, art. 13, § 3º e 4º, alterado pela Lei n. 14.026/2020), e Decreto Federal n. 11.599/2023).

O estímulo à regionalização, para além do trabalho já feito pelas companhias estaduais, é um dos pontos de maior destaque

entre as alterações determinadas pela Lei Federal n. 14.026/2020. Pode promover ganhos em escala, proteção a pequenos municípios (que individualmente não seriam rentáveis) e oferecer uma possibilidade de preservação do mecanismo do subsídio cruzado.

Por esse motivo, durante os debates legislativos, diversos parlamentares e representantes da sociedade civil propuseram a criação de um Fundo Nacional de Saneamento Básico (FNSB), a fim de complementar os investimentos essenciais à universalização. Há, ainda, algumas previsões do *Marco Legal do Saneamento* que oferecem propostas de compensação das extremas desigualdades econômico-sociais e regionais em território nacional, como aquela expressa no art. 29, § 2º, e 31 da Lei n. 11.445/07, com nova redação:

Art. 29 [...] § 2º Poderão ser adotados subsídios tarifários e não tarifários para os usuários que não tenham capacidade de pagamento suficiente para cobrir o custo integral dos serviços.

Art. 31. Os subsídios destinados ao atendimento de usuários determinados de baixa renda serão, dependendo da origem dos recursos: I - (revogado); II - tarifários, quando integrarem a estrutura tarifária, ou fiscais, quando decorrerem da alocação de recursos orçamentários, inclusive por meio de subvenções; e III - internos a cada titular ou entre titulares, nas hipóteses de prestação regionalizada.

No art. 45, por sua vez, estabelece-se a possibilidade de mitigar essa situação, ao menos no que diz respeito ao serviço de conexão da edificação à rede de esgotamento sanitário:

Art. 45. As edificações permanentes urbanas serão conectadas às redes públicas de abastecimento de água e de esgotamento sanitário disponíveis e sujeitas ao pagamento de taxas, tarifas e outros preços públicos decorrentes da disponibilização e da manutenção da infraestrutura e do uso desses serviços.

§ 8º O serviço de conexão de edificação ocupada por família de baixa renda à rede de esgotamento sanitário poderá gozar de gratuidade, ainda que os serviços públicos de saneamento básico sejam prestados mediante concessão, observado, quando couber, o reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos.

§ 9º Para fins de concessão da gratuidade prevista no § 8º deste art., caberá ao titular regulamentar os critérios

para enquadramento das famílias de baixa renda, consideradas as peculiaridades locais e regionais.

O cenário muda ao observarmos as normas do *Marco Legal* associadas à ANA. Há uma previsão incluída no art. 4º da Lei n. 9.984/2000, que institui a agência:

Art. 4º [...] § 8º Para fins do disposto no inciso II do § 1º deste art., as normas de referência de regulação tarifária estabelecerão os mecanismos de subsídios para as populações de baixa renda, a fim de possibilitar a universalização dos serviços, observado o disposto no art. 31 da Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007, e, quando couber, o compartilhamento dos ganhos de produtividade com os usuários dos serviços.

Propõe-se que a ANA seja responsável por estabelecer mecanismos de solidariedade e subsídio no que diz respeito à prestação de serviços. A fragmentação regulatória e o número excessivo de agências infranacionais inviabilizavam a construção de uma política eficiente, apta a direcionar os recursos públicos para ampliar as redes de proteção social e concretizar medidas que façam sentido dentro da perspectiva do princípio da solidariedade.

O princípio da solidariedade se manifesta também na priorização de soluções socialmente inclusivas, a exemplo da coleta seletiva realizada com o auxílio de cooperativas de catadores. A Lei Federal n. 12.305/2010 coloca a coleta seletiva, para além de sua função na cadeia da destinação ambientalmente adequada dos resíduos, como um mecanismo de potencial inclusão social. É justamente em razão de reconhecer essa realidade que a legislação direciona benefícios para as cooperativas de catadores, inclusive com preferência no recebimento de recursos federais para municípios que implementem coleta seletiva em parceria com cooperativas de catadores.

A educação sanitária e ambiental, a formação de mão de obra e a geração de renda são exigências possíveis de impor-se aos operadores em busca de uma intervenção eficaz, solidária e universalizante da política pública de saneamento em comunidades mais pobres. Não adianta o operador divulgar o número de novas conexões de água e da ampliação de usuários do serviço, se ele não souber qual a dimensão desse crescimento nas comunidades carentes situadas em locais de difícil acesso. Deve-se pensar em

um sistema que trabalhe a universalização de maneira progressiva e comprometida com os ideais de inclusão e solidariedade (Lei n. 11.445/2007, art. 2º, VIII).

As concessionárias e as companhias estaduais têm de entrar nas comunidades, obter licenças sociais, oferecer soluções alternativas, coletivas ou individuais (o caso das fossas sépticas em zonas rurais e residências isoladas) para responder a esse histórico de entregas insuficientes. Estimular as conexões aos sistemas, disponibilizando microcrédito ou tarifa social, no final das contas, também auxilia na redução das perdas comerciais comuns no setor.

8.3 Princípio da Equidade

Em estreita relação com os princípios da solidariedade e universalidade, o serviço de saneamento deve contemplar práticas de equidade. O acesso regular ao serviço não pode estar condicionado à capacidade do indivíduo de pagar pelo benefício.¹³⁸ O preço de prestação não pode, sob qualquer hipótese, representar um obstáculo para indivíduos incapazes de arcar com os custos devido à sua condição socioeconômica.¹³⁹ Requer, ainda, que não se distinga aqueles que pagam mais dos que pagam menos.

No caso do Brasil, a prestação de serviço público por concessão é orientada pelo princípio administrativo da continuidade da prestação. Não obstante, a interrupção motivada por inadimplemento é permitida no nosso sistema, desde que observado o interesse da coletividade (Lei n. 8.987/1995, art. 6º, § 3º, II).

A Lei Federal n. 9.472/1997, no seu art. 3º, incisos VII e VIII, determina ser direito do usuário dos serviços de telecomunicações a não suspensão da prestação em regime público, salvo por débito resultante de sua utilização e após prévio conhecimento. Tal regra não é diferente, em termos de concepção, para os serviços de saneamento; o não pagamento, em regra, possibilita o corte da

138 CARVALHO, Vinícius Marques de. Cooperação e Planejamento na Gestão dos Serviços de Saneamento Básico. In: MOTA, Carolina. (coord.). **Saneamento Básico no Brasil: Aspectos Jurídicos da Lei Federal 11.445/2007**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 57; MARQUES, Sílvia Badim; DELDUQUE, Maria Célia. Saúde e Saneamento Básico: Relação Necessária na Perspectiva do Direito. In: MOTA, Carolina. (coord.). **Saneamento Básico no Brasil: Aspectos Jurídicos da Lei Federal 11.445/2007**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 229.

139 SMETS, Henri. **Por un Derecho Efectivo al Agua Potable**. Facultad de Jurisprudência. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2006, p. 69.

prestação do serviço. Contudo, isso também é verdade, o Superior Tribunal de Justiça construiu um conjunto de exceções que podem abranger diversos casos concretos, como serviços essenciais de dimensão coletiva, débitos pretéritos e/ou débitos irrisórios.¹⁴⁰

Além disso, a Lei Federal n. 14.015/2020 acresceu o § 4º ao art. 6º da Lei n. 8.987/1995, passando-se a vedar a interrupção do serviço com início em sexta-feira, em sábado, em domingo, em feriado e em dia anterior ao feriado. Veja-se:

Art. 6º Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato.

[...] § 4º A interrupção do serviço na hipótese prevista no inciso II do § 3º deste art. não poderá iniciar-se na sexta-feira, no sábado ou no domingo, nem em feriado ou no dia anterior a feriado. (Incluído pela Lei nº 14.015, de 2020)

Assim, é lícito à concessionária findar o fornecimento de água se, após o aviso prévio, o consumidor permanecer inadimplente.¹⁴¹ Somente em raras situações, envolvendo pessoas em total e comprovada miséria, de modo a evitar lesões irreversíveis à integridade do usuário, abrandar-se a legitimidade da concessionária de interromper a prestação.¹⁴²

140 Nesse sentido, são os seguintes julgados: AgRg no AREsp. 817.879/SP, Rel. Min. Humberto Martins, DJe 12.2.2016; AgRg nos EDcl no REsp. 1.073.672/RS, Rel. Min. Olindo Menezes, DJe 5.2.2016; REsp. 1.117.542/RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe 3.2.2011; AgRg no REsp 1.016.463/MA, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJe 2.2.2011.

141 REsp 1159948/RJ, Rel. Min. Castro Meira, DJe 19/04/2011; Resp 1.062.975, Rel. Min. Eliana Calmon, Primeira Turma, DJe 29/10/2008; REsp 678.044/RS, Rel. Min. Humberto Martins, DJU de 12/03/07.

142 “O corte do fornecimento de serviços essenciais — água e energia elétrica —, como forma de compelir o usuário ao pagamento de tarifa ou multa, extrapola os limites da legalidade e afronta a cláusula pétrea de respeito à dignidade humana, porquanto o cidadão se utiliza dos serviços públicos posto essenciais para a sua vida. [...] a Lei de Concessões estabelece que é possível o corte considerado o interesse da coletividade, que significa interditar o corte de energia de um hospital ou de uma universidade, bem como o de uma pessoa que não possui condições financeiras para pagar conta de luz de valor módico, máxime quando a concessionária tem os meios jurídicos legais da ação de cobrança. A responsabilidade patrimonial no direito brasileiro incide sobre o patrimônio do devedor e, neste caso, está incidindo sobre a própria pessoa.” REsp 684.442/RS, Rel. Min. José Delgado, Rel. p/ Acórdão Min. Luiz Fux, PRIMEIRA TURMA, julgada em 03/02/2005, DJ 05/09/2005, p. 260.

Nessa esteira, a Lei Federal n. 11.445/2007, no seu art. 40, prevê regras para a interrupção dos serviços¹⁴³. A lista de situações ensejadoras de suspensão do fornecimento dos serviços é a seguinte: (i) situações de emergência que atinjam a segurança de pessoas e bens; (ii) necessidade de efetuar reparos, modificações ou melhorias de qualquer natureza nos sistemas, respeitados os padrões de qualidade e continuidade estabelecidos pela regulação do serviço; (iii) negativa do usuário de permitir a instalação de dispositivo de leitura de água consumida, após ter sido previamente notificado a respeito; (iv) manipulação indevida de qualquer tubulação, medidor ou outra instalação do prestador, por parte do usuário; e (v) inadimplemento, pelo usuário do serviço de abastecimento de água ou de esgotamento sanitário, do pagamento de tarifas, após ter sido formalmente notificado, de forma que, em caso de coleta, afastamento e tratamento do esgoto, a interrupção dos serviços deverá preservar as condições mínimas de manutenção da saúde dos usuários, de acordo com a norma de regulação ou norma do órgão de política ambiental.

No ponto, destaca-se que a interrupção da prestação e serviços de esgotamento sanitário é um tema delicado, porque envolve dois problemas, no nível individual e coletivo: (i) a manutenção das condições sanitárias mínimas, para fins de proteção da saúde do usuário do serviço; e (ii) impedir danos ambientais decorrentes da interrupção dos serviços. Portanto, a regulação da forma de interrupção dos serviços é urgente para garantir a existência do mecanismo coator do pagamento da tarifa, sem que esse signifique danos ao indivíduo inadimplente e a coletividade.

Destaca-se que a Lei Federal n. 11.445/2007 exige aviso prévio de 30 dias à interrupção dos serviços ao usuário nos casos de negativa de acesso à unidade consumidora para a instalação de

143 No caso da Brasil a jurisprudência é atenta na defesa dos consumidores inadimplentes, ainda que predomine o entendimento de proteger o interesse da coletividade. Porém, isso também é verdade, uma gestão mais eficiente, menos permeada por escolhas políticas circunstanciais, tende a aumentar o número de cortes nas ligações. Assim, é esperado que surjam esses levantamentos: "[...] Na Inglaterra e nos País de Gales, nos primeiros cinco anos após a privatização, o número de desconexões domiciliares triplicou, o que resultou na Lei de Águas de 1999, que proibiu a desconexão de usuários por falta de pagamento e o uso de medidores pré-pagos em resposta aos riscos à saúde pública associados aos cortes". HELLER, Léo. **Os Direitos Humanos à Água e ao Saneamento**, Rio de Janeiro: Fiocruz, 2022, p. 214–215.

medidor, manipulação indevida da infraestrutura e de inadimplemento da obrigação de pagamento das tarifas.

A noção da água como bem econômico coletivo é compatível com a gratuidade do serviço para os setores marginalizados da sociedade.¹⁴⁴ Normalmente, isso se dá pelo oferecimento de subsídios públicos, pela concessão patrocinada ou pelo uso de fontes alternativas de receita — previsto na Lei Federal n. 8.987/1995, art. 11. Mais uma vez, tem lugar a preocupação com o cenário inaugurado ante o *Novo Marco Legal do Saneamento*. Considerando a tendência de acelerar o processo de desestatização, fica claro o papel do Estado: construir uma rede de proteção social para as pessoas menos favorecidas; encontrar uma forma de incluí-las no sistema.

O sistema público, à semelhança do privado, pode reproduzir e potencializar a exclusão de uma grande quantidade de cidadãos. A combinação universalidade-equidade deve buscar a expansão da rede progressivamente e oportunizar, na mesma velocidade, para todas as camadas da população, no espaço urbano e rural, o acesso ao serviço de saneamento de qualidade. Comunidades inicialmente excluídas do escopo dos contratos de programa, na transição para contratos de concessão (Lei n. 14.026/2020, art. 14 e Lei n. 11.445/2007, art. 11-B, § 2º, III) licitados, podem integrar a nova relação via aditamento, prevendo-se eventual reequilíbrio econômico-financeiro, desde que exista acordo entre as partes.

O princípio da equidade demanda que tratemos de modo idêntico os iguais (equidade horizontal) e de modo diferente os desiguais (equidade vertical). Ele também ordena que se procure uma igualdade formal — isto é, a eliminação de distinções arbitrárias entre pessoas pela lei — e substancial — exigindo uma atuação positiva dos poderes do Estado para promover o que se entende por uma prestação ideal dos serviços de saneamento.

Portanto, a universalidade sem a preocupação com a equidade expande a estrutura, mas, simultaneamente, exclui indivíduos, na medida em que não é possível cogitar que todos tenham condições de contribuir com o valor correspondente às expectativas do

144 A interpretação da gratuidade na legislação brasileira limita-se como regra aos casos de captação direta, os quais estão dispensados de outorga, nos termos dos arts. 12, § 1º, e 20 da lei da Política Nacional de Recursos Hídricos n. 9.433/1997. Aos casos não abrangidos nesta exceção, ou seja, nas captações sujeitas à outorga, os usuários dos recursos hídricos podem ser cobrados pelo uso, racionalizando o uso da água (art. 19, I e II).

mercado. Essa suposição mostra-se ainda mais afastada da realidade levando em conta nosso contexto local, onde a desigualdade econômica alcança, a cada ano, patamares alarmantes — o que se acirra no mundo pós-pandemia. A exclusão pela falta de equidade é o resultado óbvio de um modelo que privilegia a concepção de que a água é tão somente um bem econômico, ignorando sua condição de bem identificado com o conceito de mínimo existencial.¹⁴⁵

Na adoção dessa política, discernir com precisão os grupos sociais que dependem do subsídio ou de algum tipo de rede de proteção a fim de acessar o serviço é decisivo para evitar um desequilíbrio e a perda de recursos.¹⁴⁶ Pode-se alcançar um esquema economicamente sustentável e justo somente se o Estado, enquanto planejador, regulador e fiscalizador, não perder o protagonismo na área do saneamento.

Todavia, na elaboração artesanal das modelagens, será preciso um exercício de realismo tarifário. Medidas para otimizar as operações deverão ser desenvolvidas, como a redução de perdas na distribuição da água tratada ou o reúso de efluentes sanitários e o aproveitamento da água da chuva — hoje uma obrigação legal. Em tese, inexistindo comprovação das ineficiências, as tarifas respondem pela atual infraestrutura instalada e pela qualidade de serviço oferecido. Mas não só: é preciso que o *Novo Marco Legal* seja lido também como um incentivo a melhores práticas de governança e eficiência dos recursos, especialmente para evitar que a majoração das tarifas seja a primeira medida para responder às metas legais. Considerando a importância social desta política pública, a questão da acessibilidade econômica sempre será um ponto de atenção, seja quando a operação estiver sob controle público, seja privado.

Em algumas localidades, é possível que haja aumento de tarifas ou surgimento de novas hipóteses de cobrança — o caso do serviço de drenagem urbana e manejo de águas pluviais —; ao passo que, em outras, haverá, certamente, diminuição, inclusive como critério de julgamento das propostas em procedimentos

145 Deve-se colocar ainda nessa balança o compromisso de transmitir para as gerações futuras recursos naturais e culturais em patamares equivalentes aos que se recebeu de tempos anteriores, nunca menos, buscando, se possível, uma ampliação desses recursos.

146 PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO (PNUD). **A água para lá da escassez: poder, pobreza e a crise mundial da água.** Relatório do Desenvolvimento Humano/GRDH. New York, 2006, p. 98.

licitatórios. De toda forma, é possível acreditar nisso, o *Novo Marco Legal do Saneamento* propõe um modelo (ou alternativas) capaz de oferecer um serviço melhor, que de maneira universal e transversal, beneficie todas as camadas sociais e diferentes categorias de direitos, individuais e coletivos¹⁴⁷.

Para ilustrar, imaginemos que, em uma determinada região brasileira, alcançou-se 90% da população na coleta e no tratamento de esgoto, satisfazendo a meta estabelecida no art. 11-B, *caput*, do *Novo Marco Legal do Saneamento*:

Os contratos de prestação dos serviços públicos de saneamento básico deverão definir metas de universalização que garantam o atendimento de [...] 90% (noventa por cento) da população com coleta e tratamento de esgotos até 31 de dezembro de 2033, assim como metas quantitativas de não intermitência do abastecimento, de redução de perdas e de melhoria dos processos de tratamento.

Suponhamos, agora, que os 10% não atendidos correspondam exatamente à parcela mais pobre, que vive nos locais mais precarizados dessa região. Não é exagero dizer que se trata de uma “falsa solução”, pois ignora quem deveria estar em primeiro lugar na ordem de prioridade.

Há uma série de fatores que corroboram uma preocupação especial com esses locais, seja nas periferias das grandes cidades ou nas áreas rurais. Primeiramente, em muitos casos, impera a informalidade; utiliza-se ligações clandestinas, que levam água em condições impróprias para os moradores e, ao mesmo tempo, aumentam os índices de perda de água das prestadoras de serviço. A migração para as grandes cidades e posteriormente a concentração de pessoas na periferia, muitas vezes na beira de córregos ou

147 Na prática, “[...] os aumentos de preços podem resultar de diferentes mecanismos. Cláusulas contratuais ou regulamentos podem atribuir às operadoras privadas obrigações de investir na ampliação e na atualização da infraestrutura, com custos que resultam em aumento das tarifas. [...] No entanto, isso também pode acontecer quando os contratos atribuem obrigações de investimento às autoridades públicas, mas as receitas das empresas não são reduzidas proporcionalmente. Uma preocupação é que os regulamentos contábeis podem falhar no mapeamento dos níveis reais de lucro. [...] Os usuários que vivem na pobreza podem ser fortemente afetados por um aumento nas tarifas, em particular quando não há mecanismos de apoio financeiro, como tarifas sociais ou pisos de proteção social. [...] Tarifas de água mais elevadas podem levar as pessoas a procurar fontes alternativas de água que não sejam seguras”. HELLER, Léo. **Os Direitos Humanos à Água e ao Saneamento**, Rio de Janeiro: Fiocruz, 2022, p. 212–213.

rios (ocupação desordenada e em solo irregular), representaram um desafio para assegurar níveis aceitáveis de urbanização em quadros de vulnerabilidade social.

Em segundo lugar, os habitantes dessas regiões não têm condições de arcar com os custos da tarifa necessária para manter o equilíbrio financeiro da operadora.¹⁴⁸ Esse ponto é de extrema relevância no cenário atual, com a flexibilização das restrições para a prestação privada do serviço. Isso porque o fato de essas pessoas não terem condições de custear o serviço pode ser visto como um incentivo para as operadoras privadas as preterirem.

Esse é justamente um dos pontos levantados pelos autores da ADI n. 6.536 ao impugnar o *Novo Marco Legal do Saneamento*. Contrapõe-se, nessa linha de raciocínio, o interesse de agentes privados ao interesse público da equidade na cobrança das tarifas. A Advocacia-Geral da União (AGU), em manifestação sobre a referida ação, crê que tal oposição seja infundada. Primeiro, a AGU faz referência à própria Lei das Concessões (Lei Federal n. 8.987/1995), que, com efeito, impõe a condição da modicidade tarifária na própria definição do que seja um “serviço adequado”:

Art. 6º Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato.

*§ 1º Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e **modicidade das tarifas** [grifamos].*

Segundo a AGU, a Nova Lei do Saneamento mostra que, ela própria, faz referência a tal definição de serviço adequado como incluindo a modicidade tarifária. Isso se vê no §3º do art. 4º da Lei Federal n. 9.984/2000 cuja redação foi dada pelo *Novo Marco*:

Art. 4º-A. [...]

§ 3º As normas de referência para a regulação dos serviços públicos de saneamento básico deverão:

I - promover a prestação adequada dos serviços, com atendimento pleno aos usuários, observados os princípios da

148 Supondo que o custo da operação recairia igualmente em todos os cidadãos, suposição essa que deve ser desafiada caso queiramos uma prestação equitativa e equilibrada do serviço no nosso contexto de desigualdade.

regularidade, da continuidade, da eficiência, da segurança, da atualidade, da generalidade, da cortesia, da modicidade tarifária, da utilização racional dos recursos hídricos e da universalização dos serviços;

[...]

III - estimular a cooperação entre os entes federativos com vistas à prestação, à contratação e à regulação dos serviços de forma adequada e eficiente, a fim de buscar a universalização dos serviços e a modicidade tarifária.

Portanto, o propósito da lei, argumentou-se, é atrair investimentos privados, mas cuidando da regulação para que a tarifa tenha valor acessível, como bem apontado na manifestação da AGU:

A argumentação autoral contrapõe a percepção de lucro à modicidade das tarifas, em posição que diverge do intuito da Lei nº 14.026/2020, que é, justamente, atrair investimentos para o setor e, com isso, expandir o acesso ao serviço, com a manutenção de preços públicos acessíveis.¹⁴⁹

Por fim, alega-se que, na prática, as empresas privadas têm tarifas menores que os prestadores públicos, citando dado apresentado pelo Ministério da Economia de que as tarifas de prestadores privados são, em média, 15% menores que as das Companhias Estaduais de Saneamento Básico.¹⁵⁰

Seja como for, é certo que devemos encontrar uma política tarifária equitativa, que, de um lado, não impeça os usuários de um acesso amplo e qualificado desta modalidade de serviço público. De outro lado, também possa manter o sistema financeiramente equilibrado, tornado o papel da regulação um elemento fundamental.¹⁵¹

149 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6536/DF**. Manifestação AGU (e-STF, doc. 59), p. 26.

150 Ibidem, p. 27.

151 Segundo os autores, "[...] independentemente do modelo tarifário adotado, a estrutura tarifária deverá ser suficiente para cobrir os custos do serviço e possibilitar o investimento em melhorias visando à expansão do sistema de abastecimento de água e coleta de esgoto. A sustentabilidade do prestador é importante para o setor de saneamento, em função do alto valor dos investimentos necessários, devendo à tarifa possibilitar o atingimento do equilíbrio econômico-financeiro. Para que esses objetivos sejam alcançados, são, em regra, utilizadas duas espécies de modelos tarifários. O modelo de tarifa em parte única (single-part-tariff) e o modelo de tarifa em duas partes (two-part-tariff). [...] O modelo tarifário em duas partes, por sua vez, utiliza-se da combinação de uma parte fixa e de uma parte

8.4 Princípio da Integralidade

O direito de acesso à água potável e aos demais serviços contidos no conceito de saneamento básico não se limita apenas a possibilitar para os indivíduos a *subsistência*, mas também a *qualidade de vida*. O princípio, então, ordena que se busque o atendimento integral ao indivíduo e a proteção de sua saúde, valorizando as atividades preventivas e as medidas assistenciais.

A primeira consequência jurídica da classificação do direito à saúde como fundamental é a sua titularidade. Os direitos fundamentais têm caráter universal, portanto, são titularizados pelo indivíduo. Aplicando tal característica ao aparato normativo brasileiro atinente à saúde, interpreta-se, a partir do art. 196 da Constituição Federal, que “a saúde é direito de todos”,¹⁵² sendo “todos” um termo abrangente o suficiente para não admitir exceções.¹⁵³

Outro aspecto relevante é o fato de que o direito à saúde recebe tratamento pelos tribunais e pelas cortes superiores como direito subjetivo¹⁵⁴ e, dessa forma, pode ser postulado individualmente ao Poder Judiciário em face de situação na qual se vislumbre ineficácia da política pública de assistência à saúde. Inclusive, alguns autores comparam a ausência de uma política pública de assistência à saúde plenamente eficaz com a aplicação de pena de morte:

*Cumpre lembrar, mais uma vez, que a denegação dos serviços essenciais de saúde acaba — como sói acontecer — por se equiparar à aplicação de uma pena de morte para alguém cujo único crime foi o de não ter condições de obter com seus próprios recursos o atendimento necessário.*¹⁵⁵

variável, que dependerá do consumo registrado no medidor. Ou seja, é a junção do modelo de tarifa fixa com o modelo volumétrico”. FROTA, Leandro Mello; HOSKEN, Rodrigo Santos. Breve análise acerca da estrutura tarifária de água, esgoto e tarifa social. In: ZULIANI, G; DAL POZZO, A. **Saneamento Básico: Uma Lei e um Marco**. Belo Horizonte: Fórum, 2023, p. 277–278.

152 BRASIL, Constituição, 1988.

153 Dentro dessa discussão, vale o destaque para o julgado do Tribunal Regional Federal da 4ª Região de n. 2005040132106 (BRASIL, 2006) e para o julgado do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul de n. 70080805138 (BRASIL, 2019), os quais reconhecem a possibilidade de atendimento gratuito no SUS aos estrangeiros. A posição dos tribunais é também amparada pela doutrina (SARLET, 2011, p. 214).

154 RE 396973/RS, RE 271.286/RS, AI 550.53-AgR, RE 368.564.

155 SARLET, 2011, p. 325.

A construção de um sistema normativo de prestação de assistência à saúde integra o movimento de constitucionalização do que se denomina “direitos de segunda geração” ou “direitos sociais”. Nessa esteira, poder-se-ia citar constituições de diversos países que sistematizaram a demanda social por prestação de assistência à saúde em seus respectivos textos, no decorrer do século XX.¹⁵⁶ Igualmente, seria viável abordar a documentação nacional e internacional acerca da necessidade da política pública de assistência à saúde, enquanto consequência da proteção ao direito à vida.¹⁵⁷

Dito isso, a Constituição Federal de 1988, na esteira da constitucionalização dos chamados “direitos sociais”, dispõe no seu art. 196:

A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Com base nesse dispositivo, a República Federativa do Brasil assume para si a responsabilidade de disponibilizar políticas públicas de saúde de forma universal e gratuita, um objetivo ambicioso. Para cumpri-lo, atribui-se ao Estado a organização do setor por meio do Sistema Único de Saúde (SUS),¹⁵⁸ que “define, harmoniza, integra e organiza as ações desenvolvidas por diversas instituições-organismos de Direito Público existentes no Brasil”,¹⁵⁹ tais como o Ministério da Saúde, as secretarias estaduais e municipais de saúde e as agências reguladoras.

O SUS entra no texto constitucional pelo art. 198, definindo-o e estabelecendo as suas principais diretrizes. Observa-se a norma citada *in verbis*:

156 Vide a Constituição Mexicana de 1917, a Constituição Alemã da República de Weimar (1919), a Constituição Portuguesa de 1976, entre outras.

157 A Declaração Universal dos Direitos do Homem, o Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Políticos, o Pacto San José da Costa Rica, OG de n. 14 do Comitê de Assuntos Econômicos, Sociais e Culturais.

158 “[...] conjunto individualizado, [dotado de] organização interna estabelecida em conformidade com o Direito positivo, inserção na ordem geral das coisas e situação jurídica permanente”. AITH, Fernando. **Curso de direito sanitário**: a proteção do direito à saúde no Brasil. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 337.

159 Ibidem, p. 340.

Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo;

II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;

III - participação da comunidade.

Como depreende-se da norma supracitada, os incisos do art. 198 dispõem sobre as três principais diretrizes do Sistema Único de Saúde: a descentralização, a integralidade e a participação da comunidade. Resumidamente, a descentralização significa que cada ente federativo (municípios, estados, Distrito Federal e União) deverá capacitar-se para o exercício das suas respectivas atribuições dentro da política pública de saúde, a qual “tem direção única em cada esfera de governo” (Lei Federal n. 8.080, art. 7º).

A diretriz da integralidade, por sua vez, diz respeito ao dever do Estado de fornecer a “integralidade de assistência, entendida como o conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema” (Lei Federal n. 8.080, art. 7º). A interpretação usual da integralidade na prestação de serviços de saúde atribui ao Estado a responsabilidade de fornecimento de tratamento integral no escopo das capacidades tecnológicas da medicina, desde a prevenção de agravos até tratamentos complexos:

Assim, sempre que houver uma pessoa doente, caberá ao Estado fornecer o tratamento terapêutico para a recuperação da saúde dessa pessoa de acordo com as possibilidades oferecidas pelo desenvolvimento científico.¹⁶⁰

O direito à saúde não serve apenas ao doente, pois começa antes e vai bem além desse estágio — é o direito de não ter a doença, ou de convalescer sem sequelas, a partir de uma série de ações concatenadas voltadas a esse objetivo —; envolve a promoção de uma estrutura de políticas públicas. Ora, o acesso ao serviço de saneamento básico está em harmonia com as políticas de saúde, seja na dimensão preventiva ou curativa. É a política pública dentro

¹⁶⁰ Ibidem, p. 356.

de uma perspectiva integral, que relaciona o saneamento básico às políticas de saúde, educação, trabalho e moradia.¹⁶¹

Já o princípio de integralidade, aplicado no serviço público de saneamento básico, é coerente com os mesmos estudos desenvolvidos no campo da saúde pública; refere-se ao conjunto de serviços de abastecimento de água, esgotamento sanitário, limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos, e drenagem urbana e manejo de águas pluviais.¹⁶² Esses serviços são compreendidos como parte de uma política urbana, ambiental e de saúde pública, visão implantada no Brasil com a Lei Federal n. 11.445/2007, que se conecta diretamente à Lei n. 8.080/1990.

A universalidade não diferencia os cidadãos quanto ao acesso aos serviços, sendo compatível com a exclusão de parcela significativa da população — mesmo que isso pareça contraditório, a equidade justifica um tratamento diferenciado, na medida da comprovação das necessidades, remediando esse problema. A integralidade pressupõe a ação intersetorial que abrange prevenção, tratamento e acompanhamento de sequelas, em diálogo com as políticas públicas implantadas nas diversas áreas da assistência social. Por isso, as políticas públicas de saneamento, saúde e proteção do meio ambiente devem sempre guardar entre si relação e coerência.

A garantia do acesso à água potável e ao esgotamento sanitário tem um impacto na qualidade de vida das pessoas, afetando, direta ou indiretamente, todos os outros ODS. Seu fornecimento desencadeia um círculo virtuoso, com externalidades positivas em áreas como saúde e educação, verdadeiros pressupostos para o exercício da cidadania.¹⁶³ Em sentido contrário, a pobreza, a

161 MARQUES, Sílvia Badim; DELDUQUE, Maria Célia. Saúde e Saneamento Básico: Relação Necessária na Perspectiva do Direito. In: MOTA, Carolina. (coord.). **Saneamento Básico no Brasil: Aspectos Jurídicos da Lei Federal 11.445/2007**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 219.

162 REZENDE, Sonaly Cristina et al. (org.). Panorama do Saneamento Básico no Brasil — **Cadernos Temáticos para o Panorama do Saneamento Básico no Brasil**, Volume VII, Brasília, Ministério das Cidades/Secretaria Nacional de Saneamento Ambiental, 2011, p. 91.

163 É uma contribuição importante o autor afirmar sempre que “[...] o enfoque nas liberdades humanas contrasta com visões mais restritas de desenvolvimento, como as que identificam desenvolvimento como crescimento do Produto Nacional Bruto (PNB), aumento de rendas pessoais, industrialização, avanço tecnológico ou modernização social. O crescimento do PNB ou das rendas individuais obviamente pode ser muito importante como um meio de expandir as liberdades desfrutadas

existência de um campo restrito de oportunidades e a insuficiência de estruturas públicas para o atendimento da população estabelecem uma rede de externalidades negativas, restringindo liberdades básicas.¹⁶⁴

Um recente estudo mostra esse quadro em números na vida das mulheres brasileiras¹⁶⁵ e das populações de periferia de uma maneira geral. Da mesma forma, o serviço de limpeza urbana e o manejo de resíduos sólidos, assim como a preocupação com a drenagem urbana e o manejo de águas pluviais, em contexto de insegurança climática, dialogam com o direito à saúde, o direito à moradia com dignidade, o direito ao futuro e à felicidade.

O entendimento do princípio da integralidade no contexto da infraestrutura de saneamento, portanto, significa disponibilizar a totalidade dos serviços de saneamento básico, compreendidos como abastecimento de água, coleta e tratamento de esgoto sanitário, limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos, e drenagem urbana e manejo de águas pluviais para a coletividade usuária, enquanto política sanitária. Cabe pontuar que todas as atividades contempladas pelo conceito de saneamento básico estão interconectadas, o que indica a necessidade de planejamento e, eventualmente, de prestação conjunta, dos serviços públicos de drenagem urbana, de abastecimento de água e de coleta e tratamento de esgoto.

Em termos gerais, os princípios da universalidade e da integralidade nos serviços públicos de saneamento básico, que possuem natureza monopolística, tem como pressuposto a obtenção de escala econômico-financeira. A lei também estabelece expressamente os princípios da integração de infraestruturas (art. 2º, inciso XII¹⁶⁶) e prestação concomitante dos serviços de abastecimento de

pelos membros da sociedade. Mas as liberdades dependem também de outras determinantes, como as disposições sociais e econômicas (por exemplo, os serviços de educação e saúde) e os direitos civis (por exemplo, a liberdade de participar de discussões e averiguações públicas)". SEN, Amartya. **Desenvolvimento como Liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 17.

164 Ibidem, p. 18.

165 FREITAS, Fernando Garcia de; MAGNABOSCO, Ana Lelia. **O saneamento e a vida da mulher brasileira**. Disponível em: http://www.tratabrasil.org.br/images/estudos/itb/pesquisa-mulher/brk-ambiental-presents_women-and-sanitation_PT.pdf. Acesso em: 06 nov. 2020.

166 "Art. 2º [...] XII - integração das infraestruturas e dos serviços com a gestão eficiente dos recursos hídricos; (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020)".

água e de coleta e tratamento de esgoto (art. 2º, inciso XVI¹⁶⁷), como forma de economia de escopo contratual e de melhoria na gestão de ambos os serviços de serviços interconexos.

A ação governamental deve contemplar o adensamento de políticas públicas — de redes de proteção social —, que apresentem menor índice de resolutividade quando cogitadas separadamente.¹⁶⁸ O princípio da integralidade exige que se olhe para essa dimensão “macro”, pois problemas tão complexos como saúde, educação e qualidade de vida devem ser compreendidos na sua exata dimensão, numa rede infinita de conexões.

8.5 Princípio da Sustentabilidade

Começamos com uma definição operacional do princípio da sustentabilidade,¹⁶⁹ enunciada por Juarez Freitas:

*[...] trata-se do princípio constitucional que determina, independentemente de regulamentação legal, com eficácia direta e imediata, a responsabilidade do Estado e da sociedade pela concretização solidária do desenvolvimento material e imaterial, socialmente inclusivo, durável e equânime, ambientalmente limpo, inovador, ético e eficiente, no intuito de assegurar, preferencialmente de modo preventivo e precavido, no presente e no futuro, o direito ao bem-estar físico, psíquico e espiritual, em consonância homeostática com o bem de todos.*¹⁷⁰

167 “Art. 2º [...] XVI - prestação concomitante dos serviços de abastecimento de água e de esgotamento sanitário. (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020)”.

168 As autoras reivindicam, inclusive, que o acesso ao saneamento, referente à promoção da saúde, tem “efeito superior ao de intervenções biomédicas”. MARQUES, Sílvia Badim; DELDUQUE, Maria Célia. Saúde e Saneamento Básico: Relação Necessária na Perspectiva do Direito. iln: MOTA, Carolina. (coord.). **Saneamento Básico no Brasil: Aspectos Jurídicos da Lei Federal n. 11.445/2007**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 217.

169 O debate sobre sustentabilidade está muito presente na pauta internacional. A título de exemplo, a Agenda 21, uma construção importante da RIO-92, e subsequentemente da RIO+10 e da RIO+20, ressalta o papel da cooperação e destaca o desenvolvimento sustentável como prioridade da comunidade internacional, sugerindo estímulos para políticas macroeconômicas que sejam realmente favoráveis ao meio ambiente e ao desenvolvimento.

170 FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: Direito ao Futuro**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 40-41.



O autor também defende que o desenvolvimento não é elemento de oposição à sustentabilidade, pois “a sustentabilidade já desponta como um dos fatores a serem considerados na avaliação de performance econômica”.¹⁷¹

Os serviços de saneamento básico são parte essencial da promoção do desenvolvimento sustentável, ou seja, a dimensão social, econômica e ambiental do desenvolvimento.¹⁷² Assim, o princípio da sustentabilidade nesse campo exige o fortalecimento de uma política ambiental e econômica que garanta a preservação e o desenvolvimento dos recursos sob uma perspectiva intergeracional.

O difícil nessa construção é transpor as barreiras impostas pela soberania dos Estados, que não assimilaram como as ações que impactam o meio ambiente serão sentidas para além das fronteiras de seus territórios.¹⁷³ Apesar disso, discute-se cada vez mais o ideal do desenvolvimento sustentável, e não faltam esforços para implementá-lo.

Um exemplo é a força do chamado índice ESG (Environmental, Social and Corporate Governance) nas dinâmicas do mercado, em especial nas empresas atuantes no cenário internacional. Há um esforço para medir o desempenho das empresas relativo à governança ambiental, social e corporativa. Peculiarmente, os critérios ESG surgem das próprias forças do mercado, que passam a valorizar um bom desempenho nesses parâmetros. Os agentes econômicos concluem: os investimentos em empresas que se

171 Ibidem, p. 43.

172 A gestão das águas foi abordada sob este enfoque na Conferência Internacional sobre Água Doce, denominada “Água: chave para o desenvolvimento sustentável”, realizada em Bonn, na Alemanha, no ano de 2001. Disponível em: http://www.fboms.org.br/files/agua/doc_6.htm. Acesso em: 15 fev. 2019.

Ver também: PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO (PNUD). A água para lá da escassez: poder, pobreza e a crise mundial da água. **Relatório do Desenvolvimento Humano/GRDH**. New York, 2006, p. 154.

173 O problema mais profundo aqui, na verdade, é o de alcançar uma ação coletiva e coordenada a nível internacional, na medida em que é muito fácil para um Estado aproveitar-se da cooperação dos outros a fim de maximizar suas vantagens materiais de curto prazo. Este é o famoso problema do free rider aplicado aos Estados: a ação de um único indivíduo não é capaz de desestabilizar a ação da coletividade, logo, seria do interesse de um agente egoísta não colaborar, mas receber mesmo assim os benefícios da cooperação. Os atores, no cenário internacional, antecipam a estratégia de não cooperar dos outros, tornando a ação coletiva inviável por falta de confiança. MARTÍN, Liber et al. **El derecho humano al agua: particularidades de su reconocimiento, evolución y ejercicio**. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2011, p. 191.

saem bem nesses quesitos representam um exemplo de “atuação responsável”.

Quanto maior for o incentivo para que se invista em *ativos sustentáveis*, mesmo que se opere em uma lógica de mercado, melhor do ponto de vista da sustentabilidade¹⁷⁴. Os países mais desenvolvidos, o seu mercado consumidor e as multinacionais de determinados setores sinalizam que essa nova visão, de fato, se consolidará.

A relação entre segurança alimentar e rastreamento da origem de produtos coloca a discussão das pautas ambientais em outro patamar, dando ao Brasil apenas uma opção: assimilar essas pautas e internalizá-las nas suas políticas de governo. No caso específico desse trabalho, a universalização sustentada do serviço público de saneamento básico é também um sinal de conformidade com essa hegemonia política, econômica e científica que corretamente aceita a tese do aquecimento global.

Em todo o mundo, vem consolidando-se a ideia de que o desenvolvimento não pode ser medido apenas por métricas como o Produto Interno Bruto (PIB). A modificação do conceito de pobreza e a incorporação do termo “sustentável” para identificar o desenvolvimento são marcos importantes. Tal processo histórico culminou na formação de um consenso da ONU no ano de 2000, ancorado no compromisso político de realizar um conjunto de prioridades globais, direcionadas a uma interpretação distinta de desenvolvimento, com metas estipuladas para 2015 — os *Objetivos de Desenvolvimento do Milênio* (ODM), posteriormente condensados e ampliados para 2030 nos *Objetivos de Desenvolvimento Sustentável* (ODS).

Como substituto a essas métricas de desenvolvimento, surgiu o Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) — que, em grande parte, cumpre a sua missão: identificar os elementos mais importantes para medir o desenvolvimento, sendo esse menos econômico e mais humano. Desde o início, a educação, a ampliação da

174 Um importante exemplo é a concessão dos serviços de coleta e tratamento de esgotos do município de Mauá/SP para a BRK Ambiental, que representa importantes frutos para o setor de saneamento no que diz respeito à universalização do esgotamento e abastecimento de água. De 72% de rede coletora e nenhum tratamento do esgoto coletado em 2003 (data de início do contrato), hoje a empresa atinge índices como 93% de coleta de esgoto e 89% do esgoto coletado sendo tratado. Com o avanço desses índices, viabilizou-se importantes avanços na despoluição dos cursos hídricos que cortam o município.

expectativa de vida e o aumento da renda surgiram como variáveis relevantes.

Pode-se identificar, no mínimo, dez ODS que se relacionam direta ou indiretamente com as questões de saneamento básico: (i) acabar com a pobreza em todas as suas formas, em todos os lugares (*objetivo um*); (ii) acabar com a fome, alcançar a segurança alimentar e a melhoria da nutrição e promover a agricultura sustentável (*objetivo dois*); (iii) assegurar uma vida saudável e promover o bem-estar para todos, em todas as idades (*objetivo três*); (iv) alcançar a igualdade de gênero e empoderar todas as mulheres e meninas (*objetivo cinco*); (v) assegurar o acesso confiável, sustentável, moderno e a preço acessível à energia para todos (*objetivo sete*); (vi) promover o crescimento econômico sustentado, inclusivo e sustentável, emprego pleno e produtivo e trabalho decente para todos (*objetivo oito*); (vii) construir infraestruturas resilientes, promover a industrialização inclusiva e sustentável e fomentar a inovação (*objetivo nove*); (viii) assegurar padrões de produção e de consumo sustentáveis (*objetivo doze*); (ix) promover sociedades pacíficas e inclusivas para o desenvolvimento sustentável, proporcionar o acesso à justiça para todos e construir instituições eficazes, responsáveis e inclusivas em todos os níveis (*objetivo dezesseis*); (x) assegurar a disponibilidade e gestão sustentável da água e do saneamento para todos (*objetivo seis*).¹⁷⁵

A redução das desigualdades depende de foco no cumprimento desses objetivos e de suas metas, relacionadas entre si.¹⁷⁶ As políticas de Estado deverão fixar-se nas diferentes variáveis concretas da pobreza, dentro do binômio universalidade-equidade e da afinidade entre integralidade e sustentabilidade.

A sustentabilidade, o direito ao futuro e o acesso à água como pontos de partida para a realização de outros direitos significam marcos consolidados na visão da ONU. Como dito outras vezes, essa percepção estabeleceu-se mormente após a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento, no Rio de Janeiro, em 1992, e a Conferência Mundial das Nações

175 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Objetivos de Desenvolvimento Sustentável**, 2015. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/pos2015/agenda2030/>. Acesso em: 05 jan. 2020.

176 PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO (PNUD). Desenvolvimento Humano para Todos. **Relatório do Desenvolvimento Humano/GRDH**. New York, 2016, p. 57.

Unidas sobre Direitos Humanos, em Viena, no ano de 1993.¹⁷⁷ Não é a escassez a pauta principal, mas a poluição e a desigualdade nos processos de distribuição, produzindo um agravamento das condições de vida das populações e compondo um conceito mais complexo de pobreza.

Sempre que oportuno, as questões atinentes à sustentabilidade, ou à solidariedade transgeracional, passaram a ser centrais no debate econômico mundial. Agentes da economia global, diante dos eventos ocorridos nas últimas décadas, exigem governança ambientalmente responsável como critério de seleção de investimentos.

Reconhecendo que as mudanças climáticas em curso podem nos conduzir a “impactos irreversíveis e catastróficos”, capazes de causar “a próxima crise financeira”, no trabalho “O cisne verde: bancos centrais e a estabilidade financeira na era das mudanças climáticas”, concluem: “ações ambiciosas dirigidas a uma transformação estrutural de nossas economias” e que coordenem governos, o setor privado, a sociedade civil e a comunidade internacional são necessárias.¹⁷⁸ O Brasil é um país desigual, em múltiplos aspectos, e precisa alcançar maior resiliência às mudanças climáticas. Maiores são os riscos nos assentamentos informais, daí a contingência de viabilizar-se um crescimento econômico inclusivo quando se planeja um plano industrial (o Plano de Transformação Ecológica do Sul Global – países em desenvolvimento ou emergentes) em sintonia com a denominada *transição verde*, como já ocorre em outros países (*Green Deal Industrial* na Comunidade Europeia).

O mercado, inclusive para sua autopreservação, tem o dever de disseminar a adoção de padrões ambientais, sociais e de governança (a sigla ESG), estimulando a alocação de recursos em empresas e países comprometidos com eles.¹⁷⁹ Mas isso não basta: o mercado financeiro deve começar a aceitar retornos menores no curto prazo, em nome da redução dos riscos de longo prazo ligados à

177 MAZZUOLI, Valério de Oliveira. A Proteção Internacional dos Direitos Humanos e o Direito Internacional do Meio Ambiente. **Revista Argumenta**, n. 9, jul./dez. 2009. Revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da FUNDINOPI. Paraná, p. 168.

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

179 Ibidem, p. 53.

mudança climática. A manutenção da *neutralidade de mercado* tradicional oferece uma distorção em favor das indústrias que fazem uso intensivo de carbono.¹⁸⁰

Além disso, o estudo de Bolton aponta para os “efeitos distributivos” das mudanças climáticas: os riscos e os custos de adaptação recaem desproporcionalmente sobre países e populações pobres. O custo de mitigação dos danos e da migração de matrizes energética pode vir a ser proibitivo para esses grupos. Sem um mapeamento de como os encargos e benefícios da mitigação da mudança climática serão distribuídos, é quase certo — como observado em muitos casos recentes — que revoltas políticas contra uma sociedade de baixo carbono crescerão. Portanto, a viabilidade sociopolítica de combater a mudança climática depende de lidar com suas consequências distributivas — uma pauta que tem sido levantada pelos países em desenvolvimento nos fóruns internacionais.¹⁸¹

Vemos, assim, que forças do mercado financeiro têm considerado como parte de suas projeções e seus cálculos de riscos não apenas a agenda climática e da sustentabilidade, mas as questões ligadas ao combate da desigualdade. O tema da sustentabilidade foi, ao lado da desigualdade social, o mais debatido no Fórum de Davos em 2020, nas reuniões bilaterais entre empresas e investidores. Logo, as decisões de alocação de capital serão cada vez mais guiadas pelos padrões ambientais, sociais e de governança.

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

No mercado internacional de créditos, muitos investidores desejam obter performance nos temas relacionados aos ODM, interessados também nessa visão de controle das externalidades como um compromisso do poder público e da iniciativa privada. Os

180 Ibidem, p. 54.

181 Ibidem, p. 23.

fundos de investimento ESG controlam até a efetividade dos programas de *compliance* implantados nas empresas, pois o funcionamento das estratégias de prevenção, detecção e correção indica o nível de governança atingido pela entidade. O foco em riscos relacionados à sustentabilidade e aos critérios ESG cresce exponencialmente, transformando em ponto central o que antes era marginal nas decisões de investimento.

8.6 Princípio da Participação ou do Controle Social

Toda política pública, mesmo que sua operação esteja sob controle privado, exige um conjunto de decisões de ordem técnica, pois a eficiência é, de fato, uma questão de interesse público. Contudo, é indispensável compatibilizar o conhecimento de novas tecnologias, com um mapeamento das necessidades e vontades da população. O enfrentamento da pobreza, sendo o acesso ao saneamento básico uma variável importante, é, de modo central, uma questão política. Isso diz respeito a como nós devemos viver em sociedade; no caso da democracia, como devemos viver em sociedade como livres e iguais.

Isso posto, é essencial a existência de canais institucionais de participação da sociedade civil nas regras e na própria atuação das empresas de saneamento, públicas ou privadas. Na verdade, hoje tornou-se obrigatório integrar ao processo de construção ou acompanhamento do sistema de prestação do serviço de acesso à água potável e ao saneamento básico instâncias de efetivo controle social.¹⁸² Para haver compatibilidade entre a decisão técnica e os interesses da população, precisa-se de informações claras, que correlacionem as reais possibilidades do Estado e as perspectivas de financiamento e operação do sistema, seja qual for o modelo de gestão. Apenas para exemplificar, a diretriz da participação da comunidade, ratificada no texto do art. 7º da Lei Federal n. 8.080/1990, ordena a criação de mecanismos de participação da sociedade na gestão e execução dos serviços de saúde. No ponto, menciona-se a Lei n. 8.142/1990, que, no seu art. 1º, institui a Conferência de Saúde e o Conselho de Saúde, institutos responsáveis pela avaliação e formulação de políticas públicas de assistência à saúde (Lei Federal n. 8.142, de 28 de dezembro de 1990).

182 MUÑOZ, Jaime Rodríguez-Arana. **Direito Fundamental à Boa Administração Pública**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012, p. 14-27.

A busca por eficiência no desempenho das políticas de Estado é uma constante nos processos de reforma do setor público, até porque verifica-se uma demanda crescente por mais e melhores serviços. Cobra-se transparência e, principalmente, resultados satisfatórios. A estipulação de indicadores, objetivos e metas no processo de implementação e execução de uma política pública requer uma competência compartilhada entre o Estado e a sociedade.

A democracia aparece de inúmeras formas nos diversos países, com diferentes estruturas representativas e mecanismos de participação social — alguns mais inclusivos, outros menos. No entanto, sobre um aspecto não há dúvidas: uma democracia distorcida e equivocada não conduz às políticas essenciais aos cidadãos.¹⁸³

Voltando nossa atenção para o contexto doméstico, a definição da metodologia de prestação do serviço de saneamento precisa envolver controle social e participação efetiva das comunidades beneficiadas por essa política pública. Sem isso, distanciamos-nos do conjunto das demandas existentes. A técnica, a política, a cultura, a necessidade e a equação econômico-financeira do empreendimento, desde o início, devem evoluir de forma equilibrada, por influenciarem no resultado desse processo.¹⁸⁴

A compreensão das demandas das coletividades pode facilitar a integração de um conjunto de políticas públicas que, dispersas, tornam-se desprovidas de propósito.¹⁸⁵ As formas tradicionais de administração pública encontraram o seu limite, então a sociedade cobra maior diálogo no processo de elaboração das políticas públicas, da concepção à concretização.

A transversalidade da política de saneamento básico, que a relaciona às diversas preocupações com o bem-estar dos cidadãos e as condições da cidadania democrática, carece dessa ampla consulta, a fim de dar efetividade ao *controle social*. Exige-se uma governança que tenha a participação da sociedade como um

183 PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO (PNUD). Aprofundar a Democracia em um mundo fragmentado. **Relatório do Desenvolvimento Humano/GRDH**. New York, 2002, p. 4.

Ver também: Protocolo de Helsinque, art. 5, I.

184 DROBENKO, Bernard. Les Nouveaux Grands Principes du Droit Moderne de l'Eau. In: MILARÉ, Édís et al. **Doutrinas Essenciais: direito ambiental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

185 PIGRETTI, Eduardo et al. **Derecho Ambiental de Aguas**. Buenos Aires: Lajouane, 2010, p. 81.

pressuposto, que supere as assimetrias de informação entre os atores envolvidos, principalmente aquela entre o Estado e a sociedade.

O *Novo Marco Legal do Saneamento*, repetindo a redação da Lei n. 11.445/2007, conceitua controle social da seguinte forma:

Art. 3º Para fins do disposto nesta Lei, considera-se: [...]

IV - controle social: conjunto de mecanismos e procedimentos que garantem à sociedade informações, representações técnicas e participação nos processos de formulação de políticas, de planejamento e de avaliação relacionados com os serviços públicos de saneamento básico;

Esse tipo de controle pode favorecer o exercício da discricionariedade técnica. Escutar as demandas da população viabiliza a adoção de métodos, tecnologias e processos que considerem as peculiaridades locais e regionais, propiciando aos indivíduos o acesso ao serviço na conformidade de suas mais relevantes, e prementes, necessidades. Não se nega a importância da técnica, mas sim busca-se empregá-la com vistas a um propósito prático político.

Como mecanismos de controle e participação social, a Lei Federal n. 11.445/2007 prevê a realização de audiências e consultas públicas prévias ao lançamento do edital de licitação para a concessão, bem como para a avaliação da minuta de contrato, enquanto condição de validade dos ajustes (art. 11, inciso IV¹⁸⁶). Em sentido análogo, exige-se a realização de audiências e consultas públicas para a elaboração dos planos de saneamento básico (art. 19, § 5º da Lei Federal n. 11.445/2007¹⁸⁷), sejam esses municipais ou regionais.

Não há modelo universal que possa ser definido por diretrizes internacionais exclusivamente focadas em considerações de eficiência econômica.¹⁸⁸ Ao contrário, o que importa é harmonizar o desafio tecnológico com a capacidade de financiamento do Estado, do mercado e da sociedade, para realizar o melhor sistema

186 "Art. 11. São condições de validade dos contratos que tenham por objeto a prestação de serviços públicos de saneamento básico: [...] IV - a realização prévia de audiência e de consulta públicas sobre o edital de licitação, no caso de concessão, e sobre a minuta do contrato".

187 "Art. 19 [...] § 5o Será assegurada ampla divulgação das propostas dos planos de saneamento básico e dos estudos que as fundamentem, inclusive com a realização de audiências ou consultas públicas".

188 HELLER, Léo; APARECIDA, Uende; GOMES, Figueiredo. **Panorama do Saneamento Básico no Brasil**. Elementos Conceituais para o Saneamento Básico, Volume I, Brasília: Ministério das Cidades/Secretaria Nacional de Saneamento Ambiental, 2011, p. 50.

possível,¹⁸⁹ equilibrando os valores da universalidade, solidariedade, equidade, sustentabilidade e muitos outros.

Com a conclusão, em 2018, do Acordo de Escazú¹⁹⁰ sobre o acesso à informação e a participação social em questões ambientais, escreveu-se um novo capítulo da história iniciada na Declaração da RIO-92,¹⁹¹ reconhecendo que os direitos de acesso à informação e de participação são essenciais à concretização dos direitos humanos. O acordo, vinculante para América Latina e Caribe,¹⁹² impacta o controle social dos serviços de saneamento, pois trata de temas indissociáveis do meio ambiente, que caracterizam a água como um bem ambiental e reforçam a construção de regulação do controle social a partir de patamares regionais.

A Bolívia,¹⁹³ a Argentina e o Uruguai são experiências negativas, inclusive para as empresas transnacionais. Não por acaso, no Fórum Mundial da Água, realizado no ano de 2018 em Brasília, com participação das empresas especializadas no setor, ressaltou-se a

189 Ibidem, p. 62.

190 CEPAL. **Acordo Regional sobre Acesso à Informação:** Participação Pública e Acesso à Justiça em Assuntos Ambientais na América Latina e no Caribe. Adotado em 04 mar. 2018. Disponível em: https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/43611/S1800493_pt.pdf. Acesso em: 06 nov. 2020.

191 "Princípio 10: O melhor modo de tratar as questões ambientais é com a participação de todos os cidadãos interessados, no nível que corresponda. No plano nacional, toda a pessoa deverá ter acesso adequado à informação sobre o meio ambiente de que disponham as autoridades públicas, incluída a informação sobre os materiais e as atividades que encerram perigo em suas comunidades, bem como a oportunidade de participar nos processos de adoção de decisões."

192 O acordo ainda não entrou em vigor, faltando três ratificações. Será necessário alcançar a ratificação de onze dos trinta e três países da América Latina. No entanto, o clima é de otimismo após a ratificação de Antígua e Barbuda, Nicarágua e Panamá, unindo-se a Bolívia, Guiana, São Cristóvão e Nevis, São Vicente e Granadinas e Uruguai. Caso se consiga esse feito, o acordo será vinculante e sem reservas para todo o seu conteúdo.

193 Na Bolívia, mais precisamente em Cochabamba: "[...] ao abrigo da Lei de Saneamento e Água Potável de 1999, o governo autorizou a privatização de fornecimento de água e acabou com os subsídios. Para além dos clientes terem de pagar mais pela sua água, os camponeses nas áreas vizinhas tiveram de começar a pagar pela água que anteriormente estava disponível de forma gratuita nas fontes públicas. Os aumentos de preços deveriam, supostamente, contribuir para os custos de capital da construção de uma nova barragem e de uma central de purificação. Os protestos levaram à revogação da Lei de 1999, ao colapso da concessão e a um caso em tribunal iniciado por uma das empresas contra o Governo da Bolívia". PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO (PNUD). A água para lá da escassez: poder, pobreza e a crise mundial da água. **Relatório do Desenvolvimento Humano/GRDH**. New York, 2006, p. 93.

necessidade de inclusão das áreas afetadas. Do “chamado urgente” da Declaração Ministerial, destacamos o seguinte item:

17. Apoiar o fortalecimento de arranjos institucionais de água nacionais e, quando apropriado, subnacionais transparentes, eficazes, inclusivos e responsáveis, com a participação de todas as partes interessadas relevantes e a consideração das circunstâncias locais no processo de elaboração de políticas, ao mesmo tempo que promove as parcerias necessárias, a construção de confiança, a troca e o compartilhamento de informações e experiências entre atores públicos, privados e da sociedade civil.

Logo, se para a gestão pública a transparência e o controle social são fundamentais, de modo a assegurar o rumo democrático das instituições, para a gestão privada a participação social é igualmente importante.







Capítulo IV

Abastecimento de Água e Esgotamento Sanitário

1. Conceito de Abastecimento de Água

No Brasil, sem dúvida, também por efeito do Planasa, o subsistema de abastecimento de água potável é o que recebeu maior atenção. Hoje, com números que se modificam muito rapidamente, o índice de atendimento urbano chega a 93,4%¹. No art. 3º, inciso I, alínea “a”, da referida Lei Federal 11.445/2007, ficamos conhecendo o conceito de *abastecimento de água potável*:

*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; (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020) [grifamos].*

Da análise do texto legal é possível inferir que o conceito de abastecimento de água potável não é tão preciso. Em outras palavras, o serviço de abastecimento de água é formado por todas as ações necessárias para levar a água captada até as ligações da rede com as unidades prediais. Assim sendo, o serviço engloba a disponibilização e manutenção da infraestrutura e, ao mesmo tempo, a

¹ O presente trabalho utiliza de dados do Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento de 2021 no que diz respeito à abrangência do atendimento urbano dos componentes do setor de Saneamento Básico. Isso se deve à publicação posterior do Censo Demográfico do Brasil em 2022 ao Diagnóstico SNIS de 2022. Dessa forma, o SNIS 2022 não apresenta os dados de população urbana atendida, não sendo capaz de calcular os índices de atendimento urbano. SISTEMA NACIONAL DE INFORMAÇÃO SOBRE SANEAMENTO (SNIS). **Diagnóstico dos Serviços de Água e Esgoto**, 2021. Brasília, dez. 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/cidades/pt-br/aceso-a-informacao/acoes-e-programas/saneamento/snis/produ-to-do-snis/diagnosticos-snis>. Acesso em: 09 jun. 2023.

operação para o fornecimento do serviço. Mais adiante, compreendendo-se melhor o sistema, também pela incorporação de novas tecnologias, é possível que se identifique outras fases nesta cadeia de acontecimentos que almeja a entrega de um produto em condições de consumo, na medida para o uso programado. A água para o consumo humano ou dessedentação de animais não precisa ter o mesmo nível de investimento e tratamento, como regra geral, na comparação com as demandas relacionadas ao uso industrial. Então o mercado da água de reúso, como destacado pela própria legislação, surge como possível receita acessória que cobra atenção dos titulares e dos operadores da política pública de saneamento.

1.1 Etapas do Abastecimento de Água

O serviço de abastecimento de água potável possui etapas técnicas (NBR n. 12.211/1992, ABNT), que variam conforme a região, da qualidade da água captada e dos recursos disponíveis para tratamento. Não obstante, existem ao menos cinco etapas principais no ciclo de abastecimento: captação de água bruta, adução, tratamento, reservação e distribuição de água tratada.² A depender da geografia local, a partir da captação, segue-se primeiro o caminho da estação elevatória de água bruta, para a estação de tratamento de água (ETA); depois, a água tratada segue em direção ao reservatório e, então, para a rede de distribuição, no entanto, esse processo pode ser adaptado ao contexto de cada localidade, inclusive se a captação será superficial ou proveniente de poços profundos.

A água bruta é compreendida como a água encontrada na natureza e pode ser retirada de mananciais superficiais (NBR, n. 12.213/1992, ABNT) ou subterrâneos. A captação da água bruta, portanto, é o primeiro movimento que desencadeia a separação dos elementos mais grosseiros: as folhas, os troncos, as pedras e os grandes materiais orgânicos. Uma das possibilidades, a captação da água de superfície, depende de córregos, ribeirões, rios ou lagos. Desses mananciais, mais comumente, extrai-se a água para o abastecimento das comunidades. A quantidade e a qualidade da água encontrada nestas fontes de captação terão impacto direto no produto entregue ao final do processo (Portaria Ministerial n. 2.914/2011).

2 SISTEMA NACIONAL DE INFORMAÇÃO SOBRE SANEAMENTO (SNIS). **Diagnóstico dos Serviços de Água e Esgoto**, 2022. Brasília, dez. 2023. Disponível em: <http://www.snis.gov.br/diagnosticos>. Acesso em: 20 fev. 2024.

Não apenas a escolha do manancial, mas também o local mais adequado para a instalação da infraestrutura de captação conjuga preocupações sociais, técnicas, econômicas e ambientais. A captação de água poluída ou de local com quantidade insuficiente para a demanda prevista pode prejudicar a sustentabilidade e funcionalidade do empreendimento, sendo necessário elevar os custos de operação e continuar investindo em novas estruturas para alcançar um nível de potabilidade e quantidade compatível com o uso previsto, especialmente com a Portaria GM/MS n. 888/2021 do Ministério da Saúde, quando se tratar de avaliação para fins de consumo humano.

Dentre as condições de observância obrigatória para definir o local mais apropriado para a captação, apenas como exemplo, pode-se destacar:

[...] situar-se a montante da localidade a que se destina e a montante de outros focos de poluição importantes, ou seja, em local que garanta a água com qualidade compatível com as tecnologias de tratamento de água técnica e economicamente possíveis de serem adotadas para a comunidade em consideração; [...] situar-se em cota altimétrica superior à da localidade a ser abastecida (para que a adução se faça por gravidade), desde que a respectiva distância e o percurso da adução não inviabilizem economicamente essa alternativa; ou caso a adução por gravidade seja inviável técnica ou economicamente, o local de captação deve situar-se em local com cota altimétrica que resulte menor desnível geométrico em relação à localidade e que possibilite as condições apropriadas de bombeamento e de adução por recalque (menor comprimento, perfil adequado e condições satisfatórias de acesso).³

Admitindo-se outras classificações, “as captações de águas de superfície podem ser de cinco tipos principais: (i) captação direta ou a fio de água; (ii) captação com barragem de regularização de nível de água; (iii) captação com reservatório de regularização de vazão destinado prioritariamente para o abastecimento público de água; (iv) captação em reservatórios ou lagos de usos múltiplos; (v) captações não convencionais”⁴.

3 HELLER, Léo; Valter Lúcio de Pádua (org.). **Abastecimento de água para consumo humano**. Volume I. 2ª ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2010, p. 327.

4 Ibidem.



A quantidade de água que participa do ciclo hidrológico é invariável e o crescimento da população é constante, o que justifica a preocupação de preservar os mananciais e facilitar o processo de tratamento, diminuindo os riscos do desabastecimento ou da inviabilização econômica do sistema, seja na operação pública ou privada. Como novo ponto de atenção, tenta-se aprimorar os processos deste sistema para reduzir os impactos ambientais produzidos, diante dos cada vez mais frequentes alertas de riscos ecológicos e permanente insegurança climática. Em todos os subsistemas do serviço público de saneamento existem compromissos socioambientais, tentativas de controlar o aquecimento da terra e o foco na concretização dos ODS.

Identifica-se a transversalidade entre todos os temas abrangidos pelo conceito de saneamento básico para o direito brasileiro, na medida em que a proteção do manancial envolve infraestrutura verde (conservação ou replantio, com vegetação nativa, das matas ciliares) e infraestrutura cinza (desvio de enxurradas em estradas de terra)⁵ relacionada ao serviço de drenagem e manejo de águas

5 Conforme o autor, todas as atividades na bacia, a montante dos pontos de captação da água, precisam ser planejadas ou monitoradas para propiciar maior quantidade e qualidade para o produto, o que, por vezes, depende de algumas providências: “[...] ter o adequado conhecimento da bacia hidrográfica a montante da captação de água, incluindo os aspectos relacionados à geologia, ao relevo, ao solo, à vegetação, à fauna e às atividades humanas aí desenvolvidas. Para tanto, é essencial que se realizem inspeções sanitárias nas bacias contribuintes aos mananciais; adotar medidas concretas de minimização e controle da poluição da água e que garantam a sua mínima vazão natural [...]; conservação ou recomposição da vegetação das áreas de recarga do lençol subterrâneo, áreas essas geralmente situadas nas chapadas ou nos topos de morro; manutenção da vegetação em encostas de morro, além da implementação de dispositivos que minimizem as enxurradas e favoreçam a infiltração da água da chuva, como por exemplo pequenas bacias de captação de enxurradas em encostas de morro; [...]; conservação ou replantio, com vegetação nativa, das matas ciliares, que se situam ao longo dos cursos de água e que são importantes para minimizar o carreamento de solo e de poluentes às coleções de água superficial; [...]; desvio de enxurradas que ocorrem em estradas de terra, para bacias de infiltração a serem implementadas lateralmente às estradas vicinais, procedimento de evita o carreamento de solo aos cursos de água e favorece a infiltração da água de chuva no subsolo; [...]; destinação adequada dos esgotos e dos resíduos sólidos (“lixo”) originados em residências, criatórios de animais e atividades fabris, de modo a evitar a contaminação de aquíferos e das coleções de água de superfície, valorizando técnicas de minimização, reutilização e reciclagem de resíduos; reúso de água em usos menos nobre; estímulo à utilização de sistemas de irrigação mais eficientes no consumo de água e de energia pelos agricultores; incentivo a atividades econômicas que não agredam o meio ambiente, tais como agricultura orgânica e turismo ecológico”. HELLER, Léo; PÁDUA, Valter Lúcio de (org.). **Abastecimento de água para**

pluviais. A disposição correta dos rejeitos em aterros sanitários é ação básica para impedir o contato de um córrego ou rio com fatores de contaminação,⁶ o que beneficia a saúde pública e o meio ambiente, assim como pode ser transformado em energia, criar mais empregos e renda. Além disso, tudo o que é produzido pelo sistema de abastecimento de água potável depois retorna aos mananciais/corpos receptores, no fluxo inverso do serviço de coleta e tratamento de esgoto. Se o serviço de tratamento de esgoto não consegue devolver no final do seu processo um produto adequado, dentro dos parâmetros estabelecidos pelas normativas setoriais, cria-se uma pressão muito maior para o sistema de abastecimento de água e os seus processos.

Ainda, deve-se destacar a captação de água subterrânea⁷, seja em mananciais naturais (ou aflorantes), mananciais subsuperficiais ou mananciais profundos.⁸ O seu aproveitamento:

consumo humano. Volume I. 2ª ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2010, p. 372-373.

- 6 A grande concentração populacional e a falta de planejamento dos processos de organização e expansão das cidades, quando acompanhados de um déficit na prestação dos serviços públicos de saneamento, impactam na capacidade dos mananciais em termos de qualidade e quantidade. Identificando algumas dessas situações, a autora refere que “[...] a ineficiente coleta e tratamento de água residual com o consequente lançamento de esgotos não tratados nos corpos de água, a inapropriada destinação dos resíduos sólidos, o desperdício, o falho sistema de drenagem, a grande poluição atmosférica, a falta de conscientização ambiental da população, empresários e governantes, enfim, os grandes impactos ambientais causados pela imprudência da sociedade refletem-se na degradação dos recursos hídricos”. COSTA, Regina Helena Pacca Guimarães. *Água: matéria-prima primordial à vida*. In: TELLES, Dirceu D’Alkimin e COSTA, Regina Helena Pacca Guimarães. **Reúso da Água: conceitos, teorias e práticas**. 2ª ed. São Paulo: Blucher, 2010, p. 10.
- 7 Como se destacou antes, “[...] antes de chegar às torneiras, a água percorre um longo processo de captação, que compreende a retirada da água dos mananciais superficiais (rios, lagos ou represas) e profundos (poços), para depois enviarem às estações de tratamento de água e sua consequente distribuição. O Brasil apresenta nos últimos anos um aumento significativo na utilização das reservas de água subterrânea. Atualmente, o Estado de São Paulo se destaca como o maior usuário das reservas hídricas brasileiras, e possui grande parte das unidades do interior paulista abastecidas a partir de poços artesianos. Outro problema decorrente da alta concentração populacional está no limite da capacidade sustentável dos sistemas produtores. Não é prudente retirar da natureza uma quantidade de água bruta que vá comprometer o abastecimento público no futuro”. COSTA, Regina Helena Pacca. *Consumo de Água*. In: TELLES, Dirceu D’Alkimin e COSTA, Regina Helena Pacca. **Reúso da Água: conceitos, teorias e práticas**. 2ª ed. São Paulo: Blucher, 2010, p. 14.
- 8 HELLER, Léo; PÁDUA, Valter Lúcio de (org.). **Abastecimento de água para consumo humano**. Volume I. 2ª ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2010, p. 377-380.



é uma alternativa que deverá ser sempre analisada, pois nas suas diversas formas de ocorrência pode oferecer soluções simples e de grande viabilidade técnica e econômica. Especialmente no abastecimento de pequenas comunidades e núcleos populacionais da zona rural, as captações de águas subterrâneas subsuperficiais, por poços rasos e por drenos, e as aflorantes, como as fontes, são de fácil implementação, operação e manutenção e têm baixo custo de construção. Já os poços tubulares profundos, apesar de exigirem um maior investimento nas fases de estudo e de construção, trazem ganhos por, geralmente, permitirem a simplificação do tratamento da água a ser distribuída.⁹

Por último, “[...] a captação de água em nascentes, poços de uso familiar ou coletivo e água de chuva pode caracterizar soluções alternativas ou individuais de abastecimento de água”¹⁰, o que é admitido, para determinadas circunstâncias, na Lei n. 11.445/2007, art. 3º, inciso XVII, e art. 45, § 1º; ou seja, “[...] 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”¹¹. Em sentido inverso, quando a rede pública pode prestar o serviço naquela localidade, seja por autarquia, empresa estatal, seja privada (e a região estiver abrangida pelo contrato), se sobrepõe a estrutura coletiva, em detrimento de iniciativas individuais ou lideradas por associações/ organizações da sociedade civil.

9 Ibidem, p. 376.

10 Ibidem.

11 Segundo o autor, no caso brasileiro, “[...] principalmente na região semiárida, a água de nascentes e poços pode não existir próximo às residências e a água de superfície, quando há, frequentemente apresenta qualidade insatisfatória para o consumo humano. Em vista disso, uma solução que tem sido colocada em prática é a captação da água da chuva. [...] Os reservatórios das águas da chuva (denominadas de cisternas ou caixas) usualmente são construídas em alvenaria, ferrocimento ou placas de cimento, [...]. [...] Existem cisternas comunitárias capazes de atender a grupos de famílias em pequenas comunidades rurais, sendo algumas delas construídas em escolas e igrejas. Em determinadas localidades, quando há escassez de chuva, as cisternas são utilizadas como reservatórios para o armazenamento de água subterrânea e mesmo de água distribuída por caminhão-pipa”. HELLER, Léo; PÁDUA, Valter Lúcio de (org.). **Abastecimento de água para consumo humano**. Volume I. 2ª ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2010, p. 302-303.

A proteção dos mananciais pode mostrar-se mais efetiva quando combinada a infraestrutura sanitária cinza com a infraestrutura verde. Quando planejada a construção de uma ETA, é importante projetar a qualidade desse manancial pelas próximas décadas, assim como o equipamento precisa ter condições de rápida adaptação para processos mais complexos de tratamento. Por isso o risco de optar por estruturas compactas, na medida em que a perda de qualidade do manancial pode tornar insuficiente o tratamento convencional.

Todo planejamento, obviamente, tem essa dimensão prospectiva, esse olhar para o futuro, para oferecer soluções que respondam pelas demandas do presente e sobrevivam ao tempo e possíveis intercorrências. A mineração, a indústria, o uso intensivo e o descarte inadequado de agrotóxicos podem afetar a qualidade da água, estressando ainda mais os processos de tratamento, sem esquecer que no ambiente rural é comum o consumo direto das fontes superficiais ou subterrâneas¹².

As obras de engenharia (infraestrutura cinza), estações de tratamento e canalizações no ambiente urbano; além de iniciativas de recuperação com replantio das margens de rios e córregos (infraestrutura verde), são capazes de melhorar a qualidade da água e do ar, tornando as cidades mais resilientes. No caso da infraestrutura

12 Lembra Percy Soares Neto que, em 2015, "[...] o TCU identificou um grande descompasso entre os recursos do Orçamento Geral da União, liberados pelo Governo Federal e aplicados a fundo perdido, e o pouco efetivo aumento da cobertura nos municípios que receberam esses recursos. No documento apresentado pelo TCU, o Relatório da TC n. 017.507/2015-4, ficava claro que essa situação prejudicava sobremaneira o país, afetando diretamente a saúde pública e o meio ambiente. [...] Uma prova de que a então chamada Lei Geral do Saneamento (Lei n. 11.445/2007), que já vigorava há quase uma década, não estava sendo suficiente para o enorme desafio de se expandir a cobertura dos serviços entre a população. [...] Em 2017, ano anterior à publicação da MP n. 844, apenas 46% do esgoto gerado havia sido tratado, segundo o Panorama da Participação Privada no Saneamento. Em 2012, esse volume era o equivalente a 38,7%, evidenciando o lento progresso no tratamento do esgoto, identificado no relatório do TCU." Seguindo depois essa linha de raciocínio, a MP n. 868/2018 contribui para a retomada do debate, começado pela MP n. 844/2018 (que caducou), ainda que também não tenha sido transformada em lei. Todavia, destaca o autor, "[...] o próximo capítulo da discussão do marco legal no saneamento seria inaugurado com o PL n. 3.261/2019, que substituiu a MP n. 868/2019 e passou a tramitar na Câmara dos Deputados. A origem do texto seria o Senado, por intermédio de Tasso Jereissati, que usou no PL sua experiência como relator da MP n. 868/2019". NETO, Percy Soares. Um Olhar sobre o Entendimento para a Aprovação do Novo Marco do Saneamento. In: ZULIANI, G; DAL POZZO, A. **Saneamento Básico: Uma Lei e um Marco**. Belo Horizonte: Fórum, 2023, p. 103-105.

cinza, muitas vezes são obras de grande porte, com impactos no meio ambiente. No sistema de abastecimento de água, apenas para exemplificar, existem as redes adutoras, as ETAs, os reservatórios de distribuição de água tratada; assim como no serviço de coleta e tratamento de esgoto soma-se tubulações e ETEs.

Seja para preservar mananciais superficiais ou subterrâneos (em geral as água subterrâneas apresentam menor turbidez, tornando o processo de tratamento mais simples), as soluções mais econômicas começam pela infraestrutura verde, que podem estar detalhadas nos Planos Municipais de Saneamento Básico (PMSB) – e, como se disse antes, também neste ponto o serviço público de abastecimento de água potável e o esgotamento sanitário compartilham soluções de infraestrutura com o serviço de drenagem e manejo de águas pluviais. Aliás, dependendo do caso concreto, a ampliação das redes que integram o sistema de esgotamento sanitário pode servir como solução provisória para a drenagem urbana, pelo menos até que o poder público forme convicção em relação ao melhor desenho para esse subsistema.

Dentre tantas possíveis funções, o Plano Municipal de Saneamento Básico (PMSB) define a concepção, o escopo e as ferramentas que serão empregadas, para depois os projetos básicos e os projetos executivos, por dentro de propostas de investimento em infraestrutura, modificarem o cotidiano das cidades.

Retomando o processo, essa água em estado natural é encaminhada para uma ETA. De qualquer maneira, a parte mais importante do processo de tratamento não é a ETA, enquanto estrutura isolada, mas a qualidade de todo o sistema. Se a rede de distribuição tem problemas, isso certamente interferirá na potabilidade da água que será entregue no final do processo. Além disso, a potabilidade alcançada na ETA ainda pode se perder ao longo do sistema, impedindo que a água permaneça esteticamente agradável e segura. Como se disse anteriormente, ETAs mais simples podem criar dificuldades operacionais maiores quando o manancial começa a se degradar. Por isso, é natural que as ETAs sejam projetadas para o tratamento convencional, podendo sempre representar algum risco a opção que realize a filtração direta ou filtração em linha.

A tubulação que liga a água captada à ETA recebe o nome de adução (NBR n. 12.215/1:2017, ABNT). É nessa etapa que será mais relevante a localização do manancial e da ETA, uma vez que um

menor percurso de adução, ou um percurso com menor alterações de altura, resultará em economia nos custos operacionais.¹³

Na experiência da Região Metropolitana de São Paulo, que é diferente da Região Metropolitana de Porto Alegre (com fontes de captação mais próximas), indicando que cada localidade tem a sua característica, a distância percorrida no processo de tratamento de água é muito maior. Essa distância, por vezes, é determinada pela busca por manancial que torne menos custosa a transição da água bruta para a água tratada.

Dependendo do caso concreto, as estações elevatórias surgem também como etapa do processo. Podem conduzir água tratada ou não tratada. Quando são utilizadas para água tratada, por óbvio, são colocadas depois da ETA e auxiliam na condução da água até os reservatórios. Na ETA a água recebida como bruta passa por diferentes processos físicos e químicos, cuja função programada é retirar suas impurezas. Essa etapa de tratamento transforma a água bruta em água potável, de acordo com parâmetros normativos que podem se modificar com o tempo.

Melhorar a qualidade da água é uma questão de saúde pública¹⁴ e o trabalho da ETA é parte dessa transição, da água bruta para

13 Em síntese, “[...] as adutoras são condutos – tubulações ou canais – encarregados do transporte de água entre unidades do sistema de abastecimento que precedem a rede de distribuição. Assim, as adutoras interligam a captação à estação de tratamento de água e desta aos reservatórios. Quando as adutoras são derivadas de outras, sem distribuição de água para os consumidores, são chamadas de subadutoras. A adução por gravidade constitui o meio mais seguro e econômico de se transportar a água. Todavia, nem sempre existe um desnível suficiente para conduzir, por gravidade, a vazão necessária entre os pontos a serem interligados. Nesses casos, elevatórias são necessárias e as adutoras a elas interligadas são classificadas como adutoras por recalque. Outra forma de classificar as adutoras diz respeito à natureza da água transportada. Assim, quando antecedem a estação de tratamento de água são denominadas de adutora de água bruta e, após receber o tratamento, por adutora de água tratada. [...] O traçado das adutoras geralmente é definido com base em critérios técnicos e econômicos. Por isso, a sua concepção deve ser realizada com o auxílio de levantamentos topográficos, geotécnicos e inspeções de campo, evitando-se regiões que dificultem os trabalhos de implantação, operação e manutenção, tais como áreas pantanosas, declividades elevadas, vias de tráfego intenso etc. As áreas de instalação das adutoras devem ser, preferencialmente, de domínio público. Quando isso não é possível, a faixa a ser utilizada deve ser desapropriada ou deve ser estabelecido um contrato de servidão sobre ela, podendo, nesse caso, ser utilizada pelo proprietário, com restrições decorrentes da servidão”. HELLER, Léo; PÁDUA, Valter Lúcio de (org.). **Abastecimento de água para consumo humano**. Volume II. 2ª ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2010, p. 441.

14 Ressalta o autor que “[...] O Programa de Monitoramento Conjunto (Joint

um produto compatível com os seus múltiplos usos. O tratamento convencional não remove compostos orgânicos e compostos inorgânicos; então, deve-se buscar, desde a origem, um manancial com um nível aceitável de segurança química. Se não for assim, insiste-se, os custos para tratamento dessa água podem subir muito.

O tratamento convencional é a operação conhecida, projetada com a regra geral de construção para os sistemas de abastecimento, garantindo uma operação com custos compatíveis aos seus mecanismos de financiamento. Para entender com um exemplo, é possível produzir água potável a partir de mananciais poluídos (o caso do Rio Tietê em São Paulo), mas o custo ficará muito alto diante da complexidade do processo físico-químico desse tratamento. Por isso mesmo, a água de reúso pode ser uma alternativa para a produção com custos menores, desde que coerente com o destino projetado.

Dentro de certos limites, é importante algum nível de flexibilidade operacional para lidar com mudanças na qualidade da água. Existe um caminho reiterado neste processo físico-químico: coagulação, floculação, sedimentação, filtração, desinfecção, fluoretação, correção de PH, água final — pode não ter floculação, pode não ter sedimentação. Na medida em que os padrões de potabilidade são dinâmicos, é preciso capacidade técnica para incorporar novas fases ao processo.

Retomando, os métodos para atingir esses padrões de qualidade da água se somam e se sucedem ao longo do processo, ou seja, a floculação, a decantação, a filtração, a desinfecção,¹⁵ integram um dos subsistemas do serviço de saneamento básico.

Monitoring Programme – JMP) [...], conduzido pela Organização Mundial da Saúde (OMS) e pela Unicef, vem utilizando o conceito de “serviços geridos de forma segura” para traduzir um acesso compatível com a Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável. A definição corresponde a um padrão de serviço que atende parte dos elementos dos Direitos Humanos à Água e ao Saneamento (DHAS), particularmente a disponibilidade, a acessibilidade e a qualidade. Empregando esse conceito para água potável, o JMP estima que 5,8 bilhões de pessoas no mundo (74%) usavam esse nível de serviços em 2020, deixando 2 bilhões sem esse acesso. Nas áreas rurais essa proporção cai para 60%, correspondendo a 1,4 bilhão de pessoas sem acesso”. HELLER, Léo. **Os Direitos Humanos à Água e ao Saneamento**, Rio de Janeiro: Fiocruz, 2022, p. 31.

- 15 Como se destaca no texto: “[...] os principais problemas de poluição da água a serem ainda resolvidos no nosso país são os patogênicos, o consumo de oxigênio dissolvido e os nutrientes. Os organismos patogênicos consistem num item importante a ser considerado na purificação da água, pois estão relacionados ao fator higiênico e associados às doenças de veiculação hídrica. Para manter a potabilidade e a balneabilidade é necessário controlar o agente transmissor de

No detalhe, a potabilidade da água tratada é auferida a partir de bases normativas do Ministério da Saúde. O monitoramento, por sua vez, é coordenado pela Secretaria de Vigilância em Saúde e Ambiente, mas conta com o auxílio das Secretarias de Saúde dos estados, municípios e do Distrito Federal.

Dentre os processos mais tradicionais de tratamento de água para abastecimento público estão o micropeneiramento, a oxidação/aeração, a absorção em carvão ativado, a troca iônica, a coagulação — a desestabilização das partículas coloidais em um sistema aquoso e a dosagem dependerá da qualidade da água bruta — e mistura rápida, a floculação, a decantação, a flotação, a filtração em meio granular, a filtração em membrana, a desinfecção, o abrandamento, a fluoretação e a estabilização química.¹⁶

Ao mesmo tempo, pode-se desenvolver um produto a partir dos lodos das Estações de Tratamento de Água (ETA) e de Esgoto (ETE), como uma hipótese de reaproveitamento dos resíduos.¹⁷ Os volumes e a complexidade na composição, explicam os custos elevados para a operacionalização deste descarte. Por isso, permitir o

doenças, acompanhando o seu comportamento em um corpo d'água, desde o seu lançamento até os locais de utilização. A maioria destes agentes, as bactérias do grupo coliforme, advém do material fecal. São identificadas na medição e controle e utilizadas como indicadores do grau de contaminação. A melhor forma de controlar a contaminação por patógenos é por meio de sua remoção na etapa de tratamento dos esgotos. De maneira geral, os poluentes se originam de esgotos domésticos, despejos industriais e escoamento superficial (poluição difusa), e sua quantidade deve ser demonstrada em "carga" (massa por unidade de tempo)". Em lista exemplificativa, o autor apresenta os principais agentes poluidores das águas: os sólidos em suspensão, a matéria orgânica biodegradável, os nutrientes, patógenos, matéria orgânica não biodegradável, metais pesados, sólidos inorgânicos dissolvidos. COSTA, Regina Helena Pacca Guimarães. *Poluição da Água*. In: TELLES, Dirceu D'Alkimin e COSTA, Regina Helena Pacca Guimarães. **Reuso da Água: conceitos, teorias e práticas**. 2ª ed. São Paulo: Blucher, 2010, p. 35-36.

16 HELLER, Léo; PÁDUA, Valter Lúcio de (org.). **Abastecimento de água para consumo humano**. Volume II. 2ª ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2010, p. 534.

17 A Aegea possui um amplo Programa de Valorização de Lodo, material correspondente a 37% de todo o resíduo gerado pela empresa em 2022. Diante desse cenário foi elaborado o projeto "Integrando o Lodo no Conceito de Economia Circular na Unidade Mirante PPP", que garantiu à Aegea o Prêmio ECO na categoria Sustentabilidade em Processos. A iniciativa tem por premissa a secagem do lodo à luz do sol, de modo a reduzir o volume total gerado nas quatro maiores estações de tratamento do município onde implementado. A partir da análise do caso é possível perceber as potencialidades envolvendo novas rotas tecnológicas no setor de saneamento básico, uma vez que o produto dos processos envolvendo o lodo podem adquirir valor econômico a partir da venda, com fins como o de geração de energia ou produção de fertilizantes.



uso agrícola destes resíduos¹⁸ seria um exemplo positivo de controle deste passivo ambiental, sem contar os benefícios econômicos.¹⁹ Em qualquer contexto, a gestão correta dos resíduos, auxilia na viabilização dos ODS, cria empregos e renda, colabora com a saúde pública e a proteção do meio ambiente.

A etapa seguinte é a da *reservação* (NBR n. 12.217:1994, ABNT), quando a água já tratada é acondicionada em reservatórios e armazenada²⁰. O acúmulo de água tratada em reservatórios tem dupla

18 Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA), Resolução n. 498/2020. Define critérios e procedimentos para produção e aplicação de biossólido em solos, e dá outras providências. A aplicação do lodo de esgoto na agricultura, no município de Uberlândia, tem ordem de serviço (2023) para início dos estudos sobre transformação do subproduto do tratamento de esgoto em gás combustível e biocarvão – no caso, a partir de uma planta industrial na ETE Uberabinha (DMAE). Poderá ser a primeira unidade do país a usar lodo de esgoto na produção de energia e fertilizante em larga escala, além da economia mensal pela diminuição da disposição do rejeito no aterro sanitário.

19 Como todos os serviços de saneamento estão interrelacionados, “[...] a partir das estações de tratamento de esgoto (ETEs) e possível inserir os conceitos de economia circular e práticas de desenvolvimento sustentável nos processos que formam os subprodutos, desde o descarte correto de resíduos até a geração de novos produtos. Os sistemas de tratamento de esgoto geram biogás, lodo, água de reúso como subprodutos dos processos anaeróbios e aeróbios. Esses subprodutos são objeto de estudos voltados para o seu reaproveitamento devido à sua vasta aplicabilidade ainda pouco explorada em território brasileiro. Os subprodutos das ETEs necessitam, porém, de tratamento adequado antes de serem disponibilizados para outros fins. O material gerado a partir da biomassa microbiana que decanta durante o processo de tratamento do esgoto bruto, composto por microorganismos decompositores e matéria orgânica digerida (Embrapa, 2018), denominado de lodo, tem aplicabilidade, por exemplo, em fertilização de culturas (Kacprzak, et al, 2017). Quando empregado como fertilizante orgânico, este subproduto auxilia na redução significativa do uso de compostos tóxicos presentes em defensivos agrícolas. O biogás, além de possuir capacidade fertilizante (Malta, 2001), como o lodo de esgoto, também pode ser empregado como combustível e na geração ou cogeração de energia (Chernicharo et al. 2015). Já a água de reúso possui funcionalidade industrial, agrícola, paisagística, ambiental e urbana, contribuindo para o enfrentamento da crise hídrica (Brasil, 2010). O desafio é sempre o de encontrar, em cada subproduto e realidade local, formas economicamente viáveis para efetivar a economia circular no saneamento, o que pressupõe o apoio de políticas públicas e regulação da União, estados e municípios”. Justamente o caso da nova Lei do mercado de carbono. SILVA, Dafne Fernanda Alves et al. Situação da Economia Circular a partir do Novo Marco Legal do Saneamento Básico no Brasil. In: INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA – IPEA. **Boletim Regional, Urbano e Ambiental n. 29 – Jan. a Jun. de 2023**. Rio de Janeiro: IPEA, 2023, p. 60-61.

20 Segundo os autores, “[...] as unidades de reservação são tradicionalmente concebidas e operadas enfocando como objetivos principais: (i) a regularização entre as vazões de adução e de distribuição, (ii) o condicionamento das pressões na rede de distribuição, bem como, quando necessário, (iii) a reserva para combate a in-

função. Se de uma perspectiva serve como garantia de abastecimento de acordo com os diferentes índices de demanda, de outra tem interferência central na pressão do sistema de distribuição. Em 2023, também abordando este tema, a NBR n. 10.156:2023, trouxe aspectos importantes da atividade de limpeza e desinfecção de tubulações e reservatórios de sistema de abastecimento de água.

No final do processo: a *distribuição*²¹. Nesse ponto a água já tratada e, portanto, potável, sai dos reservatórios e é distribuída pelas redes públicas. As redes de distribuição, então, transportam a água pelas vias até unidades consumidoras (NBR n. 12.218:2017, ABNT). Enfim, as casas, prédios, residências, comércios, conectam seus ramais às redes públicas, onde ocorre a contabilização do consumo pelos hidrômetros. Com isso conclui-se o percurso da captação até as ligações prediais. Existindo rede pública disponível, obviamente, torna-se obrigatório fazer a conexão. Assim não ocorrendo, vive-se a experiência das redes ociosas, com riscos de

cêndios e outras situações emergenciais. [...] Fundamentalmente, os reservatórios podem ser classificados quanto às localizações do sistema de abastecimento e no terreno, quanto à forma e o material de construção da unidade propriamente dita [...]. Assim sendo, as unidades de reservação são instaladas a montante ou a jusante da rede de distribuição. E no que se refere a localização no terreno podem ser elevados, apoiados, semienterrados e enterrados, em divisão proposta pelos próprios autores com base nas normas técnicas vigentes (NBR n. 12.217/1994). HELLER, Léo; PÁDUA, Valter Lúcio de (org.). **Abastecimento de água para consumo humano**. Volume II. 2ª ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2010, p. 585-591.

- 21 Como conceito de referência, “[...] rede de distribuição é a unidade do sistema de abastecimento de água constituída por tubulações e órgãos acessórios instalados em logradouros públicos, e que tem por finalidade fornecer, em regime contínuo (24 h por dia), água potável em quantidade, qualidade e pressão adequadas a múltiplos consumidores (residenciais, comerciais, industriais e de serviços) localizados em uma cidade, vila ou outro tipo de aglomeração urbana. A denominação rede de distribuição provém da forma como as suas tubulações são instaladas, formando rede de condutos interligados entre si e possibilitando diversas derivações para a distribuição de água potável aos imóveis abastecidos. A importância da rede de distribuição deve-se a duas características de grande relevância a ela associadas, quais sejam: característica de garantir, como derradeira unidade do sistema de abastecimento de água, que a água produzida e veiculada pelas unidades anteriores chegue até os seus consumidores finais sem a deterioração de sua qualidade e com a quantidade, pressão e continuidade estabelecidas pela boa técnica e pelas normas oficiais aplicáveis; característica de constituir-se, geralmente, na mais extensa unidade do sistema, responsável, em geral, por mais de 50% do seu custo de implantação. Uma rede de distribuição mal projetada ou mal operada é permanente fonte de problemas, mormente no que tange a perdas de água, ao comprometimento da qualidade da água e a reclamações dos usuários”. HELLER, Léo; PÁDUA, Valter Lúcio de (org.). **Abastecimento de água para consumo humano**. Volume II. 2ª ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2010, p. 615.



desequilibrar os contratos vigentes e prejudicar a evolução de todo o sistema.

2. Conceito de Esgotamento Sanitário

O setor de esgotamento sanitário, o que já se disse outras vezes, é geralmente tratado em conjunto com o setor de abastecimento de água potável, como se observa nos textos internacionais. Na perspectiva do direito interno, este serviço está abrangido pelo conceito de saneamento básico, ou seja, se deve extrair do art. 3º, inciso I, alínea “b”, da referida Lei Federal n. 11.445/2007, o significado de esgotamento sanitário:

*Art. 3º Para fins do disposto nesta Lei, considera-se: I - saneamento básico: conjunto de serviços públicos, infraestruturas e instalações operacionais de: [...] b) **esgotamento sanitário**: constituído pelas atividades e pela disponibilização e manutenção de infraestruturas e instalações operacionais necessárias à coleta, ao transporte, ao tratamento e à disposição final adequados dos esgotos sanitários, desde as ligações prediais até sua destinação final para produção de água de reúso ou seu lançamento de forma adequada no meio ambiente; (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020) [grifamos].*

A análise do conceito apresentado pela norma legal permite identificar o esgotamento sanitário como uma continuação/decorrência do serviço de fornecimento de água. Se o serviço de abastecimento de água acaba com a ligação predial, o serviço de esgotamento sanitário vai justamente da ligação predial para seguir até o seu lançamento de forma ambientalmente adequada (NBR n. 9.648:1986, ABNT). Aqui, da mesma maneira, existindo a rede disponível, cobra-se do usuário, ou como política pública do Estado, um esforço pela conexão.

É o esgoto sanitário o “[...] despejo líquido constituído de esgoto doméstico e industrial, água de infiltração e a contribuição pluvial parasitária” (NBR n. 9.648:1986, ABNT). Enquanto o esgoto doméstico é o “[...] despejo líquido resultante do uso da água para higiene e necessidades fisiológicas humanas”. O esgoto industrial, por sua vez, é o “[...] despejo líquido resultante de processos industriais, respeitados os padrões de lançamentos estabelecidos” (NBR n. 9.648:1986, ABNT). Em outras palavras:

Entende-se inicialmente por esgoto urbano a água com impureza de características orgânicas. Já a água residual industrial altera as suas características conforme os produtos usados nos diversos processos, devendo ser considerado ainda os padrões de lançamento. Estas denominações podem variar de acordo com o número de habitantes servidos, hábitos locais, característica econômica do centro urbano, educação, comportamento e conscientização popular.²²

A partir da rede coletora, passando pelo poço de visita, o coletor tronco, a estação elevatória, o emissário de recalque, a estação de tratamento de esgoto (ETE), a desinfecção e a disposição para o corpo receptor, completa-se efetivamente um fluxo inverso em relação ao serviço de abastecimento de água potável.

Para o processo se iniciar, depende-se da ligação predial, o que sempre foi uma barreira importante para o aumento dos índices de coleta, tratamento e faturamento em relação ao serviço efetivamente prestado ou posto à disposição. Seja pela utilização de *sistemas unitários* (coleta, transporta, condiciona e encaminha conjuntamente esgoto sanitário e água pluviais), seja *separador absoluto* (coleta, transporta, condiciona e encaminha exclusivamente esgoto sanitário), conforme características locais, existe uma obrigação legal de prestação deste serviço.

Na verdade, o esgoto sanitário compreende o esgoto doméstico, o esgoto industrial, a água de infiltração e a contribuição pluvial parasitária (NBR n. 9.648:1986, ABNT). Como o esgoto doméstico tem relação direta com água do serviço de abastecimento, sua medida decorre da quantidade de água consumida. Nessa lógica, quando maior o consumo de água, mas diluído será o esgoto, ou seja, maiores serão as vazões, com implicações no dimensionamento dos sistemas — projetando-se também o futuro e o aumento provável do grau de utilização da infraestrutura.

Recentemente, a Aegea Saneamento venceu a concorrência pública internacional 2022/002 promovida pela Companhia de Água e Esgoto do Ceará (Cagece, que abrange 152 municípios), reunindo 24 municípios do Ceará para a prestação de serviços de esgoto. A mesma empresa já atuava no Crato, também Ceará. Com a vitória em dois blocos, a Aegea tem agora a concessão para a

22 COSTA, Regina Helena Pacca Guimarães. Esgoto. In: TELLES, Dirceu D'Alkimin e COSTA, Regina Helena Pacca Guimarães. **Reúso da Água**: conceitos, teorias e práticas. 2ª ed. São Paulo: Blucher, 2010, p. 41.

prestação do serviço de esgoto nas seguintes regiões cearenses: Bloco 1, composta por 17 municípios da Região Metropolitana de Fortaleza/Sul e da Região Metropolitana do Cariri; e Bloco 2, formado por 7 municípios da Região Metropolitana de Fortaleza/Norte, com a capital.

Os contratos no Ceará abrangem a execução de obras de infraestrutura, melhorias, manutenção e operação do sistema de esgotamento sanitário. Na linha do *Novo Marco Legal do Saneamento* Básico, o compromisso é que o serviço de coleta e tratamento de esgoto atinja 90% da população até 2033, e 95% em 2040.

A revitalização de ETE e a construção de novas unidades, a implantação de redes coletoras e interceptadores, a substituição de parte da rede existente, emissários e estações elevatórias, segundo cronograma estabelecido, integram o conjunto de direitos e deveres contratuais que permitirão as entregas contratadas. No Estado, a regionalização foi feita em 2021 pelo Governo do Estado, com a divisão do território em três microrregiões de água e esgoto (a Oeste, a Centro-Norte e a Centro-Sul).

Dentro deste projeto, a negociação dos débitos, a instalação e a substituição de hidrômetros, e o cadastramento da população de baixa renda na tarifa social também são movimentos para viabilizar uma operação sustentável do serviço de coleta e tratamento de esgoto nas localidades cobertas pela concessionária.

Pelo caminho da inovação, com melhorias incrementais ou disruptivas, com ou sem o uso de tecnologia, espera-se, de maneira geral, uma evolução na política pública, na linha de uma universalização com qualidade. Respeitando uma coerência com as diretrizes gerais e os princípios específicos válidos para o setor, deve-se realmente priorizar as áreas de periferia, mesmo em casos de ocupação não consolidada, quando maior é a vulnerabilidade social, o que se observa nos assentamentos irregulares e nas zonas de difícil acesso²³. Para esses contextos, respostas não convencionais oferecem

23 Tradicionalmente, “[...] banheiros privativos nas casas, ligados à rede de esgoto e geridos por uma empresa formal de serviços públicos são frequentemente apresentados como o padrão de excelência para o saneamento. [...] Sistemas canalizados geralmente garantem acessibilidade física, aceitabilidade e conveniência para o usuário, qualidade e privacidade. Os benefícios para a saúde da ligação a uma rede de esgotos são claros, pois as fezes e as águas residuais são transportadas para longe do domicílio de uma forma a evitar o contato humano. [...] A construção de tais sistemas pode ser tecnicamente difícil na parte interna e no entorno de prédios e infraestruturas existentes onde os assentamentos urbanos não tenham

resultados melhores, seja por contratos de performance, PPPs, concessões comuns, seja privatizações das estruturas públicas. São as características locais que definem a estrutura mais adequada para um projeto de investimento direcionado que ofereça soluções coletivas ou individuais para o serviço de esgotamento sanitário.

2.1 Etapas do Esgotamento Sanitário

Quanto à estrutura de redação da norma, percebe-se que, diferentemente do conceito de abastecimento de água potável, o conceito de esgotamento sanitário é mais detalhado. Há a previsão de que esse serviço abranja coleta, transporte, tratamento e disposição final ambientalmente adequada. Além disso, é oportuno esclarecer que o serviço pressupõe a disponibilização e manutenção da infraestrutura e a operação necessária para prestar o serviço adequadamente.

O esgoto propriamente dito é tradicionalmente composto por 99,9% de água e apenas 0,1% de materiais sólidos²⁴ (sólidos grosseiros, areia, sólidos sedimentáveis, sólidos dissolvidos). Esse esgoto pode ser oriundo da lavagem de roupa e louça, da higiene pessoal, da limpeza de ambientes ou de outras fontes que tornam água imprópria para consumo. Estima-se, ainda, que 80% da água captada em ambientes naturais e fornecida pela rede de abastecimento de água potável, acaba por se tornar esgoto, após o uso doméstico²⁵.

Em uma situação ideal, toda essa água que se transforma em esgoto precisa ser coletada. Essa coleta começa pelas ligações prediais para depois ser transportada por tubulações subterrâneas,

sido adequadamente planejados, tal como na maioria dos assentamentos informais. Em muitos países em desenvolvimento, a rede de esgotos está disponível apenas em áreas de renda média e alta. [...] Mesmo onde existe um sistema de saneamento e todos os residentes possam ter uma ligação ao sistema, inclusive em assentamentos informais, as taxas de ligação podem impedir que os lares mais pobres façam uso desse serviço, a menos que mecanismos apropriados para garantir a acessibilidade econômica sejam implementados". Aqui um exemplo típico de dificuldades relacionadas ao tema da acessibilidade econômica. HELLER, Léo. **Os Direitos Humanos à Água e ao Saneamento**, Rio de Janeiro: Fiocruz, 2022, p. 135.

24 SISTEMA NACIONAL DE INFORMAÇÃO SOBRE SANEAMENTO (SNIS). **Diagnóstico dos Serviços de Água e Esgoto 2022**. Brasília, dez. 2023. Disponível em: <https://www.gov.br/cidades/pt-br/aceso-a-informacao/acoes-e-programas/saneamento/snis/produtos-do-snis/diagnosticos-snis> Acesso em: 19 fev. 2024.

25 Ibidem.

em direção às ETEs. Nessa chegada dos materiais às ETEs há, normalmente, um sistema de gradeamento, que separa os materiais mais grosseiros, os resíduos sólidos, do restante dos materiais. A estação de bombeamento ou estação elevatória de esgoto surgirá como ferramenta necessária conforme a geografia da região (NBR n. 12.208:2020, ABNT).

O processo seguinte é o de tratamento. Essa etapa ocorre no interior das ETEs e objetiva separar a água dos resíduos sólidos. Nesse ponto, são realizados processos químicos e físicos, que removem materiais indesejados, microrganismos patogênicos e resíduos em geral. Esse serviço também se desenvolve em etapas que progressivamente alcançam maior nível de especificidade: depois de retirar os materiais suspensos trata-se quimicamente de poluentes específicos.

Os sólidos em suspensão, os sólidos flutuantes, a matéria orgânica biodegradável, os patogênicos, os nutrientes, os compostos não biodegradáveis, os metais pesados e os sólidos inorgânicos dissolvidos são os poluentes encontrados nos corpos d'água. Em outras palavras:

[...] o principal objetivo do serviço de esgotamento sanitário é impedir o contato dos despejos (resíduos e dejetos humanos) com a população, com a água de abastecimento e irrigação de alimentos, inibindo vetores patogênicos e reduzindo custos médico-hospitalares, além de controlar a poluição e manter o ambiente sustentável. Há soluções para a retirada do esgoto e dejetos ainda que o fornecimento de água não seja canalizado. A ausência de tratamento de água contribui para a proliferação de doenças parasitárias e infecciosas, além da degradação da reserva hídrica. A destinação adequada do esgoto é essencial para a saúde pública.²⁶

A capacidade dos ecossistemas de continuamente produzirem recursos naturais deve ser comparada com o compromisso de regenerar resíduos e rejeitos que são depositados de maneiras ambientalmente incorretas (biocapacidade). No cenário atual extrai-se um resultado negativo dessa equação. Por outro lado, aceitar a tese de uma economia de não crescimento, como forma

26 COSTA, Regina Helena Pacca Guimarães. Costa. Esgoto. In: TELLES, Dirceu D'Alckmin; COSTA, Regina Helena Pacca Guimarães. **Reúso da Água: conceitos teorias e práticas**. 2ª ed. São Paulo: Blucher, 2010, p. 46.

de controlar este desequilíbrio, pode soar irreal para países que ambicionam resolver o problema da desigualdade com desenvolvimento econômico. Por isso, reconhece-se uma tensão ainda não resolvida entre economia e ecologia, na medida em que ambas tentam encontrar um espaço de convivência por dentro do conceito de desenvolvimento sustentável.

No final do processo, o esgoto tratado poderá retornar aos corpos hídricos naturais, comprovando-se os padrões estabelecidos em normativas ambientais, como as do Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA). Infelizmente, é comum observar-se o desvio do sistema de coleta e tratamento de esgoto quando ocorrem ligações ou lançamentos irregulares na estrutura de drenagem e manejo e águas pluviais. Desse modo, defende-se o aprimoramento da política pública de drenagem urbana e manejo de águas pluviais, que passa necessariamente pelo planejamento contínuo da prestação do serviço pelos Municípios e pelo desenvolvimento de modelos de contratação mais adequados para o saneamento básico, privilegiando-se o contrato de concessão, como determina o art. 10 da Lei Federal n. 11.445/2007²⁷.

Em alguns casos, pode-se organizar a transição do sistema unitário para o separador absoluto com estratégias que tornem esse processo mais controlado. Como medida que pode ser avaliada para minimizar os riscos de extravasamento na rede, a captação em tempo seco pode criar condições adequadas para o sistema unitário tornar-se mais funcional, enquanto se avança no processo de universalização das redes separadoras absolutas. A captação em tempo seco (sistema de coleta suplementar) intercepta e direciona para as ETEs a carga orgânica, diminuindo o stress do sistema e garantindo um funcionamento mais estável do modelo unitário, enquanto os municípios não atingirem estágios melhores para esta modalidade de serviço público. Ainda que existam alguns exemplos nesse sentido, reconhece-se que o debate não está concluído.

Na experiência brasileira, o clima tropical e o regime de chuvas não comporta o sistema unitário para cidades de maior

27 "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)".

densidade populacional. Mas, de qualquer maneira, o investimento inicial obrigatório para colocar em prática a captação de tempo seco continua tendo utilidade, mesmo quando implantado o sistema separador absoluto, na medida em que continuará coletando e tratando os poluentes originados por fontes difusas incorretamente direcionados para a rede de drenagem e águas pluviais.

3. Conexão à Rede de Infraestrutura Pública

É preciso destacar, contudo, que há um hiato significativo entre o volume de esgoto coletado e, portanto, lançado das residências para a rede coletora, e o volume de esgoto efetivamente tratado. Em outras palavras, como é sabido, no cenário atual, nem todo esgoto que entra na rede coletora passa por ETEs, de modo que o desafio da universalização dos serviços de esgotamento sanitário é duplo.

É preciso ampliar com urgência a capacidade da rede para coletar o esgoto, e no momento seguinte, universalizar a infraestrutura que permite o tratamento dos materiais. Mesmo assim, não basta a existência de equipamento público, sendo necessário uma atuação efetiva do Estado para que o ciclo se complete. É preciso vencer a resistência dos consumidores de conectar-se à rede, o que é enfrentado diretamente pela Lei Federal n. 11.445/2007, art. 45, § 4º, 5º, 6º e 7º, não apenas prevendo a cobrança pela disponibilidade, mas tornando obrigatório proceder a conexão, como será explicado detalhadamente em momento oportuno.

A existência de redes ociosas não é um problema brasileiro, mas algo que se repete em outros países, implicando em ineficiência e perda de recursos em sentido amplo. A busca por maior eficiência, operacional e econômica, pode permitir embarcar rotas de inovação nos processos construtivos. Na instalação de redes de água e esgoto, existem iniciativas no sentido de ampliar o uso de métodos não destrutivos, o que resolve em grande parte os conflitos dos operadores públicos ou privados com as autoridades municipais. Contudo, é bom que se diga, no Brasil o que predomina é o uso do método destrutivo (abertura de trincheiras para a colocação dos tubos, reaterro e compactação das valas).

Quanto à essa necessidade de participação comunitária para viabilizar o avanço da cobertura da rede de esgoto, deve haver um empenho no sentido da conscientização social. Isso porque é

necessária a licença da comunidade afetada para que seja possível a realização das obras de ligação. A melhor coordenação entre obras de saneamento, de ampliação ou correção, e os investimentos feitos com recursos municipais em calçamento, asfalto e recalpeamento, por óbvio, também deve envolver as autoridades municipais, sob pena de perda de recursos públicos.

Isso só ocorre se for desenvolvida uma relação de confiança entre prestador, autoridades públicas e usuários, inclusive quanto aos eventuais custos da instalação e do próprio serviço. No ponto, as companhias de saneamento básico deverão desenvolver programas educacionais/pedagógicos para estimular a conexão dos consumidores ao sistema de esgotamento sanitário. Por isso, projetos como o “Se Liga na Rede”²⁸, da Sabesp, tem o mérito de fazer avançar a cobertura em regiões de população de baixa renda justamente por utilizar moradores da região como intermediários e agentes de sensibilização, capazes de dar maior confiabilidade às ações da companhia.

Busca-se a sensibilização e o posterior engajamento da população afetada, que opta por aderir ao programa ao identificar os potenciais ganhos individuais ao acessar bons serviços de saneamento básico. Seja pela existência de banheiros privativos nas casas ligados à rede de esgoto, banheiros públicos ou compartilhados por algumas famílias, tem-se um aprimoramento da política pública, especialmente quando se compara com as comunidades que não tem, mesmo nas formas coletivas, tal infraestrutura à disposição.²⁹

28 Com o objetivo de avançar no sentido da ampliação das ligações residenciais às redes de esgoto, a Sabesp criou, no Estado de São Paulo, o Programa “Se Liga Na Rede”. O projeto contrata um morador da região focalizada para ativamente conscientizar moradores em suas casas sobre os benefícios da ligação à rede de esgoto. A partir da concordância do morador, há o agendamento de visita técnica, realizada gratuitamente, por equipe da Sabesp. O foco do Programa é vincular residência de população em baixa renda à rede, permitindo a ampliação da cobertura do serviço para as parcelas mais marginalizadas. O serviço, que pode ser agendado até mesmo por telefone, já existe desde o início dos anos 2010, beneficiou milhares de família e tem atuação em diferentes regiões do estado.

29 Para entender-se melhor a realidade, “[...] o saneamento compartilhado por algumas casas em que todos os moradores se conhecem e a manutenção e a limpeza são compartilhadas é uma forma comum de acesso em muitos países, especialmente na África Subsaariana [...]”. Se vale a comparação, “[...] latrinas públicas ou comunitárias têm menor probabilidade de serem bem geridas do que latrinas compartilhadas por um grupo específico. Elas também tendem a estar localizadas a uma distância maior da casa, o que suscita preocupações em termos

Evitar o lançamento de esgotos não tratados diretamente nos rios e córregos e impedir a utilização da infraestrutura voltada para o serviço de drenagem e o manejo de águas pluviais de forma irregular é também parte das entregas que estão endereçadas para os operadores do sistema. A recuperação de rios³⁰ e córregos³¹, por intervenção específica dos operadores, públicos ou privados, ou a ampliação do número de economias ligadas na rede voltada para a coleta e o tratamento de esgoto, integram o conjunto de ações voltadas para a melhoria desta política pública.

Conforme já dito, o serviço de esgotamento sanitário no Brasil foi o que menos avançou desde o Planasa. Entendendo a realidade a partir dos números, apenas 56% da população brasileira tem acesso às redes públicas de esgoto. No mesmo sentido, apenas 52,2% do total de esgoto gerado pelos brasileiros é tratado.³²

Esses dados também podem ser analisados pelo recorte da desigualdade regional uma vez que o Sudeste é exemplo de prestação, com 80,9% da população total atendida com rede de esgoto, contrastando com os 14,7% de atendimento na Região Norte³³.

No Paraná, Região Sul, aproximadamente 96% da população total recebe água tratada, enquanto 76,3% é alcançada pela coleta e tratamento de esgoto, o que sugere a viabilidade de universalizar os serviços de saneamento até 2033. Na Região Metropolitana de Porto Alegre (RMPA), no Rio Grande do Sul, a Aegea/Metrosul assumiu uma PPP dos serviços de coleta e tratamento no ano de 2020

de qualidade, higiene e acessibilidade física. [...] As opções de saneamento comunitário ou compartilhado, especialmente entre muitas famílias, nunca devem ser vistas como uma solução adequada de longo prazo". HELLER, Léo. **Os Direitos Humanos à Água e ao Saneamento**, Rio de Janeiro: Fiocruz, 2022, p. 137.

30 Em São Paulo, o Projeto Tietê, de revitalização do maior rio do Estado, é um exemplo dos desafios envolvendo processos de recuperação de ambientes degradados. O Projeto, criado em 1992, mostrou inúmeros avanços ao longo dos anos, em especial pelo enfoque no tratamento de esgoto direcionados ao Rio, mas ainda não foi capaz de concretizar a recuperação integral do Tietê.

31 A Sabesp, em parceria com o Governo do Estado de São Paulo e a Prefeitura da capital paulista, criou o Programa Córrego Limpo, que tem o objetivo específico de recuperar a qualidade da água em córregos urbanos da Cidade de São Paulo. Esse projeto tem por objetivo o melhoramento do espaço urbano circundante aos córregos, uma vez que sua recuperação permite a criação associada de parques nas margens, ampliando espaços de convívio.

32 SISTEMA NACIONAL DE INFORMAÇÃO SOBRE SANEAMENTO (SNIS). **Diagnóstico dos Serviços de Água e Esgoto 2022**. Brasília, dez. 2023. Disponível em: <http://www.snis.gov.br/diagnosticos>. Acesso em: 19 fev. 2024.

33 Ibidem.

abrangendo 9 municípios (Gravataí, Cachoeirinha, Guaíba, Eldorado do Sul, Viamão, Alvorada, Sapucaia do Sul, Esteio e Canoas). Em trabalho publicado no início de 2021, com base nos dados oficiais, o Instituto Trata Brasil trouxe o seguinte diagnóstico para a região:

O problema maior do sistema de saneamento da região atendida pelo Metrosul foi, contudo, o déficit a falta de coleta do esgoto. Em 2019, apenas 26,8% da população dessas cidades morava em casas com coleta e tratamento de esgoto e do total de esgoto gerado (111 milhões de m³), apenas 18,3% recebia tratamento antes de retornar ao meio ambiente. O restante do esgoto gerado não recebia qualquer tipo de tratamento. Nesse sentido, a coleta realizada nesses locais constitui um sistema de simples afastamento do esgoto das residências. Vale observar que o volume de esgoto tratado na RMPA representou apenas 28,8% do total da água consumida na região, o que indica que quase grande parte da água consumida pelas residências acaba voltando ao meio ambiente sem qualquer tipo de tratamento. Assim, o déficit de tratamento de esgoto chegou a 71,2% em 2019[...].³⁴

Nesse sentido, o estudo conclui que:

[...] O impacto ambiental é, portanto, imenso e maior ainda do que revelam os dados de coleta de esgoto da RMPA. As bacias hidrográficas da região recebem uma carga estimada de mais de 200 milhões de m³ por ano de água poluída, apenas de esgoto residencial não tratado. Diariamente são despejados nos córregos e rios que cortam a Região Metropolitana de Porto Alegre mais de 550 bilhões de litros de água suja.³⁵⁻³⁶

34 INSTITUTO TRATA BRASIL. **Benefícios Econômicos da Expansão do Saneamento nas Cidades Atendidas pela Metrosul**. EX ANTE Consultoria Econômica. Fevereiro de 2021.

35 Ibidem.

36 Avaliando os ganhos diretos e indiretos da coletividade quando se investe em saneamento, o Instituto Trata Brasil, neste estudo lembra que “[...] a expansão do saneamento implica a realização de investimentos em construção civil volumosos, os quais têm efeitos econômicos expressivos nas áreas em que as obras são realizadas e durante o período de sua realização. A instalação de um sistema de saneamento numa cidade inclui obras de construção de redes de distribuição de água, de redes de coleta de esgoto e de estações de captação e tratamento de água e de estações de tratamento de efluentes. Os investimentos em obras de saneamento criam empregos e expandem a renda da economia. Em termos conceituais, esses impactos são classificados como diretos, indiretos e induzidos”. A realização da obra, a compra de materiais e a contratação de serviços e a renda do trabalhador que volta para o mercado na forma de consumo podem ser

É possível compreender como o campo de abrangência do serviço de esgotamento sanitário é fortemente relacionado com o tema do abastecimento de água potável (NBR/ISO n. 24.512:2012, ABNT); é por esse fato que o debate internacional sobre a matéria comumente ocorre de forma coligada, o que foi apresentado em capítulos anteriores.

Porém, diante dos desafios impostos pelas metas estabelecidas no *Novo Marco Legal do Saneamento*, é importante uma atenção para esse aspecto da política pública, considerando que existe uma diferença na comparação entre as entregas que foram feitas no serviço de abastecimento de água e o déficit diagnosticado na infraestrutura de coleta e tratamento do esgoto.

Também nesse serviço, observa-se pontos de conexão com as demais atividades que compreendem todo o serviço de saneamento básico. A remoção de ocupações irregulares nas faixas ribeirinhas não apenas permite as variações de volume de água nos rios e córregos de regime pluvial sem impactos para essas comunidades, um aspecto do serviço de drenagem, como também facilita intervenções do poder público no sentido de executar obras que ampliem ou qualifiquem a infraestrutura de esgotamento.

3.1 Obrigação de Conexão

Há uma obrigatoriedade da conexão dos usuários dos serviços à infraestrutura pública de abastecimento de água e de coleta e tratamento de esgoto. No ponto, destaca-se o *caput* do art. 45 da Lei Federal 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

enquadradas nas classificações anteriores. Além disso, “[...] uma vez concluídas as obras de saneamento, há a expansão das operações de saneamento que gera empregos diretos, indiretos e induzidos. A renda gerada também segue essa classificação: há a renda direta, a qual é gerada e distribuída dentro dos operadores de saneamento; há a renda indireta gerada na cadeia produtiva do setor, a qual é formada por fornecedores de matérias primas e serviços às operadoras de saneamento; e há, por fim, a renda induzida, que é sustentada pelos salários pagos pelos operadores de saneamento aos seus funcionários e pelos fornecedores da cadeia a seus colaboradores”. INSTITUTO TRATA BRASIL. **Benefícios Econômicos e Sociais da Expansão do Saneamento no Brasil**. Março de 2017, p. 19 a 21.

disponibilização e da manutenção da infraestrutura e do uso desses serviços (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020).

Como se depreende do dispositivo acima transcrito, há a obrigação de toda edificação urbana de conexão às redes públicas de abastecimento de água e de coleta e tratamento de esgoto, essa devendo, como contrapartida, o pagamento de taxas, tarifas e outros preços públicos, para fins de sustentabilidade econômico-financeira da prestação dos serviços (art. 29, inciso I da Lei Federal n. 11.445/2007³⁷).

Cumpra destacar, ainda, que os §§ 1º e 2º do art. 45³⁸ dispõem que só serão admitidas soluções individualizadas na ausência de rede pública disponível, e que a instalação predial ligada à rede pública não poderá ser alimentada por outras fontes de abastecimento hídrico. Nessa esteira, para garantir a conexão dos usuários do serviço público aos sistemas coletivos de infraestrutura, o art. 45 da Lei Federal n. 11.445/2007 estabeleceu medidas graduais de coerção e, em última *ratio*, a conexão compulsória, para que esses cumpram com a referida obrigação:

1º) o § 4º do art. 45 da Lei Federal n. 11.445/2007 determina a cobrança pela disponibilização da infraestrutura, independentemente da efetiva ligação predial à rede pública, na forma do § 4º do art. 45 da Lei n. 11.445/2007³⁹;

37 "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: (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020) I - de abastecimento de água e esgotamento sanitário, na forma de taxas, tarifas e outros preços públicos, que poderão ser estabelecidos para cada um dos serviços ou para ambos, conjuntamente; (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020)".

38 "Art. 45 [...] § 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.

39 Art. 45. [...] § 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).



2º) o sancionamento pecuniário do usuário que não realizar a ligação predial, consoante § 5º do art. 45 da Lei n. 11.445/2007⁴⁰;

3º) a ligação compulsória realizada pelo prestador do serviço mediante cobrança do usuário que não se conectar à rede pública, nos termos do § 6º do art. 45 da Lei n. 11.445/2007⁴¹.

Essa lógica é aplicável para todas as edificações que possuem rede pública disponível, sejam essas residenciais ou comerciais, individualmente ou em condomínios.

Em relação às edificações comerciais e aos condomínios, o art. 45, § 11º da Lei Federal n. 11.445/2007 dispõe sobre a possibilidade de edificações para uso não residencial ou condomínios⁴² de se utilizarem de fontes alternativas — águas subterrâneas, de reúso ou pluviais —, condicionadas à autorização administrativa pelo órgão competente, bem como ao pagamento pelo uso dos recursos. Atenta-se para o aludido dispositivo legal:

*Art. 45 [...] § 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 reúso ou pluviais**, desde que autorizados pelo órgão gestor competente e que promovam o pagamento pelo uso de recursos hídricos, quando devido [grifamos].*

Ponto destacado da regra é a referência ao termo “*abastecimento de água*”, com a posterior citação às fontes alternativas, incluindo-se a água de reúso. Isso porque não se pode confundir abastecimento de água com consumo humano⁴³: o abastecimento

40 Art. 45. [...] § 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. (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020)

41 Art. 45. [...] § 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)

42 Na forma da Lei Federal n. 4.591/1964.

43 “Art. 5º I - água para consumo humano: água potável destinada à ingestão, preparação de alimentos e à higiene pessoal, independentemente da sua origem;”. BRASIL. União Federal. Ministério da Saúde. **PORTARIA GM/MS Nº 888, DE 4 DE MAIO DE 2021**. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-gm/ms-n-888-de-4-de-maio-de-2021-318461562>. Acesso em: 05 set. 2023.

de água supre a demanda do recurso para diferentes finalidades, contemplando-se o uso na indústria, na limpeza geral, na irrigação e no consumo humano. O que deve ficar esclarecido nessa discussão é que o abastecimento de água é utilizado para diferentes fins, inclusive para atividades que não exigem água potável.

Aliás, a menção à água de reúso⁴⁴ evidencia a amplitude do dispositivo, uma vez que tal recurso, por motivos de saúde pública, não é utilizado para consumo humano, mas para finalidades consideradas “*menos nobres*”, como aduz Regina Helena Pacca G. Costa:

Por motivos de segurança à saúde pública, esse esgoto deve ser reutilizado para os chamados “fins menos nobres”, ou seja, que não exigem qualidade de água potável, tais como irrigação dos jardins, lavagem de pisos e dos veículos automotivos, na descarga dos vasos sanitários, na manutenção paisagística dos lagos e canais com água, na irrigação dos campos agrícolas, pastagens, etc. [grifamos].

O que se pretende esclarecer é o fato de que o uso das fontes alternativas, muitas vezes, não suprirá toda a demanda de abastecimento de água existente, sobretudo porque não se observa as condições para o consumo humano do recurso hídrico, por critérios de potabilidade. Justamente nesse ponto é que se fala na autorização administrativa para soluções individualizadas, ato que define os limites administrativos para a utilização dos recursos hídricos⁴⁵.

44 Nas palavras de Regina Helena Pacca G. Costa: “Pode-se entender o reúso como o aproveitamento do efluente após uma extensão de seu tratamento, com ou sem investimentos adicionais. Nem todo o volume de esgoto gerado precisa ser tratado para ser reutilizado, porém existem casos em que estes efluentes exigem um processo bastante específico de purificação. Essas especificações devem sempre respeitar o princípio de adequação da qualidade da água à sua utilização, devendo-se sempre observar uma série de providências e cuidados [...]”. COSTA, Regina Helena Pacca Guimarães. Reúso. In: TELLES, Dirceu D’Alckmin. COSTA, Regina Helena Pacca Guimarães. **Reúso da Água: conceitos teorias e práticas**. 2ª ed. São Paulo: Blucher, 2010, p. 153.

45 No Estado do Rio Grande do Sul, por exemplo, as leis estaduais convergem para o mesmo entendimento presente no Marco Legal do Saneamento, em que, havendo a disponibilidade de rede pública, torna-se obrigatória a ligação à rede. Nessa lógica, o Decreto Estadual n. 23.430/1974 impede o uso de fontes alternativas abastecimento de água para o consumo humano quando haja disponibilidade de rede pública. Assim, na presença de infraestrutura pública de abastecimento de água, a utilização dos poços de captação de água subterrânea é reservada apenas para fins industriais ou para uso em floricultura e agricultura (arts. 87 e 96 do Decreto Estadual n. 23.430/1974).

De qualquer forma, é preciso dizer que há obrigação de conexão à rede pública, tanto que o art. 45, § 12º da Lei Federal n. 11.445/2007 exige, mesmo na hipótese do § 11º do art. 45, a instalação de “*medidor para contabilizar o seu consumo*”⁴⁶. Especificamente aos condomínios, o art. 18-A da Lei Federal n. 11.445/2007⁴⁷ determina que é obrigação da concessionária disponibilizar rede de infraestrutura até os pontos de conexão necessários à implantação dos serviços. De outro lado, como se destacou anteriormente, as autoridades públicas municipais e os operadores, empresas privadas ou estatais, precisam compartilhar os seus planejamentos, sob pena de recursos empregados em asfalto entrarem em contradição com obras de melhoria ou expansão de rede. Este é uma reclamação constante dos Prefeitos, na sua relação com os operadores do setor de saneamento. Para as empresas privadas que estão assumindo a base de contratos de companhias estaduais pode existir um passivo com os municípios não abordado (e calculado) pelas modelagens.

Diante disso, os pontos principais para os quais se atribui destaque neste tópico são os seguintes: (i) em edificações (residenciais, comerciais, individuais ou condominiais) com acesso à infraestrutura pública, há obrigação de conexão aos sistemas de saneamento básico e pagamento de tarifas, taxas e demais preços públicos vinculados⁴⁸; (ii) a Lei Federal n. 11.445/2007 prevê

46 “Art. 45 [...] § 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)”.

47 “Art. 18-A. O prestador dos serviços públicos de saneamento básico deve disponibilizar infraestrutura de rede até os respectivos pontos de conexão necessários à implantação dos serviços nas edificações e nas unidades imobiliárias decorrentes de incorporação imobiliária e de parcelamento de solo urbano (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020)”.

48 “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. I - Trata-se, na origem, de ação ordinária julgada improcedente, na qual se objetivou a outorga e a autorização para a utilização de poço artesiano para o consumo humano de água subterrânea. Em apelação, acolheu-se em parte o pedido para o prosseguimento do procedimento administrativo, a fim de que se verificasse o cumprimento dos demais requisitos por parte da autora, ora recorrida. II - Não há violação ao artigo 535 do CPC/73 quando o Tribunal de origem,

medidas coercitivas para o cumprimento da obrigação, tais como a cobrança pela disponibilidade da infraestrutura, o sancionamento pecuniário para quem não se conecta à rede e, por fim, a realização da ligação de forma compulsória, com a devida cobrança do usuário; e (iii) a utilização de fontes alternativas em condomínios e edificações comerciais ou não residenciais está condicionada à autorização do órgão competente, nos limites da outorga hídrica.

4. Outorga de Recursos Hídricos em Unidades Consumidoras

A principal fonte alternativa de abastecimento de água é a exploração de recursos hídricos subterrâneos, cuja regulamentação é também de competência dos Estados-membros. Para isso, utilizam de sua competência concorrente de “*defesa dos recursos naturais*” (art. 24, inciso VI da Constituição Federal⁴⁹) e de sua competência comum para “*proteger o meio ambiente*” (art. 23, inciso VI da Constituição Federal⁵⁰), no sentido de estabelecer regras específicas ao uso de fontes alternativas para abastecimento de água, sem prejuízo da competência privativa da União Federal de legislar sobre águas (art. 22, inciso IV da Constituição Federal⁵¹).

ao apreciar a demanda, manifestou-se sobre todas as questões pertinentes à litis contestatio, fundamentando seu proceder de acordo com os fatos apresentados e com a interpretação dos regramentos legais que entendeu aplicáveis, demonstrando as razões de seu convencimento. III - 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 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. IV - **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.** V - Recurso especial provido para julgar improcedente o pedido formulado pela recorrida na petição inicial da demanda. (MINISTRO RELATOR FRANCISCO FALCÃO, DJE: 16 de fevereiro de 2017, RECURSO ESPECIAL Nº 1.345.403 - RS 2012/0197280-0) [grifamos].

- 49 “Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: [...] VI - florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição;”
- 50 “Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: [...] VI - proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas;”
- 51 “Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: [...] IV - águas, energia, informática, telecomunicações e radiodifusão;”



Especificamente sobre a utilização de águas subterrâneas como fonte alternativa de abastecimento, importa referir que essas são bens públicos⁵² de domínio dos Estados-membros, na forma prevista pelo art. 26, inciso I da Constituição Federal⁵³, o que reforça a sua competência de regulador nas hipóteses constitucionais.

Quanto à competência legislativa dos Estados-membros, cita-se os dizeres de Cid Tomanik Pompeu:

*Não há impedimento para que o Estados [...] legislem sobre a gestão das águas do seu domínio, pois, do contrário, ficariam abandonadas. Pode-se até dizer que eles têm o poder-dever de fazê-lo. Com efeito, no poder de polícia atribuído aos Estados, insere-se o de zelar pelos bens e pessoas, em benefício do interesse público, incluídos a saúde, a ordem pública, a segurança e os interesses econômicos e sociais, sendo essa polícia administrativa exercitada por meio da regulamentação, decisões particulares e coerção. Um dos fundamentos para os Estados legislar sobre gestão de águas é o exercício do poder de polícia administrativa sobre os seus bens, a autotutela desses bens.*⁵⁴

A partir disso, os Estados-membros instituem Conselhos Estaduais de Recursos Hídricos (CERH), inseridos na hierarquia administrativa das Secretarias Estaduais de Meio-Ambiente, ou de outras secretarias que acumulam as funções públicas exercidas por essa. Assim, os CERHs têm atribuição de outorgar, em nome do Estado, o direito de uso das águas superficiais e subterrâneas para quaisquer fins e fiscalizar o seu cumprimento, bem como exercer o poder de polícia para fins de sancionamento de usuários de fontes alternativas, regulares ou irregulares, por meio de advertências, multas, embargos administrativos, demolição de obras e, quando cabível, obstrução de poços artesianos. Cada Estado-membro possui legislação

52 "Art. 98. São públicos os bens do domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno; todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem."

"Art. 99. São bens públicos: I - os de uso comum do povo, tais como rios, mares, estradas, ruas e praças;"

53 "Art. 26. Incluem-se entre os bens dos Estados: I - as águas superficiais ou subterrâneas, fluentes, emergentes e em depósito, ressalvadas, neste caso, na forma da lei, as decorrentes de obras da União;"

54 POMPEU, Cid Tomanik. **Direito de Águas no Brasil**. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 51-52.

específica, que detalha prazos de vigência de outorgas, limites de uso de vazão ou de finalidade e critérios para autorização administrativa.

Na linha da obrigação de existência de outorga de recursos hídricos subterrâneos, a art. 12, inciso II da Lei Federal n. 9.433/1997 (Política Nacional de Recursos Hídricos) é claro ao exigir a autorização administrativa para a perfuração de poços e extração de águas subterrâneas, seja para o consumo final ou enquanto insumo de processo produtivo. Veja-se:

Art. 12. Estão sujeitos a outorga pelo Poder Público os direitos dos seguintes usos de recursos hídricos: [...] II - extração de água de aquífero subterrâneo para consumo final ou insumo de processo produtivo;

O fato é que o uso de fontes alternativas de abastecimento de água de forma contínua por usuários dos serviços públicos está condicionado à indispensável outorga de recursos hídricos⁵⁵. A aplicação de sanções pelos CERHs é a medida prevista nas hipóteses de identificação de usuários que se utilizam indevidamente de soluções individualizadas, seja na área de prestação dos serviços públicos, seja fora dela, enquanto extensão da proteção ao meio-ambiente e aos bens públicos.

55 “AMBIENTAL, PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. POÇOS ARTESIANOS. EXPLORAÇÃO. OUTORGA. NECESSIDADE. SÚMULA 83 DO STJ. ANÁLISE DE LEI LOCAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 280 E 282 DO STF, DJe 26/11/2018. [...] 3. Ademais, na mesma linha do que foi decidido no aresto impugnado, **o STJ tem prestigiado o comando normativo da Lei da Política Nacional de Recursos Hídricos (art. 12, II, da Lei n. 9.433/1997), que é claro ao assentar a necessidade de outorga para a extração de água de aquífero subterrâneo.** A propósito: AgInt no AREsp 1.283.045/RS, Rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe 18/10/2018; REsp 1.726.460/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 21/11/2018; AgInt no AREsp 844.078/RS, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe 7/8/2017; AgRg no AREsp 263.253/RS, Rel. Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe 15/6/2015 e AgRg no REsp 1.352.664/RJ, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 20/5/2013. 4. Agravo Interno não provido. (AgInt no AREsp n. 1.472.020/RS, relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 22/10/2019, DJe de 5/11/2019.)” [Grifamos].

4.1 Ato Administrativo de Outorga de Recursos Hídricos

Qualifica-se a outorga de recursos hídricos como “*ato administrativo precário de autorização*”. Inclusive, em atos normativos estaduais recentes⁵⁶, é possível identificar a qualificação expressa da outorga como ato administrativo precário. Nos termos de Maria Sylvia Zanella di Pietro, a autorização administrativa:

[...] é o ato unilateral e discricionário pelo qual o Poder Público faculta ao particular o uso privativo de bem público, a título precário. Pode-se, portanto, definir a autorização administrativa, em sentido amplo, como o ato administrativo unilateral, discricionário e precário pelo qual a Administração faculta ao particular o uso de bem público (autorização de uso), ou a prestação de serviço público (autorização de serviço público), ou desempenho de atividade material, ou prática de ato que, sem esse consentimento, seriam legalmente proibidos (autorização como ato de polícia).⁵⁷

Atenta-se para duas características do ato de outorga de uso da água: a discricionariedade⁵⁸ e a precariedade. A discricionariedade indica que a administração pública deve avaliar a situação concreta e, com base no interesse público, decida pela conveniência e oportunidade da outorga do direito de uso de água, inexistindo, nessa hipótese, obrigação de autorizar o uso do bem público.

A precariedade do ato administrativo possibilita a sua revogação, extinção ou suspensão, sem direito à indenização. Nesse aspecto, cabe mencionar o entendimento do Superior Tribunal de

56 O art. 2º da Resolução n. 15/2023 do CERH do Estado do Amapá define a “Outorga Prévia de Uso dos Recursos Hídricos” como o **ato administrativo precário**, por meio do qual a Secretaria de Meio Ambiente do Estado do Amapá autoriza o uso de recursos hídricos por tempo determinado, “condicionada à disponibilidade hídrica, ao uso sustentável da água e ao cumprimento das normas vigentes sobre o tema”.

57 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 28ª Ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 272.

58 “[...] a lei deixa certa margem de liberdade de decisão diante do caso concreto, de tal modo que a autoridade poderá optar por uma dentre as várias soluções possíveis, todas válidas perante o direito. Nesses casos, o poder da Administração é discricionário, porque a adoção de uma ou outra solução é feita segundo critério de oportunidade, conveniência, justiça, equidade, próprios da autoridade, porque não definidos pelo legislador.” DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 28ª Ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 255.

Justiça⁵⁹⁻⁶⁰, segundo o qual atos administrativos de autorização são precários, passíveis de revogação pela administração pública. Assim, reunindo-se as considerações traçadas sobre o ato administrativo de outorga de uso de recursos hídricos, destaca-se que esse é qualificado como ato unilateral da administração, discricionário e precário, passível de revogação, extinção ou suspensão a qualquer, sem gerar direito adquirido ou direito à indenização – STJ: MS n. 13.758/DF e RMS n. 5.159/RJ.

4.2 Outorga de Recursos Hídricos para Uso Individualizado

Considerando-se a legislação nacional sobre o uso de recursos hídricos em meios alternativos de abastecimento de água, defende-se a utilização da autorização administrativa para o uso de recursos hídricos como exceção, apenas quando não haja disponibilidade de rede pública de abastecimento de água. Como dito, essa é a lógica exposta pelo art. 45 da Lei Federal n. 11.445/2007, segundo a qual todo usuário na área de prestação dos serviços possui a obrigação

59 “ADMINISTRATIVO. AUTORIZAÇÃO PARA EXPLORAR SERVIÇO DE RETRANSMISSÃO DE TELEVISÃO. ATO PRECÁRIO POR DETERMINAÇÃO LEGAL. REVOGAÇÃO. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. 1. Mandado de Segurança impetrado contra a Portaria 366/2008 do Ministro de Estado das Comunicações, que revogou autorização para a Fundação Educacional Tuiuti executar Serviços Especiais de Repetição e Retransmissão Mista de Televisão no Município de Pinhais, outorgada em 1994 com respaldo no Decreto 81.600/1978, que previa expressamente a precariedade do ato. 2. **Não está demonstrada a ilegalidade do ato apontado como coator, tendo em vista que a autorização havia sido concedida sem prazo determinado e em caráter precário, tal como previsto na legislação em vigor. Ademais, a revogação foi justificada, em processo administrativo, pela ausência de adequação da impetrante à condição estabelecida nos decretos subsequentes que regularam a matéria.** 3. A alegada inexistência de ciência prévia à revogação constitui fato controverso nos autos, o que prejudica o direito líquido e certo invocado, sendo inviável a dilação probatória na via mandamental. 4. Segurança denegada. (MS n. 13.758/DF, relator Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, julgado em 14/10/2009, DJe de 22/10/2009).” [Grifamos]

60 “ROMS. ATO ADMINISTRATIVO. TRANSPORTE PÚBLICO. AUTORIZAÇÃO. NATUREZA PRECÁRIA E DISCRICIONÁRIA. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. I - **A autorização é ato unilateral da Administração Pública, de natureza discricionária e precária**, por meio da qual esta consente na prática de determinada atividade individual incidente sobre um bem público. II - **Cabe ao Poder Público decidir discricionariamente sobre a conveniência ou não da revogação do ato autorizado. Não há qualquer direito subjetivo à obtenção ou à continuidade da autorização uma vez que o interesse público se sobrepõe ao interesse particular.** III - Recurso improvido. (RMS n. 5.159/RJ, relatora Ministra Laurita Vaz, Segunda Turma, julgado em 4/9/2001, DJ de 15/10/2001, p. 252).” [Grifamos]

de se conectar à rede de infraestrutura pública de abastecimento de água e de esgotamento sanitário. Essa obrigação é ainda mais relevante em um contexto de ciclo de investimentos e de universalização da cobertura dos serviços.

A universalização dos serviços está condicionada à viabilidade econômico-financeira das operações (art. 29 da Lei Federal n. 11.445/2007⁶¹). Para corroborar esse entendimento, destaca-se que os princípios estabelecidos pelo art. 2º da Lei Federal n. 11.445/2007 orientam a necessidade de cumulação de atividades, sobretudo o princípio da universalidade (art. 2º, inciso I⁶²), integralidade (art. 2º, inciso II⁶³), integração das infraestruturas (art. 2º, inciso XII⁶⁴), da eficiência e da sustentabilidade econômica (art. 2º, inciso VII⁶⁵) e prestação concomitante dos serviços de abastecimento de água e de coleta de tratamento de esgoto (art. 2º, inciso XVI⁶⁶).

Em termos gerais, a universalidade (cobertura da prestação dos serviços) e a integralidade (a prestação do conjunto de atividades em saneamento) exigem escalas econômicas que permitam a obtenção de receitas suficientes e financeiramente rentáveis⁶⁷ — em termos de retorno de investimentos — para serem disponibilizadas aos usuários. É com base nessa lógica que o *Novo Marco do Saneamento Básico* indica que a modalidade de prestação mais

61 "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: (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020) I - de abastecimento de água e esgotamento sanitário, na forma de taxas, tarifas e outros preços públicos, que poderão ser estabelecidos para cada um dos serviços ou para ambos, conjuntamente; (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020)".

62 "art. 2º [...] I - universalização do acesso e efetiva prestação do serviço; (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020)"

63 "Art. 2 [...] II - integralidade, compreendida como o conjunto de atividades e componentes de cada um dos diversos serviços de saneamento que propicie à população o acesso a eles em conformidade com suas necessidades e maximize a eficácia das ações e dos resultados; (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020)"

64 "Art. 2º [...] XII - integração das infraestruturas e dos serviços com a gestão eficiente dos recursos hídricos; (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020)"

65 "Art. 2º [...] VII - eficiência e sustentabilidade econômica;"

66 "Art. 2º [...] XVI - prestação concomitante dos serviços de abastecimento de água e de esgotamento sanitário. (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020)"

67 Na lógica de que a universalização será custeada, também, por investimentos privados decorrentes de contratos de concessão.

apropriada para o atingimento dos princípios da universalidade e da integralidade é a concessão de serviços públicos, nos seus regimes de concessão comum (Lei Federal n. 8.987/1995), concessão patrocinada (Lei Federal n. 11.079/2004) e concessão administrativa (Lei Federal n. 11.079/2004).

Por isso, sustenta-se que os CERHs, na análise dos pedidos de outorga de recursos hídricos, devem privilegiar o princípio da universalização, com base nas diretrizes do Novo Marco Regulatório. Isso significa respeitar a diretriz nacional de primazia da solução coletiva de prestação dos serviços públicos, enquanto instrumento para viabilizar as metas de cobertura do art. 11-B da Lei Federal n. 11.445/2007.

Como consequência, os CERHs têm como papel exercer o poder de polícia para: (i) extinguir outorgas de recursos hídricos vigentes em localidades que possuam disponibilidade da rede pública; (ii) negar outorgas de uso de recursos hídricos em localidades que possuam rede pública; e (iii) determinar o encerramento de poços de captação de água subterrânea que estejam irregulares ou que conflitam com a rede pública. Em tal contexto, a atuação das concessionárias auxiliará na identificação de usuários que se utilizem indevidamente de fontes alternativas de abastecimento de água em detrimento da rede pública disponibilizada⁶⁸.

5. Antecipação de Investimentos por Empreendedores Imobiliários

O *Novo Marco Regulatório do Saneamento Básico* estipulou, de forma expressa, a obrigatoriedade da disponibilização da infraestrutura de saneamento básico necessária para a implantação dos serviços nas edificações e nas unidades imobiliárias decorrentes de incorporação e de parcelamento de solo urbano. Isso é determinado pelo art. 18-A da Lei n. 11.445/2007. Veja-se:

Art. 18-A. O prestador dos serviços públicos de saneamento básico deve disponibilizar infraestrutura de rede até os respectivos pontos de conexão necessários à implantação dos serviços nas edificações e nas unidades imobiliárias decorrentes de incorporação imobiliária e de parcelamento

68 Inclusive, essa é a lógica existente nos recentes contratos de concessão regionalizada dos serviços de saneamento no Estado do Rio de Janeiro e no Estado do Amapá.

de solo urbano. Parágrafo único. A agência reguladora instituirá regras para que empreendedores imobiliários façam investimentos em redes de água e esgoto, identificando as situações nas quais os investimentos representam antecipação de atendimento obrigatório do operador local, fazendo jus ao ressarcimento futuro por parte da concessionária, por critérios de avaliação regulatórios, e aquelas nas quais os investimentos configuram-se como de interesse restrito do empreendedor imobiliário, situação na qual não fará jus ao ressarcimento.

Como se verifica da leitura do dispositivo acima transcrito, a legislação prevê a obrigação de disponibilização de infraestrutura para esse tipo de empreendimento pelo prestador dos serviços, cujos investimentos podem ser adiantados pelos empreendedores e, posteriormente, serem objeto de ressarcimento. Trata-se da hipótese de *"antecipação de investimentos nas redes de água e esgoto pelos empreendedores imobiliários"*.

Em relação ao adiantamento de investimentos, há algumas ressalvas a serem feitas. Primeiro, ressaltar que o estabelecimento dos critérios para a antecipação dos investimentos é de competência da reguladora infranacional (a agência reguladora local), motivo pelo qual as normativas locais dificilmente serão uniformes entre si. Em seguida, destacar que nem todo o investimento realizado em infraestrutura de rede de abastecimento de água e de coleta e tratamento de esgoto pelo empreendedor imobiliário são passíveis de indenização.

Assim, é competência da agência reguladora local estabelecer critérios para a discriminação das hipóteses de antecipação de investimentos que devem ser ressarcidas. Por certo, essa é uma forma de se atribuir maior segurança jurídica para os investimentos realizados pelos próprios usuários do serviço.

Nessa esteira, há dois atos normativos de agências reguladoras infranacionais que podem ser utilizados para explicar situações passíveis de indenização e diferenciá-las daquelas que não podem ser ressarcidas, denominadas pelo parágrafo único do dispositivo ora avaliado como *"de interesse restrito do empreendedor imobiliário"*. Aqui, cabe referenciar a Resolução ARES-PCJ n. 432/2022, que, na regulamentação do art. 18-A da Lei Federal n. 11.445/2007, define o conceito de *"redes de interesse não restrito"* como: *"redes*

projetadas para atender outras economias além daquelas economias localizadas em determinado empreendimento imobiliário" (art. 2º da Resolução ARES-PCJ n. 432/2022).

Logo, o principal critério a ser utilizado para classificar determinado investimento em rede de abastecimento de água e de coleta e tratamento de esgoto é se a infraestrutura executada pelo empreendedor imobiliário será compartilhada com outros usuários, configurada a existência, nesse caso, de *"interesse compartilhado"* (art. 5º Resolução ARES-PCJ n. 432/2022⁶⁹ e art. 5º da Resolução AGERST n. 51/2022⁷⁰).

Por outro lado, as redes de interesse restrito ao empreendimento imobiliário não são passíveis de indenização, listando-se as seguintes hipóteses excluídas do direito ao ressarcimento (art. 5º Resolução ARES-PCJ n. 432/2022 e art. 5º da Resolução AGERST n. 51/2022): (i) as redes de distribuição de água e/ou de coleta de esgoto que beneficiem outros usuários não localizados no empreendimento imobiliário, mas que sejam implantados exclusivamente para viabilizar o referido empreendimento imobiliário; (ii) as redes de distribuição de água e/ou de coleta de esgoto que não estejam previstas no plano de investimentos do prestador dos serviços; e (iii) outros ativos e estruturas de abastecimento de água e/ou esgotamento sanitário implantados pelo empreendedor imobiliário que não sejam redes.

A diferença entre ambas as resoluções é que a ARES-PCJ restringe a aplicabilidade do art. 18-A da Lei Federal n. 11.445/2007 para operações em regime de prestação indireta (concessão de serviços públicos e PPPs); ao passo que o ato normativo da AGERST admitia a realização do procedimento no contexto operacional de uma então sociedade de economia mista, qual seja, a Companhia Riograndense de Saneamento (Corsan), atualmente concessionária de serviços públicos após a incidência da regra de transição do art. 14 da Lei Federal n. 14.026/2020.

69 Agência Reguladora dos Serviços de Saneamento das Bacias dos Rios Piracicaba Capivari e Jundiá. **Resolução ARES-PCJ n. 432, de 25 de maio de 2022**. Disponível em: https://www.arespcj.com.br/public/media/arquivos/1654086940-resolucao_n_432_2022_-_ressarcimento_de_empreendimentos_imobiliarios.pdf. Acesso em: 08 set. 2023.

70 Município de Santa Cruz do Sul. Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados de Santa Cruz do Sul. **Resolução AGERST n. 51, de 21 de dezembro de 2022**. Disponível em: <https://agerst-rs.com.br/resolucoes/>. Acesso em: 08 set. 2023.

Na ocorrência de investimentos em redes de abastecimento de água e de coleta e tratamento de esgoto passíveis de ressarcimento, por sua vez, ambos os atos normativos citados dispõem sobre a necessidade de formalização de um instrumento contratual entre prestador dos serviços e empreendedor imobiliário, como explicado adiante.

5.1 Contrato Especial e Ato de Ressarcimento

O instrumento contratual a ser celebrado entre prestador dos serviços e empreendedor imobiliário com a finalidade de formalizar o ato de “*ressarcimento*” (art. 2º, inciso V da Resolução ARES-PCJ n. 432/2022⁷¹ e art. 2º, inciso V da Resolução AGERST n. 51/2022) é denominado de “*contrato especial*” (art. 6º da Resolução ARES-PCJ n. 432/2022⁷² e art. 8º da Resolução n. 51/2022).

No contrato especial, prevê-se a descrição do investimento, o orçamento do empreendedor imobiliário para execução do investimento, o impacto do procedimento nas condições de atendimento do ajuste (contrato de concessão ou outro instrumento congênere) e as condições de ressarcimento. Aqui, as resoluções trazem um conteúdo mínimo para o contrato especial, que pode ser ilustrado pelo Anexo II da Resolução ARES-PCJ n. 432/2022:

71 “Art. 2º [...] V - RESSARCIMENTO: ato de devolução, acordado em Contrato Especial entre empreendedor imobiliário e prestador privado, de montante investido em redes de água e esgoto que sejam redes de interesse não restrito e que representem antecipação de metas de atendimento constantes em contratos de concessão comum (Lei federal nº 8.987/1995) ou parcerias público-privadas (Lei federal nº 11.079/2004).” Agência Reguladora dos Serviços de Saneamento das Bacias dos Rios Piracicaba Capivari e Jundiá. **Resolução ARES-PCJ n. 432, de 25 de maio de 2022**. Disponível em: https://www.arespcj.com.br/public/media/arquivos/1654086940-resolucao_n_432_2022_-_ressarcimento_de_empreendimentos_imobiliarios.pdf. Acesso em: 08 set. 2023.

72 “Art. 6º. Todo investimento em redes de água e esgoto classificado como passível de ressarcimento deverá figurar em Contrato Especial a ser firmado entre as partes, nos termos do art. 58 da Resolução ARES-PCJ nº 50/2014 e atendimento do conteúdo mínimo previsto no Anexo II desta Resolução, contendo descritivo do investimento, valor orçado pelo empreendedor imobiliário, impacto projetado nas condições de atendimento constantes em contratos de concessão comum (Lei federal nº 8.987/1995) ou parcerias público-privadas (Lei federal nº 11.079/2004) e condições de ressarcimento.” Agência Reguladora dos Serviços de Saneamento das Bacias dos Rios Piracicaba Capivari e Jundiá. **Resolução ARES-PCJ n. 432, de 25 de maio de 2022**. Disponível em: https://www.arespcj.com.br/public/media/arquivos/1654086940-resolucao_n_432_2022_-_ressarcimento_de_empreendimentos_imobiliarios.pdf. Acesso em: 08 set. 2023.

ANEXO II

CONTEÚDO MÍNIMO OBRIGATÓRIO DOS CONTRATOS ESPECIAIS¹

OS CONTRATOS ESPECIAIS, CONFORME DEFINIÇÃO EXPOSTA NO ART. 2º, INCISO II, DA RESOLUÇÃO ARES-PCJ Nº 432/2022, DEVERÃO PREVER, NO MÍNIMO, O SEGUINTE ESCOPO:
1. Cláusula que estipule o momento do ressarcimento, a ser definido conforme livre acordo entre empreendedor e concessionária, devendo referido momento acontecer nos limites do prazo de vigência do contrato de concessão comum (Lei federal nº 8.987/1995) ou parceria público-privada (Lei federal nº 11.079/2004).
2. Metodologia e forma de ressarcimento, de livre avença entre empreendedor e concessionária.
3. Descritivo do investimento, valor orçado pelo empreendedor imobiliário, bem como impacto projetado nas condições de atendimento constantes no contrato de concessão comum (Lei federal nº 8.987/1995) ou parceria público-privada (Lei federal nº 11.079/2004).
4. Prazo e forma de execução das obras relacionadas a rede.
5. Indicação do responsável pela solicitação de autorizações do poder público e órgãos de fiscalização, se necessárias.
6. Cláusulas de multa para o caso de descumprimento do dever de ressarcimento.
7. Cláusulas de definição das hipóteses de rescisão e formas de execução do contrato.

Elaboração e fonte: Resolução ARES-PCJ n. 432/2022⁷³.

Diferentemente do ato normativo da ARES-PCJ, a Resolução n. 51/2022 da AGERST impõe um conteúdo mais extenso, que descreve: (i) o índice INPC para a atualização do valor a ser restituído (art. 9º, inciso I); (ii) incidência de juros sobre o valor (art. 9º, inciso II); (iii) prazo de 90 dias para restituição do valor (art. 9º, inciso III); e (iv) condições da multa no caso de atraso do pagamento pelo prestador dos serviços.

73 Agência Reguladora dos Serviços de Saneamento das Bacias dos Rios Piracicaba Capivari e Jundiaí. **Resolução ARES-PCJ n. 432, de 25 de maio de 2022**. Disponível em: https://www.arespcj.com.br/public/media/arquivos/1654086940-resolucao_n_432_2022_-_ressarcimento_de_empresendimentos_imobiliarios.pdf. Acesso em: 08 set. 2023.



Denota-se que o modelo regulatório adotado pela ARES-PCJ foi de primazia da liberdade de negociação entre empreendedor imobiliário e prestador dos serviços, liberdade negocial reduzida no ato normativo da AGERST. A existência de regras regulatórias diversas para o tratamento da restituição de investimentos do art. 18-A da Lei Federal n. 11.445/2007 é uma demonstração da pulverização de práticas regulatórias infranacionais, que será experimentada no procedimento, tendo em vista que a competência para sua regulação é das agências reguladoras infranacionais.

6. Estrutura Tarifária de Água e Esgoto

Assim como se espera um rápido desenvolvimento no padrão atual de entregas realizadas pelos operadores, públicos ou privados, ou seja, a universalização com qualidade, o *Novo Marco* destaca como princípio fundamental a *eficiência e a sustentabilidade econômica* (Lei n. 11.445/2007, art. 2º, VII). Para detalhar a forma de alcançar esse ponto de equilíbrio, o art. 29 define que “[...] os serviços públicos de saneamento terão a sustentabilidade econômico-financeira assegurada por meio de remuneração pela cobrança dos serviços e, quando necessário, por outras formas adicionais [...]”. No abastecimento de água e no serviço de esgotamento sanitário, as taxas, as tarifas e outros preços públicos, poderão ser estabelecidos para cada um dos serviços, assim como poderão ser entendidos como um conjunto (Lei n. 11.445/2007, art. 29, I).

Atender as exigências de saúde pública, proteger as comunidades de baixa renda, viabilizar investimentos, remunerar o capital investido, são algumas das diretrizes para a formação do preço (Lei n. 11.445/2007, art. 29, § 1º, I, II, III e VI). Admite-se, quando necessário, subsídios tarifários e não tarifários para amparar usuários que não conseguem responder pelo custo real dos serviços (Lei n. 11.445/2007, arts. 29, § 2º e 31, II e III). Por sua vez, no art. 30 da referida Lei, está organizada a estrutura de remuneração e de cobrança dos serviços públicos de saneamento básico, quando também fica evidente o esforço para equilibrar *custo mínimo necessário para disponibilidade do serviço em quantidade e qualidade adequadas* com a *capacidade de pagamento dos usuários* (Lei n. 11.445/2007, art. 30, IV e VI).

Quando mostrar-se a alternativa mais eficiente, ponderando custo-benefício, permite-se o cofaturamento, sendo um exemplo,

cobrar os serviços de abastecimento de água, esgotamento sanitário e o serviço de limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos (Lei n. 11.445/2007, art. 35, § 1º).

Os reajustes e as revisões, as periódicas e as extraordinárias, também estão explicadas com o objetivo de consolidar um entendimento padrão, para a regulação contratual e a regulação discricionária, além de incentivar melhor performance. A antecipação de metas ou melhoria da qualidade dos serviços, assim como indicadores baseados no desempenho das empresas do setor, são linhas de raciocínio estabelecidas pelo *Marco Legal do Saneamento* (Lei n. 11.445/2007, arts. 37 e 38, §2º e § 3º).

No caso específico do serviço de abastecimento de água, o modelo tarifário em duas partes, combinando parte fixa (por economias) e parte variável, é o formato mais utilizado. A parte fixa corresponde ao denominado *consumo mínimo*, enquanto a parte variável envolve o volume consumido. Para o art. 8º do Decreto Federal n. 7.217/2010, “[...] a remuneração pela prestação dos serviços públicos de abastecimento de água pode ser fixada com base no volume consumido de água, podendo ser progressiva, em razão do consumo”. O volume de água consumido, idealmente, terá medição individualizada – o que hoje é feito por hidrômetros. Por isso mesmo, a regra privilegia cada uma das unidades, salvo situação excepcional (Decreto n. 7.217/2010, art. 8º, § 1º e § 2º).

Em realidade, “[...] o critério de fixação da parte fixa da estrutura tarifária através do critério das economias representa o menor valor a ser cobrado de cada unidade de consumo, além de possibilitar tratamento isonômico entre os usuários finais dos serviços”⁷⁴. Naturalmente, com variações possíveis a partir dessa orientação geral.⁷⁵

74 FROTA, Leandro Mello; HOSKEN, Rodrigo Santos. Breve análise acerca da estrutura tarifária de água, esgoto e tarifa social. In: ZULIANI, G; DAL POZZO, A. **Saneamento Básico: Uma Lei e um Marco**. Belo Horizonte: Fórum, 2023, p. 280–281.

75 Os autores, neste ponto, trazem mais detalhes: “[...] A primeira parte da estrutura tarifária é fixa e pode corresponder a uma espécie de franquia permitida para o consumo, comumente denominada de consumo mínimo. Pode, também, não disponibilizar qualquer franquia, baseando-se tão somente na estrutura do imóvel, modelo que vem sendo denominado de tarifa fixa. Essa cobrança, como já explicitado, independe do volume de água consumido e se mostra fundamental para propiciar a recuperação dos custos. Já a segunda parte da estrutura tarifária pode ser baseada em qualquer dos modelos volumétricos apresentados, a depender dos objetivos a serem buscados com a precificação dos serviços prestados. Importante destacar que a tarifação em duas partes é o modelo majoritariamente

Na água, tem-se a captação, a adução e o tratamento, além de uma realidade que obriga acessar fontes cada vez mais distantes (o exemplo de São Paulo). Por fim, a distribuição, que por suas conhecidas características, em cidades populosas ou densamente povoadas facilmente tem escala.

Com relação ao serviço de esgotamento sanitário, o mesmo Decreto Federal n. 7.217/2010, no art. 10, considera que 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”. A questão que ainda gera muito debate é o percentual que deve ser utilizado nesses casos, o que torna o papel do regulador essencial, quando não existir uma resposta clara no instrumento de regulação contratual. Uma referência possível é o Decreto Estadual n. 41.446/1996, do Estado de São Paulo, em especial, no seu art. 5º, visto que, “[...] para efeito de cálculo da fatura/conta considerar-se-á o volume de esgotos coletados no período, o correspondente ao de água faturada pela Sabesp e/ou consumida de sistema próprio, medido ou avaliado pela Sabesp”.

As externalidades positivas neste serviço são percebidas coletivamente e por isso mesmo a cobrança deve ser projetada para alcançar todas as economias. No serviço de esgoto o processo começa pela coleta, a origem do pagamento, que pode também ter boa escala em cidades populosas (o exemplo de todas as capitais brasileiras), depois o tratamento e a disposição final, com custos dependentes do tipo de efluentes, da qualidade e quantidade de insumos utilizados, do nível de universalização e a metodologia empregada.

Somar os dois serviços, sem dúvida, propicia economia de escala e de escopo. A universalização pode desequilibrar operações, na medida em que torna-se obrigatório abranger as zonas rurais, além da demora em recuperar os investimentos feitos (Capex).

Sempre será complexo consolidar essa estrutura tarifária, o que exige diálogo entre as partes interessadas, a necessidade de

utilizado no país e representa importante meio para conciliar os objetivos econômicos da definição do preço com a recuperação total dos custos necessária para a expansão dos serviços e a necessária universalização”. FROTA, Leandro Mello; HOSKEN, Rodrigo Santos. Breve análise acerca da estrutura tarifária de água, esgoto e tarifa social. In: ZULIANI, G; DAL POZZO, A. **Saneamento Básico: Uma Lei e um Marco**. Belo Horizonte: Fórum, 2023, p. 278–279.

superar a assimetria de informações, proteger o ideal da transparência, da sustentabilidade sem sentido amplo (social, ambiental e econômica) e da modicidade tarifária.

A tarifa social, respaldada pelo *Novo Marco*, é uma peça relevante nesta construção. O art. 29, § 2º, diz que “[...] 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”. Em outras palavras, a estrutura de remuneração terá que considerar alguns fatores, como por exemplo, a *capacidade de pagamento dos consumidores* (Lei n. 11.445/2007, art. 30, VI). Até porque a Lei n. 11.445/2007, art. 3º, § único, estabelece que “[...] nas Zonas Especiais de Interesse Social (Zeis) ou outras áreas do perímetro urbano ocupadas predominantemente por população de baixa renda, o serviço público de esgotamento sanitário, realizado diretamente pelo titular o por concessionário, inclui conjuntos sanitários para as residências e solução para a destinação dos efluentes, quando inexistentes, assegurada compatibilidade com as diretrizes da política municipal de regularização fundiária”. O sistema legal tenta ser inclusivo, contribuindo para reduzir o acesso desigual a esta política pública⁷⁶, e por óbvio, a política tarifária é uma variável para que sejam concretizadas as intenções do legislador (Lei n. 11.445/2007, art. 2º, VI e 49, II e IV).

76 Para os autores, o raio de abrangência da tarifa social ainda pode ser mais discutido, e exemplificam: “[...] entendemos que o melhor critério para a concessão seria tanto para os usuários inseridos nos mencionados núcleos urbanos como para aqueles que recebem seu sustento por meio de programas de transferência de renda, sejam eles federal, estaduais ou municipais”. FROTA, Leandro Mello; HOSKEN, Rodrigo Santos. Breve análise acerca da estrutura tarifária de água, esgoto e tarifa social. In: ZULIANI, G; DAL POZZO, A. **Saneamento Básico: Uma Lei e um Marco**. Belo Horizonte: Fórum, 2023, p. 287.





Capítulo V

Limpeza Urbana e Manejo de Resíduos Sólidos

1. Conceito de Limpeza Urbana e Manejo de Resíduos Sólidos

Se a Revolução Industrial representa uma data de referência para o crescimento do volume e dos impactos dos resíduos no ecossistema, foram as preocupações com a saúde pública (depois da experiência da peste bubônica — de 1348 até 1350 e do movimento higienista no século XVIII) e o movimento ambientalista, durante o século XX, que produziram um consenso em torno da necessidade de aprimoramento dessa política. Era fundamental melhorar as condições sanitárias das cidades (século XIX e XX).

Na medida em que essa política pública foi adensando, equilibrando horizontalidade (a universalização) e verticalidade (a qualificação), o serviço de limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos passou a valorizar cada vez mais a quantificação dos resíduos, a classificação (para organizar o gerenciamento e as responsabilidades) e as suas características (a composição gravimétrica), buscando, assim, planejar e personalizar com maior precisão os seus modelos¹. Esse diagnóstico é feito para dimensionar os custos

1 Segundo premissa do Plano Nacional, “[...] a composição gravimétrica dos resíduos diz respeito ao percentual de massa componente em relação à massa total. Sua identificação permite o adequado planejamento do setor por meio de políticas públicas, estratégias e soluções que assegurem a destinação ambientalmente adequada preconizada pela PNRS, levando-se em consideração as melhores alternativas disponíveis e aplicáveis, de acordo com os tipos e quantidades de resíduos existentes. De acordo com os dados disponíveis, nota-se que a fração orgânica, abrangendo sobras e perdas de alimentos, resíduos verdes e madeiras, é a principal componente dos RSU, com 45,3%. Os resíduos recicláveis secos somam 33,6%, sendo compostos principalmente pelos plásticos (16,8%), papel e papelão (10,4%), vidros (2,7%), metais (2,3%), e embalagens multicamadas (1,4%). Outros resíduos somam 21,1%, dentre os quais resíduos têxteis, couros e borrachas representam 5,6% e rejeitos, estes compostos principalmente por resíduos sanitários, somam 15,5% [...]”. MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. **Plano Nacional de Resíduos Sólidos — Planares 2022**, p. 18. Disponível em: <https://sinir.gov.br/informacoes/plano-nacional-de-residuos-solidos/>. Acesso em: 03 abr. 2024.

envolvidos e as alternativas de financiamento para os possíveis formatos, seja operação direta ou parcerias entre o poder público e a iniciativa privada.

Por isso mesmo, todo um sistema foi se organizando, e mais modernamente, surgiram as resoluções do Conselho Nacional de Meio Ambiente (CONAMA), que trataram dos materiais objeto de sistemas de logística reversa, ou da Política Nacional de Resíduos Sólidos, inaugurada pela Lei Federal n. 12.305/2010, além dos Decretos n. 10.936/2022 (regulamenta a Política Nacional de Resíduos Sólidos) e 11.043/2022 (que aprova o Plano Nacional de Resíduos Sólidos). Atualmente, o serviço de limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos é parte do conceito de saneamento básico (Lei n. 11.445/2007, art. 3º, I, alíneas *a*, *b*, *c* e *d*). Antes da Lei n. 11.445/2007 integrá-lo à política de saneamento básico (na sua redação original), este subsistema não representava uma unidade, predominando normas de caráter infralegal que favoreciam essa dispersão. Por isso, desde o seu início, a Lei n. 11.445/2007 criou um ambiente para surgir a Lei n. 12.305/2010.

Nessa mesma linha de raciocínio, a Lei Federal n. 11.445/2007, quando inclui o tema dos resíduos sólidos no Marco Regulatório do Saneamento Básico, incentivou uma abordagem e um progresso conjunto de todos os serviços integrados ao conceito². Por isso, faz sentido extrair do art. 3º, inciso I, alínea *c*, da referida Lei Federal n. 11.445/2007, o conceito de limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos:

*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,*

2 Diante da relevância do tema, o autor destaca que “[...] no presente cenário demográfico, ambiental e social, o cumprimento dos Objetivos do Desenvolvimento Sustentável (ODS) é mandatório. [...] Cabe observar que dentre os 17 ODS, pelo menos sete têm sua viabilidade diretamente condicionada pelo sucesso dos serviços de coleta, tratamento, transporte e destinação dos resíduos sólidos, a saber: 3 (Saúde e Bem-Estar); 6 (Água Potável e Saneamento); 7 (Energia Limpa e Acessível); 11 (Cidades e Comunidades Sustentáveis); 13 (Ação contra a Mudança Global do Clima); 14 (Vida na Água); e 15 (Vida Terrestre)”. PEREIRA, Luiz Gonzaga Alves. Avanços e Desafios do Novo Marco Legal do Saneamento no Setor de Resíduos Sólidos. In: ZULIANI, G; DAL POZZO, A. **Saneamento Básico: Uma Lei e um Marco**. Belo Horizonte: Fórum, 2023, p. 52.

asseio e conservação urbana, transporte, transbordo, tratamento e destinação final ambientalmente adequada dos resíduos sólidos domiciliares e dos resíduos de limpeza urbana; e (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020) [grifamos].

Como é possível inferir da leitura do dispositivo, muitas são as atividades englobadas pelo serviço de limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos. Dentre elas podemos citar a varrição de ruas, a coleta domiciliar de resíduos e a disposição de rejeitos em aterros sanitários. Pensando no modelo ideal, na lógica de empreender dinâmicas que favoreçam a valorização dos resíduos, almeja-se a promoção de rotas tecnológicas que permitam, inclusive, o seu aproveitamento energético.

A NR ANA n. 07/2024 dispõe sobre as condições gerais para a prestação direta ou mediante concessão dos serviços públicos de limpeza urbana e de manejo de resíduos sólidos urbanos e, no seu art. 5º, lista as atividades de coleta, transbordo, transporte, triagem (para reutilização ou reciclagem), tratamento e destinação.

Assim, para a compreensão das atividades que fazem parte do conceito de limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos, é importante conhecer, cada etapa do processo que começa com a geração dos resíduos e termina apenas com a disposição final ambientalmente adequada dos rejeitos. Na sequência, serão trazidos os conceitos e os substantivos centrais para o entendimento da matéria vinculada ao tema dos resíduos sólidos em sentido amplo, sem desconhecer que a pauta da transição energética trouxe outros elementos e objetivos para essa discussão.

1.1 Etapas da Limpeza Urbana e Manejo de Resíduos Sólidos

O conceito de *limpeza urbana* pode ser entendido com vários sentidos e abarcando múltiplas atividades, sendo papel da legislação organizar de maneira didática o assunto. Por dentro da limpeza urbana, uma das atividades destacadas é a varrição, que pode ser *manual* ou *mecanizada*. Segundo a NBR n. 12.980/1993 da ABNT, varrição é “ato de varrer vias, calçadas, sarjetas, escadarias, túneis e logradouros públicos em geral, pavimentados, podendo ser manual ou mecânico”³. A ANA, na NR n. 07/2024, no art. 47, segue no

3 ABNT. Associação Brasileira de Normas Técnicas. **NBR 12.980:1993 (20/08/1993)** – Coleta, varrição e acondicionamento de resíduos sólidos urbanos – Terminologia.



mesmo sentido: a “[...] atividade de varrição consiste em recolher os resíduos sólidos dispostos, por causas naturais ou pela ação humana, em vias, calçadas, sarjetas, escadarias, túneis e outros logradouros públicos”. Ao mesmo tempo ressalta que “[...] a varrição das calçadas será limitada àquelas definidas no plano operacional da prestação de serviços” (NR ANA n. 07/2020, art. 48).

A depender da localidade, pode ser necessário elaborar planos de varrição que considerem a topografia, a extensão da área, o estado de conservação das vias, a dinâmica de circulação de pedestres e o tráfego de veículos nos diferentes períodos do dia. Assim, decide-se pela melhor estratégia, visto que pode ser mais produtivo realizar a varrição das ruas no período da noite, quando os espaços estão mais livres para a intervenção dos profissionais e dos equipamentos de limpeza. Ainda, no art. 49, da NR ANA n. 07/2024, confirma-se que a “[...] frequência da varrição deverá observar o uso e a ocupação do solo, fluxo de pessoas e veículos, áreas com vocação turística, áreas com maior suscetibilidade a enchentes e tipo de arborização existente”.

É comum que essas convicções técnicas, pela curva de aprendizado, surjam bem depois da licitação e da assinatura do contrato, sendo cada vez mais possível, com as necessárias motivações, remodelar os vínculos existentes para melhorar o nível de entrega do serviço e a relação custo-benefício para ambas as partes. Diga-se de passagem, o Direito Administrativo evoluiu e hoje é capaz de oferecer respostas mais compatíveis com a realidade do serviço público, no Brasil e no mundo.

Seguindo essa linha, de entender um pouco da prática real dessa modalidade de serviço público, a escolha pela varrição mecânica pode ser uma opção mais indicada em vias cuja circulação seja contínua. Por isso mesmo, a contratação do serviço dependerá de um estudo prévio, privilegiando-se a que entregar o maior valor possível para a sociedade. Mas, insiste-se, quando a operação diária do contrato surpreende, não faz sentido criar-se barreiras formais para manter um formato que não está dando certo.

O contratante e o contratado, o concedente e a concessionária, com o conhecimento de todas as variáveis que compõem uma determinada situação, sempre deverão estar comprometidos em encontrar a melhor resposta possível. Não se descarta, para dar máxima transparência a esses rearranjos, envolver, por exemplo,

o Ministério Público, principalmente quando se pode estar discutindo ajustes de escopo em razão de modificações no plano operacional por demandas dos próprios usuários (NR ANA n. 07/2024, arts. 76 e 78).

Avançando mais, a limpeza urbana também costuma incluir serviços como o de capina e roçada, limpeza de bocas de lobo e bueiros, pintura e limpeza de sarjetas e meios-fios, podas e limpeza de pontos de descarte inadequado de resíduos.

No ponto, ampliando o campo de análise, existe aqui uma ligação entre a limpeza urbana, o serviço de drenagem e o manejo de águas pluviais. Isso se ressalta quando a limpeza urbana tem a atribuição de impedir que os resíduos se acumulem em locais inadequados, provocando o entupimento de bueiros e de canais, com consequências negativas para o funcionamento do sistema de drenagem. Assim comprova-se que o serviço público de drenagem urbana e manejo de águas pluviais mostra-se dependente de outro contrato público, cuja inexecução, total ou parcial, refletirá no seu resultado.

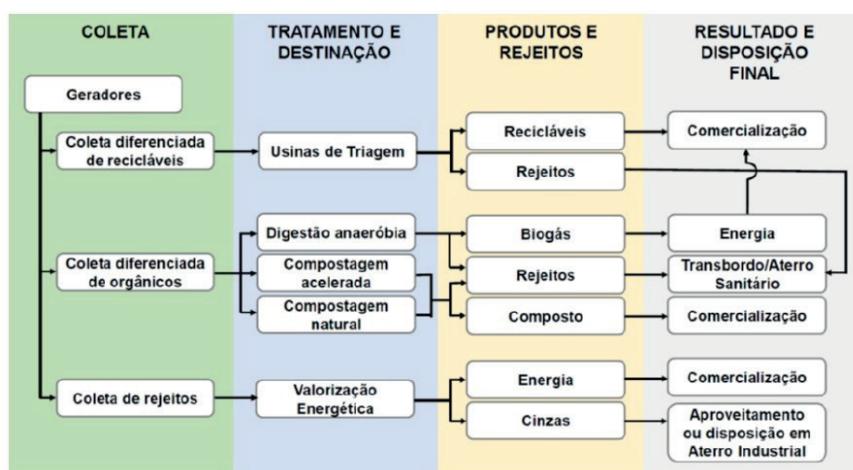
O conceito destacado do art. 3º, inciso I, alínea “c”, da referida Lei Federal n. 11.445/2007, como se disse outras vezes, traz associado à limpeza urbana o manejo de resíduos sólidos. Dentro da composição do que é entendido como manejo de resíduos sólidos existem, ao menos, seis divisões: acondicionamento de resíduos para coleta; a coleta; o transbordo⁴ e o transporte⁵ até o aterro sanitário; destinação final por meio de rotas tecnológicas de tratamento (e aproveitamento dos resíduos)⁶; e disposição final ambientalmente adequada.

4 Na NR ANA n. 07/2024, art. 26, fica-se sabendo que “[...] a atividade de transbordo consiste na transferência dos resíduos sólidos urbanos de veículos de coleta para veículos de maior capacidade de carga, com o objetivo de proporcionar ganho de escala e eficiência no transporte para unidades de triagem, de tratamento ou de destinação final”.

5 Segundo a NR ANA n. 07/2024, art. 29, “[...] consiste em transportar, em veículos de maior capacidade de carga do que os veículos da coleta, os resíduos sólidos urbanos a partir da unidade de transbordo para as unidades de triagem, tratamento ou de destinação final”. Ver também arts. 30 e 31.

6 Por sua vez, no que envolve o conceito de tratamento, a NR ANA n. 07/2024, art. 34, considera que a “[...] atividade de destinação final consiste em encaminhar os resíduos sólidos urbanos, incluindo aqueles decorrentes de atividades de triagem e tratamento, para reutilização, reciclagem, recuperação energética e disposição final em aterros sanitários ou em outras destinações admitidas pelos órgãos competentes”.

De modo ilustrativo, o ciclo pelo qual deve passar o resíduo em um sistema de manejo de resíduos sólidos compatível com o desenho proposto pelos marcos legais e infralegais assimilados como referências para o setor pode ser resumido pelo seguinte quadro:



Fonte de Elaboração: Plano Estadual de Saneamento do Rio Grande do Sul (Planesan-RS). Relatório Preliminar. Secretaria de Meio Ambiente e Infraestrutura do Rio Grande do Sul.⁷

O acondicionamento dos resíduos pode se dar de diferentes formas, seja em latas de lixo individuais, por condomínio ou residência, seja em grandes contêineres com segregação por espécie de resíduo. A forma de acondicionamento dos resíduos irá depender, inclusive, do modelo de coleta em funcionamento na região.

Para não prejudicar a mobilidade nas grandes cidades, ocorre a distribuição de equipamentos contentores (modalidade containerizada) nas regiões centrais, para que os próprios cidadãos possam descartar os seus resíduos de forma correta e com acesso facilitado. Os resíduos são depositados em contêineres, um para lixo orgânico e outro para lixo seco, em qualquer hora do dia. Nas versões mais modernas um caminhão de menor porte, equipado com braços robotizados, eleva o contêiner e despeja o resíduo em seu compartimento compactador, e, diante das experiências conhecidas, parece ser uma boa solução. Além da coleta containerizada, existe

7 PLANOS ESTADUAL DE SANEAMENTO DO RIO GRANDE DO SUL (Planesan-RS). **Relatório Preliminar**. Secretaria de Meio Ambiente e Infraestrutura do Rio Grande do Sul. Disponível em: <https://www.sema.rs.gov.br/planesan>. Acesso em: 05 jul. 2023.

a coleta seletiva, a coleta domiciliar, a coleta hospitalar e a coleta agendada, apenas para lembrar os exemplos mais conhecidos.

Essa etapa do manejo dos resíduos é dependente da participação social, uma vez que são os cidadãos, devidamente instruídos pelo poder público, que devem descartar os seus resíduos de maneira correta. Neste momento, a preocupação de segregar os materiais potencializa o serviço de coleta seletiva, repercutindo em muitos outros aspectos dessa modalidade de serviço público. Essa interação entre cidadãos e o Estado é essencial para que o resíduo seja acondicionado e disponibilizado para a coleta na forma permitida e nos dias estabelecidos.

Identifica-se hoje um esforço, incentivado pela legislação, para minimizar-se os impactos de um modelo de desenvolvimento econômico baseado no binômio consumo-descarte. Daí a importância da educação ambiental e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente (CF, art. 225, § 1º, VI⁸). Sobre o assunto, o art. 89, da NR ANA n. 07, esclarece que a “[...] educação ambiental não formal deverá ser promovida pelo prestador do serviço com vistas a orientar os usuários sobre os procedimentos a serem observados por todos os envolvidos na cadeia de manejo de resíduos sólidos urbanos, sem prejuízo de atividades educativas promovidas pelo titular ou pela reguladora infranacional (ERI)”. Assim sendo, Estado, sociedade e o próprio mercado, com diferentes papéis, precisam estar comprometidos com o sucesso dessa política pública.

A educação ambiental pode auxiliar até mesmo na prestação dos serviços, uma vez que tem o potencial de tornar mais comprometida a atuação dos usuários, diminuindo a necessidade de prestação recorrente de serviços de limpeza e coleta e protegendo a saúde ambiental daquela comunidade. Isso é reforçado no art. 82 do Decreto Federal n. 10.936/2022⁹, quando regulamenta a Política

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. § 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público: [...] VI - promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente;”.

9 “Art. 82. A educação ambiental na gestão dos resíduos sólidos é parte integrante da Política Nacional de Resíduos Sólidos e tem como objetivo o aprimoramento do conhecimento, dos valores, dos comportamentos e do estilo de vida relacionados com a gestão e com o gerenciamento ambientalmente adequado de resíduos sólidos.

Nacional de Resíduos Sólidos (Lei Federal n. 12.305/2010), ao prever que a educação ambiental na gestão de resíduos sólidos divulgará os conceitos relacionados com coleta seletiva; logística reversa; consumo consciente e minimização da geração de resíduos sólidos.

De qualquer sorte, a coleta dos resíduos é a primeira etapa de responsabilidade mais evidente do poder público¹⁰. Ela pode ocorrer no método convencional, destinado de forma genérica aos resíduos sólidos urbanos, e deve incluir a coleta dos resíduos originados a partir da limpeza das vias públicas¹¹. Para a NR ANA n. 07/2024, a “[...] coleta indiferenciada é a modalidade estabelecida para o recolhimento dos resíduos urbanos não segregados”, depois encaminhados para unidades de triagem, tratamento ou destinação final adequada.

§ 1º A educação ambiental na gestão dos resíduos sólidos observará: I - as diretrizes gerais estabelecidas na Lei nº 9.795, de 27 de abril de 1999, e no Decreto nº 4.281, de 25 de junho de 2002; e II - as regras específicas estabelecidas na Lei nº 12.305, de 2010, e neste Decreto. § 2º O Poder Público adotará as seguintes medidas, entre outras, com vistas ao cumprimento do objetivo de que trata o caput: I - incentivar atividades de caráter educativo e pedagógico, em colaboração com entidades do setor empresarial e da sociedade civil; II - promover a articulação da educação ambiental na gestão de resíduos sólidos com a Política Nacional de Educação Ambiental, instituída pela Lei nº 9.795, de 1999; III - realizar ações educativas destinadas aos fabricantes, aos importadores, aos comerciantes e aos distribuidores, com enfoque diferenciado para os agentes envolvidos direta e indiretamente com os sistemas de coleta seletiva e de logística reversa; IV - desenvolver ações educativas destinadas à conscientização dos consumidores quanto ao consumo sustentável e às suas responsabilidades, no âmbito da responsabilidade compartilhada de que trata a Lei nº 12.305, de 2010; V - promover a capacitação dos gestores públicos para que atuem como multiplicadores nos diversos aspectos da gestão integrada de resíduos sólidos; e VI - divulgar os conceitos relacionados com: a) a coleta seletiva; b) a logística reversa; c) o consumo consciente; e d) a minimização da geração de resíduos sólidos. § 3º As ações de educação ambiental estabelecidas neste art. não excluem as responsabilidades dos fornecedores quanto ao dever de informar o consumidor sobre o cumprimento dos sistemas de logística reversa e coleta seletiva instituídos”.

10 Conforme a NR ANA n. 07/2024, art. 16, a “[...] atividade de coleta envolve o recolhimento dos resíduos sólidos urbanos, disponibilizados pelos usuários, e o transporte no mesmo veículo da coleta para as unidades de transbordo, de triagem, de tratamento ou de disposição final”.

11 Para explicar um pouco melhor, a NR ANA n. 07/2024, no art. 18, detalha que a “[...] atividade de coleta de resíduos domésticos e equiparados pode ser realizada nas modalidades indiferenciada ou seletiva, cabendo ao prestador propor os dias e horários das respectivas coletas no manual de prestação do serviço e de atendimento ao usuário, nos termos do Capítulo VI”. De toda essa rotina é obrigatório dar amplo conhecimento aos usuários utilizando-se múltiplas formas, modo impresso e digital.

O marco legal voltado especificamente para o setor de resíduos sólidos destaca a coleta seletiva como forma de viabilizar o aproveitamento e o tratamento dos diferentes materiais coletados, em coerência com uma concepção que evolui dos processos lineares para dinâmicas de reenvio, ou circulares, retroalimentando as cadeias produtivas. No caso, a coleta seletiva, segundo a NR ANA n. 07/2024, art. 23, “[...] é a modalidade estabelecida para o recolhimento dos resíduos sólidos urbanos previamente segregados pelos usuários conforme a sua constituição ou composição [...]”. Detalhando um pouco mais a modalidade, o art. 24 da referida norma, firma a seguinte orientação: “[...] os resíduos recicláveis devem ser segregados em resíduos secos e orgânicos [...]”, acondicionados e disponibilizados para a coleta seletiva e separados dos rejeitos.

A depender da estrutura de prestação de serviço, do número de usuários atendidos ou a dificuldade de acessar determinadas comunidades, será operacionalizada a *coleta porta a porta* (na frente do imóvel do usuário) ou a *coleta ponto a ponto* (realizada em pontos de coleta comum para um conjunto de usuários). A propósito, é dever do titular do serviço fazer a coleta nas áreas urbanas e rurais, tendo o compromisso da universalização com qualidade desta modalidade de serviço público.

A coleta deve seguir a forma planejada (Lei n. 12.305/2010, arts. 18, 19, 20 e 21) enfatizando-se que essas dinâmicas precisam ser conhecidas pelos cidadãos, facilitando o engajamento de todas as partes para o funcionamento do modelo implantado (NR ANA n. 07/2024, art. 80), na lógica da *responsabilidade compartilhada*. Na *dimensão gerencial* de uma política pública, deve existir essa constante preocupação de engajamento das partes interessadas e um plano de gestão de mudanças e de riscos inerentes a implantação de uma nova sistemática, quando for o caso.

Os usuários têm o direito a prestação adequada dos serviços públicos (CF, art. 175, Lei n. 8.987/1995 e Lei n. 13.460/2017), o que envolve um amplo acesso às informações relacionadas aos serviços prestados, como por exemplo, “[...] o acesso ao manual de prestação do serviço e de atendimento ao usuário (NR ANA n. 07/2024, art. 96, IV). A partir disso, é possível uma maior participação comunitária, diante do conhecimento geral da frequência e da periodicidade da coleta (sendo preferível a definição de dias de coleta e itinerários fixos).

A esse processo de divulgação do serviço de coleta deve se associar um caráter instrutivo, que destaque o modo de acondicionamento dos resíduos, a importância da segregação dos materiais e, inclusive, da busca pela redução do descarte e pela reutilização¹² de produtos. A preparação da comunidade para uma participação que auxilie no funcionamento da metodologia escolhida é base para qualquer iniciativa que qualifique a política pública (Lei n. 11.445/2007, art. 2º, IX e X).

Na sequência, os resíduos originados a partir da limpeza urbana das vias e logradouros públicos e coletado das residências e comércios deverão, então, ser transportados. O transporte dos resíduos pode ser mais complexo a depender da existência ou não de Estações de Transbordo como etapa do fluxo de trabalho desenhado pela gestão pública. Na verdade, isso ocorre pois os resíduos são coletados por veículos de baixa capacidade de carga – para não prejudicar ainda mais o trânsito –, seja com tecnologia compactadora, seja simplesmente com estrutura de caçamba. E, quando o aterro sanitário é distante, torna-se obrigatório fazer o transbordo para caminhões de grande porte e assim garantir a destinação/disposição correta dos resíduos/rejeitos.

De modo a otimizar o transporte dos resíduos é possível que esse caminhão de menor capacidade de carga esteja limitado a coletar o resíduo e depositar na Estação de Transbordo, cuja localização deve ser próxima à região de coleta. No momento seguinte, os resíduos acondicionados na Estação de Transbordo devem ser direcionados ao aterro sanitário. Essa etapa do processo se dá em veículos com maior capacidade de carga, o que acelera a chegada do volume coletado ao destino ou disposição final (NR ANA n. 07/2024, arts. 29, 30 e 31). Quando o aterro fica na mesma cidade, ou em região próxima, pode-se suprimir a etapa do transbordo,

12 Ao conceituar reutilização o Plano Nacional de Resíduos Sólidos destaca a importante de um design preocupado com o uso futuro do produto. Ao mesmo tempo, a educação ambiental dos consumidores é também medida necessária, sob pena de não se concretizar o retorno de produtos e embalagens para a cadeia produtiva. Ou seja, “[...] a reutilização dos produtos e materiais guarda forte ligação com a conscientização ambiental da população e com padrões mentais relacionados ao consumo, que em geral são associados à desvalorização dos produtos usados”. MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. **Plano Nacional de Resíduos Sólidos — Planares 2022**, p. 28. Disponível em: <https://sinir.gov.br/informacoes/plano-nacional-de-residuos-solidos/>. Acesso em: 03 abr. 2024.

utilizando-se os mesmos caminhões da coleta para a atividade de transporte.

A prestação dos serviços de manejo de resíduos sólidos ainda ocorre predominantemente por meio de contratos administrativos típicos (Lei Federal n. 8.666/1993, agora substituída pela Lei n. 14.133/2021). Quando este é o formato de contratação, os órgãos de controle se mostram favoráveis à separação de atividades, estimulando licitações com maior grau de especialidade e menor objeto. Ou seja, a coleta, o transporte, o transbordo, o tratamento, a destinação e a disposição final adequada, vinculados a diferentes contratos, resolvidos em disputas distintas. Aliás, o próprio serviço de limpeza urbana, dentro dessa visão, deveria seguir orientação semelhante. Logo, a varrição, a capina e a roçagem, a pintura do meio-fio de canteiros e dos passeios públicos, coleta de animais mortos, de resíduos volumosos ou inservíveis, comporiam um conjunto de contratos separados.

Na direção oposta, o que será defendido nesta obra em tópico futuro, com as diretrizes estabelecidas pelo *Novo Marco Legal do Saneamento Básico*, tem-se a convicção da vantagem de aglutinar essas tarefas em apenas um contrato — havendo justificativa técnica e eficiência econômica —, pelos benefícios que decorrem do emprego da economia de escala e de escopo nessa modalidade de serviço. Aqui, começa-se a conhecer a transição proposta pelas recentes alterações na Lei Federal n. 11.445/2007, quando a concessão, mais do que o contrato administrativo tradicional, é capaz de oferecer as melhores soluções para os problemas da municipalidade (Lei Federal n. 11.445/2007, art. 10).

Retomando o eixo expositivo, cabe tratar do manejo dos resíduos sólidos após a *etapa de transbordo*, quando *os materiais são transportados para um aterro sanitário*. O aterro sanitário, por sua vez, é definido pela NBR n. 8419/1992 da ABNT como:

Técnica de disposição de resíduos sólidos urbanos no solo, sem causar danos à saúde pública e à sua segurança, minimizando os impactos ambientais, método este que utiliza princípios de engenharia para confinar os resíduos sólidos à menor área possível e reduzi-los ao menor volume permissível, cobrindo-os com uma camada de terra na conclusão de cada jornada de trabalho, ou intervalos menores, se necessário¹³.

13 ABNT – Associação Brasileira de Normas Técnicas. **NBR 8419 de 04/1992** –

Antes dessa disposição do rejeito no aterro sanitário, contudo, a Lei Federal n. 12.305/2010 estipula que os resíduos oriundos da coleta devam passar por outras rotas tecnológicas com o objetivo de permitir a utilização, o aproveitamento ou o tratamento antes de seu mero descarte. Previamente à disposição em aterros sanitários existe a obrigação de esgotar as possibilidades de valorizar o resíduo, retomando assim novo ciclo produtivo, obedecendo a denominada *hierarquia da gestão dos resíduos* (Lei n. 12.305/2010, art. 9º).

No detalhe, ao chegarem os resíduos ao aterro sanitário, é imprescindível que ocorra a separação dos materiais que apresentem diferentes características e potencialidades (o processo de triagem). Na verdade, a triagem pode ocorrer em unidade separada do aterro, mas dentro do conceito de parques ambientais, é comum concentrar-se todas essas tarefas na mesma área.

A disposição final ambientalmente adequada é a última etapa do processo de manejo de resíduos sólidos. Essa etapa consiste em identificar o que pode ser chamado de rejeito e, portanto, não possui outro fim econômico ou tecnicamente viável que não o acondicionamento de modo a não causar dano ao ambiente. Na atualidade, a melhor forma para a disposição dos rejeitos ainda é o aterro sanitário, pelo menos no Brasil.

No Brasil, que convive com um número significativo de lixões e aterros controlados, a disposição em aterros sanitários é, ainda, o ponto mais alto da evolução. Todavia, temos essa clareza, a técnica do aterramento, diante do volume produzido nas grandes cidades do país, nunca será uma ferramenta definitiva.

O aterro sanitário é o local no qual os rejeitos são dispostos, minimizando-se ao máximo os riscos de contaminação do solo ou de lençóis freáticos, ao mesmo tempo em que são recolhidos os gases e o chorume e a cobertura de terra evita o contato de humanos ou animais com o rejeito. O chorume líquido, que surge da decomposição de matérias orgânicas, é poluente. Nos meses mais chuvosos essa gestão é ainda mais difícil, pelo risco de transbordamento das lagoas de chorume (líquido lixiviado).

A NR ANA n. 07/2024, no art. 4º, inciso II, assim define o aterro sanitário:

Apresentação de projetos de aterros sanitários de resíduos sólidos urbanos – Procedimento. Rio de Janeiro, 1992.

[...] instalação projetada para a disposição ordenada de rejeitos, sobre uma base impermeável, equipada com sistemas de drenagem de lixiviado, gases e águas pluviais, cuja operação utiliza princípios de engenharia para confiná-los à menor área possível e reduzi-los ao menor volume permissível, cobrindo-os com uma camada de terra na conclusão de cada jornada de trabalho, ou a intervalos menores, se necessário, de modo a não causar danos à saúde pública e a minimizar impactos ambientais.

Toda a estrutura visa à proteção ambiental, afastando a matéria descartada dos seus pontos de geração, mas também como medida de saúde pública — o que é coerente com as preocupações levantadas pelo movimento higienista no Brasil (séculos XIX/XX). A partir disso, percebe-se que os aterros sanitários se distinguem dos aterros controlados, caso em que não há proteção do contato do rejeito com a terra, e são opostos às estruturas dos lixões, em que não há qualquer forma de proteção em relação aos riscos originados pelo mau acondicionamento dos rejeitos.

2. Manejo de Resíduos Sólidos e Sustentabilidade Ambiental

A definição de serviço público de limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos está contemplada na Política Nacional de Saneamento Básico (Lei n. 11.445/2007, art. 3º, I, alínea C e no art. 3-C, I, II e III), inclusive com a sua lista exemplificativa de atividades. Assim, lá está muito claro, é preciso executar o serviço de limpeza urbana, mas também é importante a gestão dos resíduos e dos rejeitos coletados. A destinação dos resíduos e a disposição final dos rejeitos, para ambos os casos, precisa ser ambientalmente adequada.

A coleta, a varrição, o transbordo, o transporte, a destinação e o tratamento dos resíduos sólidos, a disposição do rejeito para os aterros sanitários, todas essas etapas precisam estar comprometidas com os ideais de sustentabilidade. Na verdade, esse conceito de um serviço de manejo de resíduos que ultrapasse a simples disposição de materiais em aterros, já está sendo incorporado aos novos contratos do setor — em especial, nos contratos de longo prazo, seja em concessões comuns, patrocinadas ou administrativas. Contratos de longo prazo, em que a parte privada assume a responsabilidade pela operação do serviço e a gestão dos riscos,



com remuneração vinculada ao desempenho e/ou à demanda. Dependendo do modelo proposto, sendo o caso, haverá participação privada no financiamento do projeto e o custeio (*funding*) pode decorrer do orçamento público e/ou do usuário desta modalidade de serviço público.

Pensando no *tratamento*, apenas para pontuar alguns aspectos, em um modelo ideal, os resíduos orgânicos devem ser destinados à compostagem. Outros poderão ser reutilizados ou, por meio de diferentes técnicas, reciclados, para que retornem ao ciclo produtivo como bens ou como matérias-primas. Parcela dos resíduos será objeto de aproveitamento energético, quando existir tecnologia licenciada para utilização intensiva (o caso das usinas de incineração), nos mesmos termos do art. 9º, § 1º, da Lei n. 12.305/2010: “[...] Poderão ser utilizadas tecnologias visando à recuperação energética dos resíduos sólidos urbanos, desde que tenha sido comprovada sua viabilidade técnica e ambiental e com a implantação de programa de monitoramento de emissão de gases tóxicos aprovados pelo órgão ambiental”. Nessa linha, quando não for possível a reutilização e a reciclagem, avança-se para o tratamento, ou seja, “[...] processos e operações que alteram as características físicas, físico-químicas, químicas ou biológicas dos resíduos visando à minimização do risco à saúde pública e a preservação da qualidade do meio ambiente, podendo o tratamento ser físico, químico, biológico ou térmico (NR ANA n. 07/2024, art. 34)”. No Brasil existe espaço para ampliar o serviço de reciclagem e a valorização de resíduos orgânicos, seja pela compostagem ou digestão anaeróbia para o biogás¹⁴.

14 Em linguagem simples, o Plano Nacional de Resíduos Sólidos lembra que os resíduos orgânicos são constituídos, predominantemente, por restos de alimentos e vegetais descartados e o seu processo de degradação é uma fonte relevante de emissão de metano. Na prática, “[...] podem ter diversas origens, por exemplo, domiciliar e da limpeza urbana (restos de alimentos, de jardinagem, podas etc.), agrícola ou industrial (resíduos de agroindústria alimentícia, indústria madeireira, frigoríficos etc.) e de saneamento básico (lodo de estações de tratamento de esgoto). Em ambientes naturais e em pequenas quantidades, esses materiais são facilmente decompostos por bactérias e outros organismos, e assim seus nutrientes são reinseridos no meio ambiente. Entretanto, quando gerados em maiores quantidades, como observado em centros urbanos, podem constituir um sério problema ambiental na ausência de destinação final adequada [...]”. MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. **Plano Nacional de Resíduos Sólidos — Planares 2022**, p. 36. Disponível em: <https://sinir.gov.br/informacoes/plano-nacional-de-residuos-solidos/>. Acesso em: 03 abr. 2024.

Nesse sentido, no Ceará, compreendendo os municípios de Altaneira, Barbalha, Cariri, Crato, Farias Brito, Jardim, Missão Velha, Nova Olinda e Santana do Cariri, a Aegea, comprovando uma tendência para o setor, assumiu a concessão, e com ela a responsabilidade, de fazer a destinação/disposição ambientalmente correta dos resíduos/rejeitos, objetivando assim a desativação de nove lixões. Contratos como esse vão ao encontro do que estipula o marco do saneamento básico para o setor de resíduos sólidos, tratando de dois dos principais objetivos presentes na lei: extinção dos lixões e incorporação de rotas tecnológicas ao ciclo de vida os resíduos. Nessa mesma linha, a Orizon Valorização de Resíduos tem transformado os seus aterros em ecoparques, na lógica de criar *hubs* de transformação de resíduos com centrais de reciclagem, captação de biogás, produção de combustível e fertilizantes, agregando competências novas para as suas unidades.

A *China National Offshore Oil Corporation* (CNOOC), uma das empresas de energia naquele país, está concluindo sua primeira usina de reciclagem de lixo com o intuito de abastecer residências. A usina de reciclagem terá capacidade para processar lixo doméstico e produzir energia elétrica em grande escala, reduzindo as emissões de CO² e ampliando a vida útil dos aterros. Na lógica de um *hub* de serviços, também poderá fazer a triagem e a reciclagem de resíduos, a incineração para a produção de energia¹⁵, a dessalinização da água e o tratamento de esgoto. No estado de São Paulo, na cidade de Palmital, iniciativa parecida também avança, na abordagem de transformar resíduos sólidos em energia limpa. No Rio Grande do Sul o Parque Ambiental Gravataí, do Grupo Centauro (Empresa Gaúcha de Tratamento de Resíduos - EGTR) segue essa direção, reunindo resíduos de naturezas distintas no mesmo local, em área situada na Região Metropolitana de Porto Alegre. Em

15 Destaca o autor no seu artigo que: “[...] estudo realizado em parceria entre a ABiogás e a ABRELPE constatou que cerca de 50% dos resíduos sólidos urbanos gerados no País correspondem à fração orgânica, o que representa enorme potencial para o aproveitamento energético do biogás. Contudo, pouco mais da metade desse material é destinado para aterros sanitários, nos quais poderia haver o aproveitamento energético. Quase 80% do biogás produzido hoje no Brasil são oriundos de resíduos de aterros sanitários e estações de tratamento de esgoto, comprovando o alto potencial energético das usinas implementadas nesses locais”. PEREIRA, Luiz Gonzaga Alves. Avanços e Desafios do Novo Marco Legal do Saneamento no Setor de Resíduos Sólidos. In: ZULIANI, G; DAL POZZO, A. **Saneamento Básico: Uma Lei e um Marco**. Belo Horizonte: Fórum, 2023, p. 49.

todos esses exemplos já privilegia-se a economia circular em detrimento da economia linear, ou seja, reutilizar, reciclar ou tentar a recuperação energética, observando a hierarquia do gerenciamento de resíduos.¹⁶

Como se disse antes, esses processos, essas rotas tecnológicas, podem funcionar ao longo de toda a cadeia, não apenas na área física do aterro sanitário. Obviamente, retoma-se a ideia, o aterro pode ser um *hub*, um ponto central para valorizar resíduos e identificar os rejeitos cuja única alternativa seja o aterramento. Evidentemente, se os resíduos coletados e direcionados à destinação final serão acumulados em um aterro sanitário, parece uma vantagem estratégica utilizar a estrutura do próprio aterro para instalar usinas de compostagem; estações de segregação de resíduos para reciclagem; instalações que permitam o aproveitamento energético dos materiais e, até mesmo, campos industriais de empreendimentos que utilizem os materiais originados do resíduo como matéria-prima para sua atividade.

Diante do fato de que a regionalização no serviço de limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos tende a desenvolver-se ao redor dos aterros — por meio de consórcios, é natural que se imagine a elaboração de propostas de investimento nessa infraestrutura como o local correto para valorizar esses recursos. Com isso, insiste-se, podemos pensar no local do aterro sanitário não apenas como o ambiente para a disposição do rejeito, mas também como uma grande estrutura centralizadora de rotas tecnológicas responsáveis pela destinação final dos mais diversos resíduos, com sustentabilidade econômica, financeira, ambiental, de resiliência, social e institucional. Faltaria para esse conceito inovador trazido pela lei até mesmo uma nomenclatura apropriada, já que o complexo do aterro sanitário envolveria muito mais estruturas que somente o próprio aterro. No Brasil, a Solvi também desenvolve projetos com esse racional, na Bahia, no Rio Grande Sul e São Paulo, apenas para dar alguns exemplos. Essas atividades conjugadas com o objetivo

16 O Banco Interamericano de Desarrollo (BID) publicou recentemente (2023) “Lineamientos sectoriales para la gestión de residuos sólidos y el avance hacia la economía circular – Acelerando la transformación del sector”, pela División de Agua y Saneamiento. Uma fonte importante de consulta sobre o tema. Outra fonte importante, produzida pelo BID, Caixa Econômica Federal (CEF) e com o Programa de Parcerias e Investimentos da Casa Civil da Presidência da República (PPI) é o “Guia Prático de Estruturação de Projetos de Concessão de Manejo Sustentável de Resíduos Sólidos Urbanos”, também de 2023.

de dar fim diverso aos resíduos sólidos que não o seu mero descarte configuram o conceito de destinação final adequada. Ou seja, o que está contido nesse conceito é justamente a ideia de que os resíduos devem ser reutilizados, reciclados, reaproveitados e tratados, e somente quando não for possível dar outra destinação a esses materiais é que se deve pensar em sua disposição final.

Os conceitos de *ecodesign* (ou design inteligente)¹⁷ e ecoeficiência, economia circular e logística reversa dialogam com as estratégias de diminuição das emissões e dos resíduos e a busca por incentivar novos comportamentos sociais (o consumo limpo) e o surgimento de mercados aderentes aos produtos de alta qualidade ambiental. Na logística reversa uma específica cadeia de suprimentos deve organizar-se, absorver novamente e dar a correta destinação para produtos usados e suas embalagens. Com essa visão, o *ecodesign* deve se fazer presente nas experiências de redesign do produto ou serviço ativo ou para projetar alternativas de substituição socialmente aceitas. Todos relacionados ao debate em torna da sustentabilidade em sentido amplo.

Como parece irrealizável cobrar de cada produto o seu custo total — o seu impacto ambiental —, o que exigiria calcular todas as suas externalidades (o custo real de produção), deve-se comprometer o maior número possível de atores com a proteção do nosso ecossistema, uma das bases do conceito de responsabilidade compartilhada integrada ao serviço de limpeza urbana e o manejo de resíduos sólidos. O Poder Público trabalhar com preço sombra por dentro das licitações sustentáveis seria uma alternativa para buscar o preço correto a partir do impacto ambiental de cada produto, mas não parece, neste momento, uma hipótese provável.

A consolidação de um mercado de carbono pode estimular o surgimento de tecnologias que produzam créditos, que podem ser comercializados em nichos de atividades com dificuldade para reduzir as suas emissões. Se considerarmos as mudanças climáticas como um exemplo de falha de mercado, o papel do Estado de intervir com regulação e controle — no exercício motivado de uma discricionariedade técnica — está legitimado. Se está pensando em um design que tenha como ponto de chegada a sustentabilidade,

17 Ecodesign pode ser simplificada e explicado como o planejamento de produtos e serviços com vista a reduzir a produção de resíduos ao longo de todo seu ciclo de vida, bem como de facilitar a reutilização e minimizar os impactos ambientais de eventuais descartes de rejeito.

o que precisa ser incorporado em todos os âmbitos da construção de projetos, aproximando sistema produtivo e sociedade. A existência de restrições ecológicas cada vez maiores e a transição para uma economia de baixa emissão de carbono também impactarão o funcionamento desta modalidade de serviço público. Se os recursos naturais são escassos, será obrigatório regular e controlar de maneira eficiente a sua utilização.

O aquecimento global, diante de tantas evidências científicas de que a atividade humana é o fato gerador principal, tem estimulado a pesquisa e até mesmo o surgimento de fontes energéticas de carbono neutro, mas o problema ainda é equilibrar sustentabilidade ambiental, social e econômica nessas respostas de inovação. O adequado manejo de resíduos sólidos pode ser uma alternativa até mesmo para o setor energético, a depender do desenvolvimento de tecnologias de aproveitamento.

É preciso ter atenção quanto ao papel dos resíduos sólidos na emissão de gases do efeito estufa (GEE). Segundo dados retirados da Plataforma Climate Watch, 5% das emissões de GEE do Brasil são oriundas do setor de resíduos.¹⁸ Esses dados contrastam inclusive com a média global, que é de 3% para o setor. O papel dos resíduos sólidos na busca pela neutralidade é reconhecida também em documentos do Banco Mundial, em especial nas regiões mais urbanizadas:

O manejo de resíduos sólidos representa um componente importante na redução das emissões de GEE (principalmente o metano) nas cidades brasileiras. Por exemplo, os registros de emissões de GEE demonstram que o setor de resíduos sólidos produziu 22% das emissões no Rio de Janeiro (0,5 tCO₂e per capita), 16% em Salvador (0,13 tCO₂e per capita), 8,6% em Curitiba (0,2 tCO₂e per capita) e 8,2% em São Paulo (0,11 tCO₂e per capita).¹⁹

Os índices brasileiros de emissões decorrentes dos resíduos sólidos podem decorrer da persistência da opção pela disposição final em lixões, ainda presente em regiões do país. A implementação

18 FERREIRA, Artur Villela. OLIVEIRA, Gesner. **Nem Negacionismo, Nem Apocalipse. Economia do Meio Ambiente: Uma Perspectiva Brasileira.** 1ª ed. São Paulo: BEI Editora, 2021. p. 32-33.

19 BANCO MUNDIAL. América Latina e Caribe. Brasil. Grupo Banco Mundial. **Relatório Sobre Clima e Desenvolvimento para o País 2023.** Washington: World Bank Publications, 2023.

das metas de erradicação dos lixões e aterros controlados no país, na Lei n. 12.305/2010, reforçada pelo Planares 2022 e revisitada no Plano de Transição Ecológica do Governo Federal, de 2023, tem o potencial de diminuir as emissões nacionais de GEE, com benefícios para a agenda ambiental brasileira. Nesse sentido, precificar o custo das emissões de carbono para o produtor e o consumidor tende a mobilizá-los para a busca de métodos alternativos, em especial na busca por inovações tecnológicas que permitam exercer suas atividades com menor impacto ambiental. De qualquer forma, emissão de carbono é muito menos um custo privado, muito mais um custo social, na medida em que será complexo quantificar o valor da poluição para a população total afetada, muito menos se levarmos em conta os impactos para as gerações seguintes. Os custos monetários de um projeto precisam ser estressados com o seu custo ambiental e social, ou seja, a taxa interna de retorno (TIR) e o custo-benefício do projeto precisam de uma avaliação mais ampla, que compreenda as restrições existentes.

Trata-se da assimilação das externalidades ambientais ao cálculo dos custos econômicos. Quanto ao carbono, essa incorporação dos custos ambientais ao preço final dos produtos pode ser incentivada pela incorporação de taxas de carbono ou mesmo por imposição de metas de emissão que induzam à aquisição de créditos de carbono. Essas estruturas são aplicáveis aos setores de saneamento básico em relação aos resíduos sólidos. É possível acelerar a incorporação de boas práticas ambientais por meio de incentivos, como na concessão de benefícios na obtenção de empréstimos ou investimentos. É com esse objetivo que existem os *green bonds*, títulos de dívida verdes que identificam financiamentos com o carimbo ambiental para o direcionamento de recursos. Dito de outra forma, há previsão de favorecimento na obtenção de recursos a partir da submissão de projetos que tenham efeitos ambientais positivos.

Combater a ameaça das mudanças climáticas e acelerar a descarbonização da economia é um problema de governança global. O sistema produtivo precisa funcionar utilizando menos recursos naturais, com um design voltado para a sustentabilidade, que avalie impactos durante todo o ciclo de vida (pré-produção, produção, distribuição, uso e descarte) para permitir o surgimento de uma nova geração de produtos, serviços e mercados que auxiliem

na mudança da cultura de consumo. Todavia, enquanto prevalecer o binômio consumo-descarte, torna-se essencial uma política avançada para a gestão desses resíduos.²⁰

Por isso a importância de marcos legais e infralegais dos planos, programas, projetos e demais instrumentos compondo um sistema integrado para viabilizar o manejo correto. A hierarquia dos resíduos (a escada de Lansink, Holanda), a economia circular, o *ecodesign* (NBR n. 14.040/1997 e a análise do ciclo de vida), a logística reversa, os incentivos públicos (sejam fiscais, sejam orçamentários), todos estão conectados com o tema das mudanças climáticas e a bioeconomia.

Nessa linha de precificação dos custos ambientais das atividades, é preciso ter em mente que o legislador incorporou no ordenamento brasileiro a ideia de responsabilização privada pela degradação ambiental decorrentes das atividades econômicas. É o reconhecimento de que o regime de preços atual é o resultado de um cálculo que deixa de fora os imensos custos da degradação ambiental, repassados indiretamente para a população. Esse repasse dos custos não computados da degradação ambiental vem merecendo atenção conforme são percebidos no cotidiano os efeitos das mudanças climáticas.

A geração crescente de resíduos, e sua maior complexidade (composição gravimétrica), com risco de impactos ambientais, incluindo águas superficiais e subterrâneas, tornam o seu gerenciamento um desafio para o poder público. Na medida em que não somos capazes de controlar as externalidades que resultam do uso intensivo de matéria prima, além das consequências do seu posterior descarte, como equilibrar a tensão entre sustentabilidade e desenvolvimento.

Como alerta, sabendo-se que a evolução dessa política pública, por todas as suas complexidades, pode ser muito lenta, julga-se que a falta de ações adequadas contra as mudanças climáticas representará, em algum momento, prova efetiva de uma violação dos direitos humanos, com impactos no presente e no futuro.

20 Ver: Plano de Ação Ambiental da Comunidade Europeia (CEE, 1972).

3. Política Nacional de Resíduos Sólidos (Lei Federal n. 12.305/2010 e o Decreto n. 10.936/2022)

A Política Nacional de Resíduos Sólidos (PNRS), criada pela Lei Federal n. 12.305/2010 é a referência formal e material para o setor, com potencial de transformar uma realidade ainda distante do ponto de chegada idealizado pelo legislador. O documento definiu as diretrizes, os princípios e conceitos centrais, estipulou objetivos e instrumentos, dividiu responsabilidades entre diferentes atores e detalhou as etapas relacionadas ao gerenciamento de resíduos.

O Plano Nacional, os planos estaduais, os planos microrregionais de resíduos sólidos e os planos de resíduos sólidos de regiões metropolitanas ou aglomerações urbanas, os planos intermunicipais de resíduos sólidos, os planos municipais de gestão integrada de resíduos sólidos e os planos de gerenciamento de resíduos sólidos demonstram que o planejamento, a transparência e a participação social são um ponto de partida para a organização de todo o sistema (Lei Federal n. 12.305/2010, art. 14), o que revela a proximidade, por exemplo, com a Lei n. 11.445/2007, art. 2º, VI, IX e X). Os serviços de limpeza pública e de manejo de resíduos sólidos poderão ser prestados na mesma unidade da prestação regionalizada de água e esgotamento sanitário, mas também poderão estar em “[...] unidades de dimensões distintas para cada serviço” (Decreto Federal n. 11.599/2023, art. 6º, § 11). Em realidade, e faz todo o sentido que seja assim, “[...] a destinação ambientalmente adequada dos resíduos sólidos urbanos consistirá em critério orientador para a definição das estruturas de prestação regionalizada” (Decreto n. 11.599/2023, art. 6º, § 12), indicando que a localização das rotas tecnológicas, ou do aterro sanitário, tendem a desenhar o melhor formato de atuação, diante das alternativas que existem para a formação de coletivos. Pode-se, inclusive, incentivar na modelagem o desvio correto de resíduos/rejeitos da destinação/disposição, a partir de trilhos que sejam mais ecoeficientes do que o aterro tradicional.

Diferentemente dos tópicos anteriores do presente capítulo, que focaram principalmente nos desdobramentos materiais e legais que permitiram o desenvolvimento das políticas voltadas para o tema de resíduos sólidos — o caso da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei Federal n. 6.938/1981, PNMA), agora serão priorizados os conceitos centrais da PNRS (Lei Federal n. 12.305/2010, art. 3º).



Parte-se da indicação da estrutura da própria Lei n. 12.305/2010, com sua ordenação lógica; em sequência, serão destacados os princípios norteadores de toda a Política (Lei Federal n. 12.305/2010, art. 6º), quando se percebe os pontos de contato com a Lei Federal n. 11.445/2007, art. 2º, com as normas de referência da ANA e o Decreto Federal n. 11.599/2023, art. 2º, § 1º e art. 6º, § 11 e § 12. Com isso, busca-se uma compreensão geral da PNRS e a identificação dos pontos destacados neste diálogo de norma específica e norma geral, resultando no denominado *Novo Marco Legal do Saneamento*.

Tem-se que a PNRS é subdividida em quatro títulos, sendo o primeiro atinente às disposições gerais, o segundo referente aos princípios, objetivos e instrumentos da Política, o terceiro tratando das principais diretrizes aplicáveis ao setor, com exposição dos planos de resíduos, a distribuição das responsabilidades, a indicação das categorias de resíduos (com capítulo acerca dos resíduos perigosos) e os instrumentos econômicos, concluindo, por fim, com o quarto título, referente às disposições transitórias e finais.

Quanto ao Título I, as informações mais destacadas dizem respeito ao teor do art. 3º, que a Lei utilizou como *locus* adequado para a apresentação de dezenove conceitos que revelam os contornos dessa política pública.

De início, torna-se obrigatório diferenciar dois pares de conceitos, explicados na PNRS, quais sejam, os *resíduos* e os *rejeitos*.²¹ Tentando manter a precisão, *resíduo* é o material descartado, oriundo da atividade humana, que é passível de tratamento ou recuperação por meio das diversas rotas tecnológicas economicamente viáveis, inclusive com sua reintrodução no mercado; enquanto *rejeito* é o resíduo que já esgotou os meios de tratamento e recuperação. A

21 A lei define os dois conceitos nos seguintes termos:

"Art. 3º Para os efeitos desta Lei, entende-se por: [...]

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;"

relação dos resíduos com as rotas tecnológicas e dos rejeitos com a solução oferecida pelos aterros sanitários terão destaque na continuidade deste trabalho (Lei Federal n. 12.305/2010, art. 3º, XV e XVI).

Para compreender o sistema, o segundo par de conceitos que precisa ser conhecido nos apresenta as diferenças entre *destinação final ambientalmente adequada* e *disposição final ambientalmente adequada*. Enquanto a destinação é o termo usado para classificar o direcionamento de resíduos para os diferentes processos de recuperação e tratamento disponíveis (as rotas tecnológicas), a disposição final é utilizada exclusivamente para hipóteses de alocação de rejeitos (frisa-se a utilização do termo rejeito e não resíduo) em aterros sanitários.

Em sequência, adentrando no Título II da Lei Federal n. 12.305/2010, parte-se para uma exposição dos princípios norteadores da Política, com ênfase para os dois principais: o de poluidor pagador (art. 6º, II, da Lei Federal n. 12.305/2010) e o da responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida dos produtos (art. 6º, VII, da Lei Federal n. 12.305/2010)²²⁻²³.

22 Ciclo de vida é o processo sequencial do produto que parte do procedimento de seu planejamento e criação, segue por todas as demais etapas de seu processo produtivo e termina em sua utilização e posterior descarte pelo consumidor final. Serve como meio de individualizar cada etapa do processo produtivo, de modo a expor seus agentes e permitir a responsabilização em relação às ações de gerenciamento de seus respectivos resíduos.

23 É evidente que os demais princípios apresentados no art. 6º da PNRS são relevantes para a compreensão integral do marco legal dos resíduos sólidos. Contudo, entende-se que os dois princípios assinalados apresentam uma centralidade maior, justificando sua seleção, justamente em razão da compreensão desses dois princípios ser fundamental para o devido entendimento das discussões que serão focalizadas no presente livro.

De todo modo, mostra-se válida a exposição literal do referido art., de modo a facilitar e complementar a compreensão do leitor:

"Art. 6º São princípios da Política Nacional de Resíduos Sólidos:

I - a prevenção e a precaução;

II - o poluidor-pagador e o protetor-recebedor;

III - a visão sistêmica, na gestão dos resíduos sólidos, que considere as variáveis ambiental, social, cultural, econômica, tecnológica e de saúde pública;

IV - o desenvolvimento sustentável;

V - a ecoeficiência, mediante a compatibilização entre o fornecimento, a preços competitivos, de bens e serviços qualificados que satisfaçam as necessidades humanas e tragam qualidade de vida e a redução do impacto ambiental e do consumo de recursos naturais a um nível, no mínimo, equivalente à capacidade de sustentação estimada do planeta;

VI - a cooperação entre as diferentes esferas do poder público, o setor empresarial e demais segmentos da sociedade;

VII - a responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida dos produtos;



O princípio do *poluidor pagador*, surge no ordenamento jurídico brasileiro por meio do art. 4º, inciso VII, da Lei Federal n. 6.938/1981, criadora da Política Nacional de Meio Ambiente:

Art 4º - A Política Nacional do Meio Ambiente visará: [...] VII - à imposição, ao poluidor e ao predador, da obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos causados e, ao usuário, da contribuição pela utilização de recursos ambientais com fins econômicos.

Esse conceito foi reforçado, ainda, por meio do art. 225, §2º da Constituição Federal de 1988²⁴, para, então, aparecer novamente na Lei Federal n. 12.305/2010, em seu art. 6º, inciso II. A implicação direta do conceito de poluidor pagador é a de que os agentes responsáveis por qualquer espécie de degradação ambiental (a poluição), terão responsabilidade, inclusive econômica, de reestabelecer o meio ambiente ao seu estado anterior.

A especificação da amplitude do que a Lei considera como poluição passível de gerar este compromisso pode ser observada também pela PNMA, que em seu art. 3º, inciso III²⁵, elenca desde fatores como o prejuízo às condições sanitárias e estéticas do meio ambiente até degradações ambientais que criem condições adversas às atividades sociais e econômicas.

VIII - o reconhecimento do resíduo sólido reutilizável e reciclável como um bem econômico e de valor social, gerador de trabalho e renda e promotor de cidadania;

IX - o respeito às diversidades locais e regionais;

X - o direito da sociedade à informação e ao controle social;

XI - a razoabilidade e a proporcionalidade. "

- 24 "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.

[...] § 2º Aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei."

- 25 "Art 3º - Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por:
- III - poluição, a degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que direta ou indiretamente:
 - a) prejudiquem a saúde, a segurança e o bem-estar da população;
 - b) criem condições adversas às atividades sociais e econômicas;
 - c) afetem desfavoravelmente a biota;
 - d) afetem as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente;
 - e) lancem matérias ou energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos;"

Em outras palavras, o princípio do poluidor pagador visa a responsabilizar os agentes econômicos pela degradação ambiental decorrente de sua atividade, em uma perspectiva ampla. Trata-se de uma responsabilidade posterior à ocorrência do dano, uma vez que pressupõe a ação de degradação para então prever a responsabilidade reparatória. Contudo, por vezes não é possível a individualização dos responsáveis pelos danos ambientais, de modo que a ideia central do poluidor pagador nem sempre se realiza. Diante disso: “Quando os custos da degradação do meio ambiente não são pagos por aqueles que os geram, esses custos tornam-se externalidades para o sistema econômico, ou seja, são externalidades às funções de custo e de demanda”²⁶. Essas externalidades devem ser entendidas como qualquer efeito de uma transação em uma parte que não esteja envolvida nessa mesma transação, podendo esse efeito ser positivo ou negativo²⁷. Neste aspecto, a escolha do Brasil pela *responsabilidade compartilhada*, em detrimento da *responsabilidade exclusiva do produtor*, pode dificultar a aplicação do princípio do poluidor pagador em casos concretos.

O tópico é relevante quando analisado pelo viés ambiental, pois normalmente as externalidades negativas que impactam o meio ambiente não geram os devidos impactos financeiros nos seus responsáveis. O princípio do poluidor pagador busca gerar uma conversão de externalidades ambientais em custos para o gerador da poluição. Esses custos serão, como consequência provável, incorporados aos preços dos produtos, de modo a incentivar inovações que diminuam os impactos da atividade econômica para terceiros.

Em sentido análogo funciona a lógica dos créditos de carbono para as atividades geradores de gases do efeito estufa: somam-se os custos da emissão de carbono ao preço de um produto, onerando o gerador e o consumidor, para acelerar a busca por fontes energéticas alternativas. Existem os que defendam, contra externalidades como a emissão de GEE ou a poluição ambiental derivada da má alocação de rejeitos, a aplicação da chamada “*Taxa Pigouviana*”, ou seja, a taxa dos processos de produção e consumo

26 ARAÚJO, Suely Mara Vaz Guimarães de; JURAS, Ilidia da Ascensão Garrido Martins. **Comentários à Lei dos Resíduos Sólidos**: Lei nº 12.305, de 2 de agosto de 2010 (e seu regulamento). São Paulo: Editora Pillares, 2011, p. 61.

27 PIGOU, Arthur Cecil. **The Economics of Welfare** (1920). Londres: Pelgrave Macmillan, 2013.

na mesma medida em que a poluição do ambiente afetou outros agentes alheios à transação original.²⁸

Um evoluído sistema de preços, com a incorporação do princípio do poluidor pagador, da taxação ou, em outros casos, de precificação da poluição por meio de créditos de carbono revela uma estratégia capaz de incentivar a transição para tecnologias mais limpas. É papel da sociedade, do Estado e do mercado identificar os incentivos corretos para acelerar a modernização dos sistemas produtivos em linha de coerência com a legislação do setor.

A discussão acerca da distribuição de responsabilidades em relação aos resíduos gerados é fundamental em todo o estudo do setor de manejo de resíduos sólidos. Isso ocorre porque, ainda que a legislação federal fale em responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida dos produtos, o resultado prático das políticas aplicadas faz com que, na maioria dos casos, o setor público arque com a responsabilidade técnica e econômica de fazer a gestão do resíduo quando, direcionado para a coleta pública, não possui origem identificável.

Parte-se da premissa de que a Lei Federal n. 12.305/2010, em seu art. 27, *caput*, prevê que os agentes privados incumbidos de realizar planos de gerenciamento de resíduos são responsáveis pela destinação final ambientalmente adequada dos resíduos por eles gerados e pela disposição final ambientalmente adequada de seus rejeitos. Todavia, não é fácil fazer essa regra funcionar.

Na mesma linha, todo o Decreto Federal n. 10.936/2022, seja ao tratar de coleta seletiva em seu art. 4º e 8º, seja ao referir o tema da logística reversa, em seu art. 14, fala que consumidores, geradores, fabricantes, importadores, distribuidores e comerciantes dos produtos, *deverão realizar as medidas adequadas para a efetivação dos mecanismos de destinação final ambientalmente adequada*.

Dentro dessa ideia, o art. 27 do §2º da Lei Federal n. 12.305/2010²⁹, indica que, quando o poder público realizar as

28 FERREIRA, Artur Villela. OLIVEIRA, Gesner. **Nem Negacionismo, Nem Apocalipse. Economia do Meio Ambiente:** Uma Perspectiva Brasileira. 1ª ed. São Paulo: BEI Editora, 2021. p. 55.

29 "Art. 27. As pessoas físicas ou jurídicas referidas no art. 20 são responsáveis pela implementação e operacionalização integral do plano de gerenciamento de resíduos sólidos aprovado pelo órgão competente na forma do art. 24. [...] § 2º Nos casos abrangidos pelo art. 20, as etapas sob responsabilidade do gerador que forem realizadas pelo poder público serão devidamente remuneradas pelas pessoas físicas ou jurídicas responsáveis, observado o disposto no § 5º do art. 19."

obrigações que são de responsabilidade de agentes privados, se estabelece um dever de ressarcimento. Trata-se de uma moldura legal que cria deveres para os atores privados envolvidos no ciclo de vida dos produtos e que, quando for ausente ou ineficaz a atuação privada e restar ao ente público arcar com o gerenciamento do resíduo, decorrerá justa remuneração.

Ainda que haja previsão legal acerca da necessidade de os agentes privados darem destinação ambientalmente adequada aos resíduos por eles produzidos, inclusive com a absorção dos encargos econômico-financeiros decorrentes dessa atividade, seguidamente esse custo é transferido para a coletividade. O orçamento público do município financia o serviço de limpeza urbana, o transporte, o transbordo, a destinação ou disposição correta, mesmo nas hipóteses de resíduos (ou rejeitos) que deveriam ser resolvidos pelos geradores — seja em razão de sistemas de logística reversa consolidados (que também depende da ação dos consumidores), seja pela própria natureza do resíduo (o caso do resíduo proveniente de estabelecimentos de saúde).

O problema apresentado pelo poder público pode ser visto como de identificação, rastreabilidade e responsabilização. É preciso que seja possível identificar no caso concreto quais resíduos são de responsabilidade do poder público e quais são de responsabilidade dos agentes privados; em sequência, rastrear qual a identidade específica do agente que, dentro do ciclo produtivo, é o responsável direto pela destinação daquele resíduo, para, então, haver a responsabilização, de modo a gerar a possibilidade de cobrança financeira.

Percebe-se que a responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida dos produtos diz respeito à obtenção de informações acerca do resíduo, ou, dito de outro modo, diz respeito a dados. Nesse sentido, tecnologias como a do *blockchain* podem ser alternativas na implementação de políticas públicas. Isso já ocorre na cidade de São Paulo, em projeto elaborado pela Green Platforms Gerenciamento de Dados S.A. No caso da aplicação na capital paulista, a solução para a responsabilização dos agentes privados por meio da rastreabilidade dos resíduos gerados foi a implementação do Controle de Registro Eletrônico (CTR-e). O mecanismo permite o registro e o controle dos resíduos gerados pelos diferentes agentes distribuídos ao longo das diversas fases da produção, destinação/

disposição dos resíduos/rejeitos. Com o CTR-e, é possível que a administração fiscalize a destinação dos resíduos por meio dos registros existentes no sistema, ou seja, a criação de um formal e documentado Controle de Transporte de Resíduos. Além disso, o sistema torna possível a identificação dos fluxos de coleta pelos usuários, bem como permite a geração de relatórios precisos, tudo isso por meio de certificados digitais confiáveis e verificáveis.

Os resultados práticos da implementação do sistema na Cidade de São Paulo confirmam alguns benefícios do registro da gestão de resíduos por meio da tecnologia *blockchain*. Segundo dados fornecidos pela empresa *Green Platforms*³⁰, criadora e administradora do CTR-e, o número de empresas registradas como geradoras de resíduos em São Paulo avançou de 5.000 para 690.000 após a implementação do sistema. Essa proporção de entidades cadastradas implica no registro e na rastreabilidade de 18.000 toneladas de resíduos por dia no município.

Retomando o eixo explicativo da PNRS, além do princípio do poluidor pagador, outro conceito norteador da Política é o de *responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida dos produtos*, presente no art. 6º, inciso VII, da Lei n. 12.305/2010. Trata-se de um conceito que irá perpassar todo o texto da PNRS, ao definir que os atores envolvidos no ciclo de vida de um produto, desde sua concepção até a disposição final ambientalmente adequada dos rejeitos gerados, devem operar de forma coordenada e cíclica.

A Lei define o conceito de responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida dos produtos nos seguintes termos:

Art. 3º Para os efeitos desta Lei, entende-se por: [...] 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;

O conceito de responsabilidade compartilhada parte da premissa, expressa inclusive no texto legal como um objetivo da

30 Dados disponíveis no link: <https://greenplat.com/solucoes-cidades/#case-cidade>.

Política (art. 7º, II, da Lei n. 12.305/2010), de que existe uma ordem de prioridade no gerenciamento de resíduos: não geração, redução, reutilização, reciclagem e tratamento dos resíduos sólidos, bem como disposição final ambientalmente adequada dos rejeitos. Essas abordagens são reforçadas pelo art. 30 do Decreto n. 10.936/2022, que regulamenta a Política Nacional de Resíduos Sólidos.³¹ Nessa linha, o Planares (aprovado pelo Decreto Federal n. 11.043/20220), cumprindo a função de Plano Nacional, também destaca a não geração e a redução como ações prioritárias, reconhecendo que são práticas pouco exercitadas na dinâmica do setor produtivo nacional. A busca por padrões sustentáveis de produção de bens e serviços, o *ecodesign*, os novos negócios vocacionados para obter ganhos ambientais dependem do engajamento dos consumidores para compor um ecossistema sustentável³².

A *classificação dos resíduos* a partir da sua origem é imprescindível para a responsabilização do gerador. De outro lado, quando o enfoque é no seu grau de periculosidade, divide-se em Classe I — perigosos, como inflamabilidade, corrosividade, toxicidade, patogenicidade e reatividade — e Classe II — não perigosos, sendo eles não inertes, Classe II-A e inertes, Classe II-B —. A preocupação passa a ser o manejo correto do resíduo ou do rejeito, ou seja, como serão tratados para propiciar uma destinação ou disposição ambientalmente correta.³³ De qualquer sorte, o gerenciamento dos resíduos perigosos é responsabilidade do gerador.

Quando *a origem* é o ponto de atenção, destacam-se a existência dos *resíduos domiciliares* (atividades domésticas em residências), dos *resíduos de limpeza pública* (limpeza de parque, praças e bocas de lobo), dos *resíduos de estabelecimentos comerciais e prestadores de serviços* (no comércio em geral, o caso dos plásticos, embalagens e papel), dos *resíduos industriais*, dos *resíduos de serviços de*

31 “Art. 30. Na gestão e no gerenciamento de resíduos sólidos, será observada a seguinte ordem de prioridade: I - não geração de resíduos sólidos; II - redução de resíduos sólidos; III - reutilização de resíduos sólidos; IV - reciclagem de resíduos sólidos; V - tratamento de resíduos sólidos; e VI - disposição final ambientalmente adequada dos rejeitos.”

32 MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. **Plano Nacional de Resíduos Sólidos — Planares 2022**, p. 16. Disponível em: <https://sinir.gov.br/informacoes/plano-nacional-de-residuos-solidos/>. Acesso em: 03 abr. 2024.

33 NBR n. 100004/2004, ABNT e a listagem dos resíduos perigosos; NBR n. 10.005 – lixiviação de resíduos; NBR n. 10.006 – solubilização de resíduos e NBR n. 10.007 – amostragem de resíduos.

saúde (em hospitais e postos de saúde), dos *resíduos de serviços de transporte* (portos e aeroportos são exemplos), dos *resíduos agrosilvopastoris* (o caso do agronegócio), dos *resíduos de construção civil*, dos *resíduos dos serviços públicos de saneamento básico* (tratamento de água e esgotamento sanitário e os lodos de ETE ou fosse séptica) e dos *resíduos de mineração*³⁴.

Identificada a fonte geradora, esclarece-se a responsabilidade pelo gerenciamento, mas isso não exclui o compromisso dos demais atores envolvidos quando o que prevalece é o conceito de responsabilidade compartilhada. Para a regra geral, deve-se enfatizar, os resíduos domiciliares e os oriundos da limpeza pública são responsabilidade do poder público.

Os resíduos provenientes de atividades comerciais têm a resposta na lei municipal, podendo também ser incorporados ao sistema público de coleta. O manejo de todas as demais classificações é de responsabilidade do próprio gerador. De qualquer maneira, a responsabilidade pelo gerenciamento dos resíduos não pode ser confundida com a responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida dos produtos.

Para grandes geradores, mesmo em estabelecimentos comerciais, as leis locais majoritariamente atribuem a responsabilidade pelo gerenciamento dos resíduos para o particular. Ao mesmo, pela responsabilidade compartilhada, por vezes o próprio usuário/consumidor precisará participar do fluxo da logística reversa ou da coleta seletiva, como se destacou antes.

34 Quanto aos resíduos de mineração, é interessante identificar a dificuldade do manejo dos rejeitos dessa natureza, que no geral tem imenso potencial danoso. Um dos pontos críticos desse manejo é a necessidade de criação de barragens para a disposição do material, estrutura que demanda cuidado constante, por vezes por prazo muito posterior ao fim da atividade geradora do resíduo. Dentro dessa perspectiva, a criação de novas tecnologias para o setor, que realizem a extração de minerais sem os diversos ônus ambientais decorrentes da atividade e sem a geração de resíduos de difícil manejo é uma ótima oportunidade de fazer avançar as metas ambientais brasileiras, seja referente à PNRS, seja em relação ao controle de emissões de carbono. Exemplo de processo de mineração preocupado com a pegada ambiental gerada é o do "lítio verde", cuja primeira exportação do produto produzido no Brasil foi realizada em julho de 2023. O lítio verde, produzido pela empresa Sigma Lithium tem por objetivo alimentar a produção de baterias para veículos elétricos e tem o diferencial de ser considerado triplo zero: zero carbono, zero rejeitos e zero químicos nocivos. Mais informações disponíveis: <https://g1.globo.com/es/espirito-santo/noticia/2023/07/27/no-es-alcckmin-acompanha-primeira-exportacao-de-litio-verde-do-brasil.ghtml>.

Normalmente, os consumidores, para efetuar a devolução, acessam apenas os comerciantes ou distribuidores. São estes que dão prosseguimento ao fluxo reverso quando interagem com importadores e fabricantes.

Por fim, os últimos, têm o compromisso de garantir uma destinação ambientalmente correta dos resíduos, ou seja, o tratamento, a valorização ou o encaminhamento para os aterros. No caso, o tratamento, a recuperação, ou mesmo a valorização do resíduo são esforços obrigatórios em relação aos processos tecnológicos disponíveis e economicamente viáveis. Logo, existe uma tendência, somando inovação com tecnologia, que a disposição para os aterros represente volumes cada vez menores.

O fluxo direto, que começa pela fonte geradora, passa pelo acondicionamento, pelo transporte, pelo transbordo e encaminha, de maneira indiferenciada, resíduos e rejeitos para o aterro, sabe-se não ser a escolha técnica ideal. Depois da fonte geradora e do acondicionamento, já representaria um formato mais avançado dividir entre o transporte tradicional e a coleta seletiva (para a recuperação de materiais recicláveis), criando-se ambientes para tratamento dos resíduos sólidos indiferenciados e a recuperação dos recicláveis em centrais de triagens, reduzindo, assim, o volume da disposição no aterro sanitário pelos desvios positivos patrocinados pelas rotas tecnológicas.

A preocupação com a geração de resíduos discute os volumes produzidos. A sua classificação revela os responsáveis e permite conhecer as suas características físicas (a composição gravimétrica: resíduos orgânicos, resíduos secos e rejeitos), químicas e biológicas, mesmo que essas realidades sofram seguidas variações. Quando somadas todas as informações, consegue-se organizar e executar um adequado sistema de manejo a partir de um minucioso planejamento. Diante do cenário atual, não mais se pode tolerar a disposição inadequada dos resíduos/rejeitos sólidos.

O objetivo do princípio da responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida dos produtos é o de incorporar no gerenciamento de resíduos a totalidade de atores envolvidos, trazendo os mais diversos segmentos sociais para a ação ambientalmente mais adequada. Esse princípio, como se pode ver, incorpora em si a grande maioria dos conceitos incluídos na PNRS e demonstra o distanciamento entre a projeção legal e a vida cotidiana.



Dando prosseguimento ao eixo explicativo da PNRS, já expostos os seus dois princípios centrais, parte-se para breve comentário acerca do Título III da Lei n. 12.305/2010, que trata das diretrizes do setor.

Retomando este ponto, é o art. 13 da Lei Federal n. 12.305/2010 o responsável por indicar dois critérios para a classificação dos resíduos sólidos: *um por origem e outro por periculosidade*. O *critério por origem* determina onze subdivisões. A grande relevância da compreensão da classificação dos resíduos por origem, é saber quem será responsável pela coleta e pela destinação final ambientalmente adequada: se o poder público municipal ou se o particular responsável por sua produção. Adiante-se, nesse sentido, que apenas os resíduos urbanos (domiciliares e os provenientes da limpeza urbana) poderão ficar sob a responsabilidade do poder público, sendo facultado ao município, a depender de normativa local, assumir também pela coleta e destinação dos resíduos comerciais, desde que não perigosos, a teor do art. 13, parágrafo único, da Lei Federal n. 12.305/2010.

Quanto à *classificação dos resíduos em relação à sua periculosidade*, podem ser simplesmente perigosos ou não perigosos. Essa classificação implica métodos de tratamento e acomodação de cada resíduos, que terão nuances a depender do risco gerado ao meio ambiente ou à saúde pública em face do seu descarte inadequado.

Ainda, cabe tratar *dos planos de resíduos sólidos*, apresentados no Capítulo II do Título III da Lei. Quanto ao tópico, mostra-se evidente o princípio do federalismo cooperativo, na ideia de uma legislação federal sobre questões gerais, complementada por uma legislação estadual sobre temas regionais e leis municipais sobre o interesse local e a aplicabilidade imediata das políticas. Assim, a PNRS prioriza uma visão orientada das ações direcionadas para o serviço de limpeza urbana e o manejo de resíduos sólidos, com o Plano Nacional e os Planos Estaduais com vigência de 20 anos, e revisão a cada período de quatro anos e Planos Municipais com revisão periódica de no máximo 10 anos.

Além disso, a Lei criou as figuras dos Planos Intermunicipais de Resíduos Sólidos — incentivando a regionalização e as soluções consorciadas, que serão tratadas futuramente —, e os Planos Microrregionais, Metropolitanos e de Aglomerados Urbanos. Junto

aos planos relativos aos entes públicos, há também os planos de gerenciamento de resíduos sólidos, devidos pelos particulares que produzirem resíduos especificados em lei — também um desdobramento do conceito de responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida dos produtos.

Tem-se que após uma série de evoluções legais e políticas do final dos anos 1980 até o final da primeira década dos anos 2000, a PNRS surgiu com o objetivo de aperfeiçoar o conjunto de princípios e regras que regulam o serviço de limpeza e manejo de resíduos sólidos no país. Como já se disse, a Política traz conceitos inovadores, valorizando os princípios do poluidor pagador e da responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida dos produtos.

Da mesma forma, a Lei traz conceitos que produziram discussões, como a previsão de tratamento e recuperação dos resíduos antes do envio dos rejeitos aos aterros sanitários (um fluxo mais próximo do modelo ideal); a importância de incorporar os catadores e a logística reversa nos processos de reutilização e reciclagem de resíduos, bem como as distribuições de responsabilidade pela gestão dos resíduos³⁵, se pública ou privada, ao longo da cadeia. A atuação dos trabalhadores informais neste setor (os catadores), pela recuperação de materiais recicláveis e consolidação de uma rota de comércio, ainda que pouco valorizada, contribui para a destinação legal dos resíduos, mesmo atuando à margem dos modelos institucionais. Assim está disposto na NR ANA n. 07/2024, no art. 91, ou seja, o “[...] plano operacional, para as atividades de coleta seletiva e de triagem, para fins de reutilização ou reciclagem, priorizará a participação de cooperativas ou de outras formas de associação de catadores de materiais reutilizáveis ou recicláveis, constituídas por pessoas de baixa renda, com vistas: I – à formalização da

35 Destaca o autor: “[...] em outra contribuição para o cumprimento do Marco Legal do Saneamento e promoção de avanços na gestão da coleta, tratamento, transporte e destinação final de resíduos sólidos, a ABETRE lançou o MTR (Manifesto de Transporte de Resíduos), ferramenta de utilização gratuita para integração das informações relativas à rastreabilidade do transporte de lixo. [...] A iniciativa insere-se no contexto da Portaria n. 280, de 29 de junho de 2020, do Ministério do Meio Ambiente, que estabeleceu a data de 1º de janeiro de 2021 para início da obrigatoriedade de utilização do módulo MTR (Manifesto de Transporte de Resíduos) em todo o território nacional”. Para facilitar o cumprimento da exigência, criou-se o Sistema de Gerenciamento Online de Resíduos, em operação desde o início de 2021. PEREIRA, Luiz Gonzaga Alves. Avanços e desafios do novo marco legal do saneamento no setor de resíduos sólidos. In: ZULIANI, G; DAL POZZO, A. **Saneamento Básico: Uma Lei e um Marco**. Belo Horizonte: Fórum, 2023, p. 47.

contratação; II – ao empreendedorismo; III – à inclusão social; IV – à emancipação econômica; V – aos investimentos em infraestrutura e capacitação nestas organizações”.

Buscou-se, ainda, introduzir o tema dos planos de resíduos sólidos e das discussões acerca de como tornar economicamente viável o setor, por meio do incentivo à regionalização, por exemplo, a partir da formação de consórcios públicos (CF, art. 246 e Lei n. 11.107/2005). A existência de um Plano Municipal de Gerenciamento Integrado de Resíduos Sólidos, totalmente aderente ao *Novo Marco Legal do Saneamento* e a Lei Federal n. 12.305/2010, por certo, precisará construir a sua sustentabilidade financeira a partir das alternativas estabelecidas em lei.

Exposto um arcabouço conceitual mínimo e os conceitos da PNRS é momento de avançar no tópico das responsabilidades distribuídas ao longo do ciclo de vida dos produtos, revelando assim outros conceitos destacados para o serviço de limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos.

As mudanças na Lei Federal n. 11.445/2007, pelo diálogo necessário com a legislação setorial do serviço de limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos, deixam bastante claro que não existe universalização sem *efetiva prestação do serviço* (Lei Federal n. 11.445/2007, art. 2º, I) o que exige a ampliação do número de comunidades beneficiadas pelo serviço de coleta, a implantação de rotas tecnológicas sustentáveis e a disposição final para o aterro licenciado de rejeitos em sentido estrito. No mesmo sentido, que se priorize na concepção e operação do sistema, da coleta até o aterro sanitário, a saúde pública, a conservação dos recursos naturais e a proteção do meio ambiente (Lei Federal n. 11.445/2007, art. 2º, III). Ainda, que soluções inovadoras e customizadas, com ou sem uso intensivo de tecnologia, sejam aderentes às peculiaridades locais e regionais, articuladas com políticas de desenvolvimento transversais e tendo como meta e objetivo principal melhorar a qualidade de vida das pessoas (Lei Federal n. 11.445/2007, art. 2º, V e VI).

A carga de significado e a força dos princípios destacados na Lei Federal n. 11.445/2007, art. 2º, deve trazer para o debate o tipo idealizado pela Lei Federal n. 12.305/2010, pelo Decreto n. 10.936/2022 e pelo Planares (Decreto n. 11.043/2022). Surgindo como parte nesta construção, a NR ANA n. 07/2024, que dispõe sobre as condições gerais para a prestação direta ou mediante

concessão dos serviços públicos de limpeza urbana e de manejo de resíduos sólidos urbanos.

Faz-se necessário equilibrar eficiência, sustentabilidade social, ambiental e econômica, em uma política pública que precisa ser inclusiva — também por respeitar a capacidade de pagamento dos usuários —, mas, ao mesmo tempo, é preciso dar respostas que qualifiquem o serviço de limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos, *com soluções graduais e progressivas, com segurança, qualidade, regularidade e continuidade* (Lei Federal n. 11.445/2007, art. 2º, VII, VIII e XIX).

Por isso, reitera-se, a *prestação regionalizada* (Lei Federal n. 11.445/2007, art. 2º, XIV) e a *seleção competitiva do prestador de serviços* por celebração de contrato de concessão comum, patrocinada ou administrativa, são as escolhas mais corretas para entregar o maior valor público possível (Lei Federal n. 11.445/2007, art. 2º, XV e art. 10).

Todavia, como se discutirá com maior cuidado em outros momentos, o Decreto n. 11.599/2023, no art. 2º, inciso I e § 1º, admite a utilização de contratos tradicionais, e não apenas concessão, diante de determinadas circunstâncias. O que agora ficou reforçado pela NR ANA n. 07/2024, no art. 4º, inciso IX, quando detalha a figura do *contrato de terceirização da prestação do serviço*: “[...] instrumento contratual celebrado por prestador de serviço que integre a administração do titular, mediante licitação, tendo por objeto atividades relacionadas à prestação dos serviços públicos de limpeza urbana e de manejo de resíduos sólidos urbanos”.

A orientação geral sempre será a concessão, mas para contextos específicos, em que não tenha sido possível implementar as ferramentas disponíveis para arranjos coletivos, sobrevive a alternativa da contratação tradicional nos moldes propostos pela Lei n. 14.133/2021.

3.1 Responsabilidade Compartilhada pelo Ciclo de Vida dos Produtos

A responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida do produto é o modelo adotado pelo ordenamento brasileiro em relação a distribuição de responsabilidades no do gerenciamento de resíduos sólidos. A Lei Federal n. 12.305/2010 explicita a corresponsabilidade pelo ciclo de vida dos produtos a ser exercida pelos fabricantes,



importadores, distribuidores, comerciantes, consumidores e titulares dos serviços públicos de limpeza urbana e de manejo de resíduos sólidos. O conceito a ser desenvolvido trata das implicações derivadas da responsabilidade desses agentes e do modo como ela deve se refletir na realidade social.

No século XX, entre os anos 70 e 80, influenciados pelo movimento ambientalista, houve uma preocupação com o controle dos resíduos, com restrições ao uso de incineradores e a qualidade dos aterros, indicando uma linha evolutiva na comparação com os formatos iniciais dessa política pública, nos séculos XVI, XVII, XVIII e XIX, na França e na Inglaterra. A partir dos anos 90 (século XX), valorizou-se a recuperação dos resíduos, por exemplo, pela tentativa de disseminar a compostagem e a reciclagem. Logo, já nessa época, a prática do aterramento, em especial, dos resíduos orgânicos, teve algumas restrições no âmbito da Comunidade Europeia.

Note-se que as preocupações ambientais, quando confirmadas, identificam falhas do mercado que cobram a intervenção regulatória do Estado, mais ainda quando a operação do serviço está delegada à iniciativa privada. Obviamente, no caso concreto, existindo competição e contrato de concessão, deve-se privilegiar a regulação contratual quando confrontada com a regulação discricionária.

O conceito *da responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida dos produtos* insere-se, como já é de conhecimento geral, no princípio da PNRS que indica uma ordem de prioridades em relação aos resíduos sólidos, ou seja, da não geração, da redução, da reutilização, da reciclagem e do tratamento dos resíduos sólidos corretamente endereçados, bem como da disposição final correta dos rejeitos (Lei n. 12.305/2010, art. 9º). Assim, os agentes passam a ter responsabilidades individualizadas acerca de como agir para reduzir os resíduos gerados, ao mesmo tempo que devem atentar-se para os possíveis caminhos, as rotas tecnológicas (inclusive para recuperação energética), pelos quais devem passar os resíduos antes de sua disposição final ambientalmente adequada.

Trata-se, pois, de um reconhecimento de que há um plexo de obrigações a respeito do que fazer com os resíduos gerados pela coletividade ao longo de todo o seu ciclo de vida — da pré-produção até o descarte. Se por um lado o poder público não deve ser o único agente responsável pela gestão de resíduos; por outro, o

consumidor não tem o direito de se descuidar de suas obrigações com a coletividade, bem como o empreendedor tem um dever de atuação para além da simples produção de bens no mercado e a posterior reparação de eventuais danos gerados.

Os resíduos domiciliares e o serviço de limpeza urbana são responsabilidade do poder público municipal, mas os consumidores cumprem um papel decisivo no descarte correto, potencializando a coleta seletiva e a compostagem quando essas alternativas de tratamento dos resíduos estão integradas aos fluxos do sistema. Como se disse outras vezes, em qualquer contexto, recuperar o resíduo, pela reutilização ou reciclagem, sempre será uma alternativa melhor do que o aterramento.

Iniciando, pois, a exposição das responsabilidades de forma mais detalhada, tem-se que o poder público — municipal — é o responsável por organizar e prestar de forma direta ou indireta os serviços públicos de limpeza urbana e de manejo de resíduos sólidos. Contudo, nem todos os resíduos devem ser gerenciados pelo poder público, cabendo uma diferenciação de acordo com a sua classificação, como já se destacou.

Nesse sentido, os resíduos domiciliares e de limpeza urbana, bem como os resíduos comerciais não perigosos e que, por sua natureza, composição e volume possam ser equiparados pelo poder municipal aos domiciliares, terão sua gestão sob responsabilidade do poder público (conforme redação do art. 13, parágrafo único da Lei Federal n. 12.305/2010)³⁶. Os demais resíduos, a teor do art. 20 da PNRS, serão de responsabilidade do setor privado, que elaborará, em cada área, planos de gerenciamento de resíduos sólidos³⁷. Existe uma definição clara na lei atribuindo o dever de organizar a destinação dos resíduos do público ou do privado, sem prejuízo da responsabilização dos causadores de eventuais danos ao meio ambiente, nos termos do art. 225, §3º da Constituição Federal.

36 Frisa-se que, conforme versa o art. 27, §2º, da Lei n. 12.305/2010, o poder público deve ser remunerado sempre que realizar o gerenciamento de resíduos que, de acordo com a lei, seria de responsabilidade de um particular.

37 Os planos de gerenciamento de resíduos sólidos são documentos elaborados pelo setor privado, com o objetivo de organizar as etapas da destinação final ambientalmente adequada dos resíduos produzidos pelo setor empresarial e levada a cabo por esse mesmo setor. Nessa linha, o art. 20 da PNRS lista quais os tipos de resíduos que geram a necessidade de seus geradores possuírem planos de gerenciamento.

Em São Paulo, a Lei Estadual n. 17.806/2023, estabelece novas regras para o descarte do que é gerado em eventos públicos, privados ou público-privados, ressaltando o significado das cooperativas para a formação de uma cadeia econômica da reciclagem. Logo, o gerenciamento de toda a cadeia, o que inclui coleta, transporte, transbordo, tratamento e destinação (ou disposição) final para esses eventos é uma atribuição dos organizadores, fornecedores e dos estabelecimentos. Essa responsabilização expressa em lei diz respeito a quem deve arcar com o encaminhamento para os resíduos em processo de descarte, conforme a sua titulação. Para além dessa responsabilidade, a depender da classificação do resíduo, existem outros deveres que estão distribuídos entre atores públicos e privados a partir do conceito de *responsabilidade compartilhada ao longo do ciclo de vida dos produtos*.

Parte-se de uma conceituação inicial: ciclo de vida é o conjunto das etapas e dos processos pelos quais passa um produto, desde seu planejamento e criação, até a sua comercialização, consumo e posterior destinação final, atingindo, inclusive, a disposição final de seus rejeitos. A identificação pormenorizada do ciclo de vida de um produto permite, portanto, individualizar as ações e os agentes envolvidos em cada etapa, facilitando, a distribuição de responsabilidades. A seleção de materiais com reduzido impacto ambiental, com maior durabilidade ou reciclabilidade, estabelece uma condição melhor para a gestão desses resíduos e um compromisso com o *ecodesign*.

O consumidor, atento a este movimento do produtor no sentido de reconhecer os limites ecológicos do nosso ecossistema, deve fazer escolhas conscientes, comprometido com uma nova mentalidade. De qualquer sorte, os produtores e os consumidores — mas não apenas eles — têm responsabilidade pelos impactos causados por essa cadeia de produção e consumo.

Percebe-se, pois, que existem escalas de responsabilidade dentro do marco legal dos resíduos sólidos e uma distribuição de competências quanto ao gerenciamento dos resíduos de acordo com sua classificação.

É dentro dessa lógica que a responsabilidade compartilhada, com o mapeamento das diversas etapas do ciclo de vida dos produtos, consegue individualizar as condutas de cada agente. Os fabricantes, importadores, distribuidores e comerciantes precisam

diminuir a quantidade de resíduos gerados pelos produtos que colocam no mercado (visando, no ponto, a não geração e a redução). Os métodos para alcançar-se esse objetivo são oferecidos pela própria legislação, no art. 31 da PNRS.

Na lei, explicita-se o fato de que deve haver um planejamento, inclusive do design de embalagens (*ecodesign*), para criar produtos que possam ser reutilizados ou que tenham sua reciclagem facilitada, uma abordagem que destaca a existência de uma economia ecológica ou ecologia industrial (e a economia circular).

O modelo alternativo ao da responsabilidade compartilhada é o da *Responsabilização Estendida do Produtor* (REP)³⁸ adotado por uma parcela dos países desenvolvidos (a Alemanha é um dos exemplos com o seu sistema nacional para a coleta e reciclagem de embalagens). Na REP a responsabilidade pela gestão dos resíduos não é compartilhada ao longo do ciclo de vida dos produtos, mas sim direcionada para fabricantes e importadores. A responsabilidade engloba todo o ciclo de vida do produto, ou seja, é também uma abordagem que compromete o produtor com o pós-consumo. Nessa linha:

*O conceito da REP representa uma forma de transferência dos custos ambientais do setor público para o setor privado e indiretamente para os consumidores por meio do preço do produto, reforçando o princípio do poluidor pagador. Outro objetivo da REP é induzir os fabricantes a reprojeter os produtos de forma a minimizar ou evitar os impactos ambientais na etapa pós-consumo.*³⁹

Ficou demonstrado que a responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida dos produtos é o modelo adotado pelo ordenamento brasileiro. Esse sistema coloca os diversos agentes sociais que participam do ciclo de vida de um produto como responsáveis solidários pela gestão dos resíduos, seja no sentido da não geração, da redução, do tratamento, da destinação final adequada e do financiamento direto ou indireto do sistema. Dentro dessa ideia, os

38 LINDHQVIST, Thomas. **Extended Producer Responsibility in Cleaner Production: Policy Principle to Promote Environmental Improvements of Product Systems**. [Tese de doutorado], The International Institute for Industrial Environmental Economics]. IIIEE, Lund University, 2000.

39 GUNTHER, Wanda Maria Risso; RODRIGUES, Angela Cassia. **Modelos de Responsabilidade para Produtos Pós-consumo: Discussão do Caso Brasileiro**. 34º Congresso Interamericano de Engenharia Sanitária e Ambiental, México, Monterrey: 2014.

instrumentos que interligam a atuação dos diversos agentes são variados, incluindo o *ecodesign* das embalagens e os sistemas de logística reversa; tudo com o objetivo de caminhar no sentido da construção de uma economia circular.

Entretanto, diluir as responsabilidades acabou sobrecarregando o poder público e tornando menos eficaz a política pública desenhada pela legislação setorial. A análise do modelo REP permite, mais do que considerar alterações no sistema brasileiro, acenar as falhas da política adotada no país, enriquecendo o debate acerca de seus necessários aprimoramentos.

3.1.1 Hierarquia dos Resíduos e Economia Circular

Essa abordagem voltada para uma economia circular já é tratada nos mais altos níveis de discussão internacional, tendo destaque na Europa. Isso ocorre porque a possibilidade de reaproveitamento de recursos, recolocação de materiais no mercado produtivo mesmo após o seu descarte inicial, pode significar uma resposta econômica que funcione como incentivo correto para a reorganização dos sistemas de produção contemporâneos.

O tratamento dos resíduos, não apenas para diminuir a sua carga poluidora, mas viabilizar o seu reaproveitamento e revalorização (insumo), depende do aperfeiçoamento de todo o sistema. Seja em processos mecânicos (triagem de recicláveis), biológicos (compostagem) ou térmicos (pirólise), a valorização dos resíduos está em sintonia com a ideia de que se está diante de um bem econômico e de valor social. A geração de biogás em aterros sanitários, como mais um exemplo, reforça essa transição de resíduo para insumo que pode ser reintegrado em novas cadeias produtivas — aproximando rotas tecnológicas e os mercados.

A possibilidade de uma economia circular, com menor demanda de extração de materiais do meio ambiente, tem um potencial de preservação imenso, com efeitos consideráveis nos níveis de poluição atmosférica, na degradação do ambiente natural e até mesmo no consumo de energia. Porém, para além disso, se reconhece possibilidades atraentes a partir da consolidação de uma economia que se retroalimente, tornando o sistema produtivo menos suscetível à volatilidade de preços e oferta. Na coleta de resíduos diferenciados (coleta seletiva) ou indiferenciados, com

diferentes estruturas, pode-se, no final do processo, alimentar novos mercados a partir dos seus fluxos produtivos.

Em tempos de instabilidades nas cadeias globais de suprimento, revelada no período da pandemia (2020-2023) e agravadas pela Guerra entre Rússia e Ucrânia, a lógica da economia circular pode ser um ativo para mercados que precisem demonstrar resiliência na crise, como foi externalizado em Comunicado no âmbito da União Europeia⁴⁰.

Essa atuação dos agentes do mercado (fabricantes, importadores etc.) se relaciona com as responsabilidades que são atribuídas aos consumidores. Em razão de os agentes possuírem o dever legal de divulgar informações com vista a conscientizar a população das responsabilidades sobre os resíduos derivados de seus produtos (art. 31, II, da Lei Federal n. 12.305/2010). Mas, mais do que isso, o tópico mais central da interação entre agentes do mercado e consumidores — e, também, com o setor público — diz respeito à logística reversa.

A *logística reversa* é um instrumento da PNRS que dá sentido prático ao conceito de responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida dos produtos. A logística reversa trata dos procedimentos destinados a viabilizar a coleta e a restituição dos resíduos sólidos ao setor empresarial para reaproveitamento ou destinação final adequada⁴¹.

40 "A economia circular impulsionará a competitividade da UE ao proteger as empresas contra a escassez dos recursos e a volatilidade dos preços, ajudando a criar novas oportunidades empresariais e formas inovadoras e mais eficientes de produzir e consumir. Criará emprego local a todos os níveis de competências, bem como oportunidades para integração e coesão social. Ao mesmo tempo, poupará energia e ajudará a evitar os danos irreversíveis causados pela utilização de recursos a um ritmo que excede a capacidade da Terra para os renovar, em termos de clima, biodiversidade e poluição do ar, do solo e da água. Um relatório recente chama também a atenção para os benefícios mais latos da economia circular 1, inclusive no que se refere à redução dos atuais níveis de emissões de dióxido de carbono. A ação relativa à economia circular está, pois, estreitamente relacionada com prioridades de primeiro plano da UE, entre as quais crescimento e emprego, agenda de investimento, clima e energia, agenda social e inovação industrial, bem como com os esforços à escala mundial a favor do desenvolvimento sustentável." COMISSÃO EUROPEIA. **Comunicado da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comitê Econômico e Social Europeu e ao Comitê das Regiões. Bruxelas**, 2 de dez. de 2015. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52015DC0614&from=ES>. Acesso em: 30 jun. 2023.

41 A redação integral do art. 3º, inciso XII, da PNRS é a seguinte: "logística reversa: instrumento de desenvolvimento econômico e social caracterizado por um conjunto de ações, procedimentos e meios destinados a viabilizar a coleta e a

A relação que existe na logística reversa é, pois, relativa ao período de consumo e pós-consumo, quando o consumidor terá que agir para devolver o resíduo para o produtor, facilitando o fluxo de retorno — procurando os pontos de recepção ou contentores locais de grande circulação. Essa devolução do resíduo ao setor empresarial, pela participação do consumidor, poderá envolver o poder público, nos acordos setoriais, termos de compromisso e regulamentos. Importante esclarecer, os “[...] serviços públicos de limpeza urbana e de manejo de resíduos sólidos urbanos, não integram o sistema de logística reversa conforme previsto no art. 33 da Lei n. 12.305/2010, sendo responsabilidade dos fabricantes, importadores, distribuidores e comerciantes sua estruturação e implementação” (NR ANA n. 07/2024, art. 92). E mais, quando o prestador de serviço executar atividades “[...] de responsabilidades dos fabricantes, importadores, distribuidores e comerciantes nos sistemas de logística reversa dos produtos e embalagens [...] deverá existir contrato com a devida remuneração pelos custos desse serviço (ANA, NR. 07/2024, art. 95).

O importante é fazer o resíduo chegar até unidades de tratamento e valorização, o que distingue os materiais que podem ser reinseridos no ciclo produtivo ou classificados como rejeitos para disposição em aterros sanitários. A economia circular a partir da coleta seletiva, da compostagem, da logística reversa, apenas para dar alguns exemplos, ainda depende dos estímulos do governo para se consolidar, seja para o surgimento de novos produtos, seja para novos mercados.

Existem diversas soluções inovadoras que facilitam a inclusão de novos *players* nos processos que, como a logística reversa, rumam para a economia circular. Exemplo disso é o trabalho realizado pela Green Mining⁴², *startup* que desenvolveu tecnologia para rastrear pontos de geração e descarte de embalagens, viabilizando, por meio dos catadores, que os resíduos retornem aos responsáveis

restituição dos resíduos sólidos ao setor empresarial, para reaproveitamento, em seu ciclo ou em outros ciclos produtivos, ou outra destinação final ambientalmente adequada”.

- 42 A Green Mining atua em bairros de São Paulo Capital, Rio de Janeiro Capital e Brasília, e já auxiliou na logística reversa de mais de 6 milhões de quilos de resíduos. A startup inova ao permitir a rastreabilidade do resíduo, relacionar o dever de destinação adequada à empresa responsável e, ainda, empregar e dar condições de trabalho para uma equipe de catadores. Mais informações podem ser acessadas em: <https://greenmining.com.br/>.

por sua destinação final. Associando o sistema de rastreamento e coleta à tecnologia de *blockchain*, o serviço permite registrar quais agentes atuam no descarte e na logística reversa dos materiais, ao mesmo tempo que emprega e instrumentaliza os catadores, comprovando aderência com a Lei n. 12.305/2010.

De acordo com a responsabilidade compartilhada, a *não geração* deve partir tanto dos produtores, com a diminuição dos resíduos decorrentes dos bens, quanto dos consumidores finais, que devem incorporar uma cultura de minimização, tanto quanto possível, da utilização de recursos. Do mesmo modo, a *reutilização* e a *reciclagem* de produtos estão diretamente ligadas ao *ecodesign* e a atuação pós-consumo de catadores, que também são agentes da coleta seletiva, conforme já se sustentou em outros momentos neste trabalho.

No ponto, o futuro idealizado pela ideia de responsabilidade compartilhada implica um conjunto de tarefas inter-relacionadas e atribuídas a todos os atores envolvidos no ciclo de vida dos produtos. Não basta existir a coleta seletiva⁴³ e a coleta indiferenciada⁴⁴ se o consumidor não cumpre a sua parte, visto que a primeira triagem, para boa parte do resíduo sólido urbano gerado, começa nas residências.

Na logística reversa, a título ilustrativo, o produtor ideal prezaria pela fabricação e colocação no mercado de bens passíveis de serem reutilizados pelo consumidor ou posteriormente recicláveis (*ecodesign*). O consumidor teria consciência do uso dos recursos disponíveis, reutilizaria os resíduos quando possível e descartaria

43 Coleta seletiva, usando a NR ANA n. 07/2024, art. 23, “[...] é a modalidade estabelecida para recolhimento dos resíduos sólidos urbanos previamente segregados pelos usuários, conforme sua constituição ou composição”. Na verdade, para a mesma NR, art. 24, os “[...] resíduos recicláveis devem ser segregados em resíduos secos e orgânicos, de forma segregada dos rejeitos, acondicionados e disponibilizados para coleta seletiva, conforme estabelecido na legislação do titular, nos planos de saneamento básico e de resíduos sólidos e nas normas da ERI”. No fim, art. 25, os resíduos recicláveis “[...] coletados por meio de coleta seletiva deverão ser encaminhados às unidades de triagem ou de tratamento, incluindo as de compostagem”.

44 Para adotar um conceito, a NR ANA n. 07/2024, art. 21, classifica a coleta indiferenciada como “[...] modalidade estabelecida para o recolhimento dos resíduos sólidos urbanos não segregados”. Em uma situação ideal, para a NR ANA n. 07/2024, art. 22, “[...] os resíduos de coleta indiferenciada deverão ser encaminhados para unidades de triagem, de tratamento ou de destinação final adequadas para o processamento desses tipos de resíduos, nos termos, definidos pelo órgão ambientalmente competente”.

de modo adequado o restante, inclusive com segregação por espécie, também separando a fração orgânica (NR ANA n. 07/2024, art. 94). Além de aumentar o volume da coleta seletiva, criar-se-ia melhores condições de trabalho para os catadores que atuam nas centrais de triagem.

A partir daí, diante de um acordo setorial entre produtor e poder público, com a participação das cooperativas de catadores, haveria a efetivação de um processo de logística reversa, bem como a reciclagem dos bens viáveis e o tratamento do restante, com compostagem de resíduos orgânicos (para melhorar a fertilidade dos solos) e aproveitamento energético de outra parcela.

3.2 Destinação e Disposição Final Ambientalmente Adequada

A destinação final e a disposição final ambientalmente adequada são conceitos trazidos pela Lei Federal n. 12.305/2010 para o ordenamento brasileiro e, na mesma medida em que são diferentes, também preservam uma zona cinzenta em relação aos resíduos que ainda não possuem rotas sustentáveis para a sua valorização.

A percepção que será desenvolvida na relação entre os dois conceitos é a de que os rejeitos produzidos pela sociedade devem ter um encaminhamento que não cause danos ambientais. Faz-se, pois, inviável a permanência de lixões e de descarte inadequado diretamente no solo; portanto é urgente a multiplicação das unidades de aterro sanitário pelo país.

Os aterros exercem um papel subsidiário dentro do sistema, visto que surgem no final do processo, quando o resíduo não pode mais ser recuperado, ou ainda não existem rotas tecnológicas, seja pelo aspecto técnico ou econômico-financeiro, capazes de propiciar alguma outra solução que não seja o aterramento. A coleta seletiva, na central de triagem (mecânica, automatizada ou mista), separa materiais recicláveis e rejeitos. Quando a coleta é indiferenciada, essa separação (na triagem) é bem mais difícil, mas não impede a compostagem e a produção de combustíveis (CDR).

Obviamente, para um aterro ser implementado é preciso adquirir todas as licenças estabelecidas pelos órgãos ambientes presentes nos diversos níveis da federação, como as resoluções do CONAMA (Resolução n. 01/1986, Resolução n. 237/1997, Resolução

n. 208/2002). A licença prévia (LP) para assegurar que a localização é adequada, a licença de instalação (LI) para realizar a obra e a licença de operação (LO) para colocar o aterro em funcionamento. Assim, da concepção da célula até o encerramento do aterro, existe uma longa jornada, que inclui ainda o posterior monitoramento da área recuperada para a gestão dos lixiviados também no longo prazo. Colocar a camada de cobertura final de acordo com o estabelecido no projeto, implantar um sistema permanente de drenagem pluvial, controlar a erosão, a sedimentação, os gases e os lixiviados, dentre outras tantas medidas, são obrigações que resultam do processo de encerramento de um aterro sanitário.

Vale rememorar a distinção entre os conceitos de resíduos sólidos e rejeitos, e, a diferenciação entre as propostas de destinação e de disposição final adequada. Pois a clareza nessas diferenciações permitirá a compreensão integral da discussão aprofundada neste tópico.

Na linha do que foi dito anteriormente, *resíduos sólidos* é o termo utilizado (Lei Federal n. 12.305/2010, art. 3º, XVI) para a definição de material, substância, objeto ou bem descartado resultante da atividade humana em sociedade, passível de tratamento e recuperação por processos tecnológicos disponíveis e economicamente viáveis (NR ANA n. 07/2024, art. 4º, XXI até XVIII). Por sua vez, *rejeito* é o termo utilizado – segundo a redação dada pela Lei Federal n. 12.305/2010, em seu art. 3º, inciso XV – para a definição dos resíduos sólidos após o esgotamento das possibilidades de tratamento e recuperação, restando como única solução a disposição ambientalmente adequada⁴⁵ (NR ANA n. 07/2024, art. 4º, XX).

Desses dois conceitos extrai-se a ideia de que os resíduos seriam a fase bruta dos materiais descartados, que ainda podem passar por diferentes rotas tecnológicas, conforme a sua classificação

45 Redação integral do art. 3º, XV e XVI, da Lei n. 12.305/2010: “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;”

e características. Não existindo outros processos, alternativas para determinada categoria de resíduos, admite-se nesse momento a mudança de categoria, pois somente rejeitos, em tese, podem ser endereçados para os aterros sanitários. Assim como as águas residuais trazem informações sobre saúde pública, também os resíduos sólidos revelam muito sobre a sociedade. Por isso a preocupação com o desenvolvimento de uma Política Nacional de Resíduos Sólidos que exija transparência e qualidade nos processos de gerenciamentos desses substratos.

Da própria diferenciação entre resíduo e rejeito é possível compreender o que se pretende buscar com a diferença entre *destinação* e *disposição final*. Enquanto a destinação final engloba a passagem desses resíduos pelas rotas tecnológicas de tratamento e recuperação; a disposição final é etapa prevista para os rejeitos, sempre em local ambientalmente adequado⁴⁶. A destinação para a coleta seletiva, ou da fração orgânica para a compostagem, são alguns bons exemplos. A incineração de resíduos urbanos para recuperação energética na coleta dos indiferenciados, ou para os rejeitos da coleta seletiva e da compostagem, igualmente representam uma aplicação prática e possível de uma política de gestão integrada. De qualquer sorte, uma unidade de recuperação energética (URE ou WTE) também é uma operação que precisa ser licenciada para aproveitar o potencial dos resíduos, antes encaminhados diretamente para os aterros.

A interrupção do descarte inadequado de rejeitos em lixões a céu aberto continua sendo uma das metas prioritárias do marco legal de resíduos sólidos no Brasil. Os lixões e os aterros controlados (espécie de disposição de rejeitos direto no solo, apenas com uma cobertura de terra) deixam o rejeito em contato direto com a terra, com elevados riscos de contaminação do solo, de cursos de água ou de pessoas que tenham algum contato com os rejeitos.

As preocupações dos gestores públicos com o descarte de rejeitos de forma inadequada (em lixões ou em aterros controlados) é antiga, inclusive como pauta no debate internacional. Todavia, foi com a PNRS, em 2010, que o legislador colocou como meta (ainda que sem prazo ou mecanismo específico) a erradicação dos lixões,

46 Repisa-se, de modo conclusivo, que, em parâmetros terminológicos, a destinação final ambientalmente adequada será sempre dos resíduos sólidos (nunca dos rejeitos), enquanto a disposição final ambientalmente adequada, como medida última da gestão de resíduos sólidos, será sempre dos rejeitos.

ao incorporar a necessidade do planejamento, concretizados em planos de resíduos sólidos produzidos nos diferentes âmbitos da federação.⁴⁷

Não obstante, com a atualização do marco legal do saneamento básico, ocorrida em 2020, a legislação impôs novos prazos e métodos para a erradicação da disposição inadequada de rejeitos no país. Nesse sentido, a Lei Federal n. 14.026/2020 foi explícita ao alterar o art. 54 da Lei Federal n. 12.305/2010, em relação às expectativas do legislador quanto a destinação/disposição final ambientalmente adequadas. Em razão da relevância da norma, explicita-se a literalidade do texto da lei, para posterior análise:

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

47 Norma contida nos arts. 15, V, e 17, V, da Lei n. 12.305/2010.

*a evitar danos ou riscos à saúde pública e à segurança e a minimizar os impactos ambientais.*⁴⁸

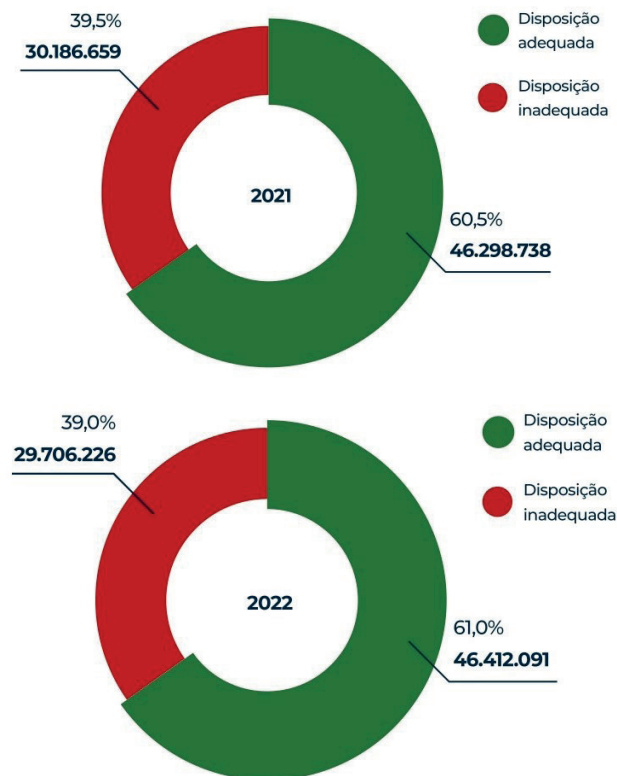
O legislador se preocupou, em 2020, com a indicação de prazos para a erradicação dos lixões, de modo a apontar, inclusive, os métodos formais e econômicos que viabilizariam o atingimento das metas. Assim, os municípios sem planos municipais de resíduos, em um primeiro grupo, teriam até o final de 2020 para erradicar a disposição de rejeitos em lixões; havendo, para os demais municípios — a depender de serem capitais ou cidades do interior do estado e do número de habitantes — metas escalonadas que culminariam com a disposição final adequada de todos os rejeitos em 02 de agosto de 2024. Para isso, a lei indica a necessidade de estruturação de planos municipais ou intermunicipais de resíduos e de fórmulas de cobrança com o objetivo de tornar viável a transição para o modelo idealizado.

Tomando por base os dados extraídos do Planares, publicado em 2022, cerca de 40% dos Resíduos Sólidos Urbanos (RSU) gerados em 2019, no Brasil, foram destinados para locais ambientalmente inadequados (lixões/aterros controlados), conforme dados do PANORAMA ABRELPE⁴⁹. Essa porcentagem pouco se alterou em 2021 e 2022, sendo confirmada pelo documento PANORAMA ABRELPE 2022, conforme os gráficos:

48 O presente art. traz ao menos três implicações centrais: a) metas para o fim dos lixões; b) a imposição da elaboração de planos municipais de resíduos e c) a obrigatoriedade de cobrança (taxa ou tarifa) pelos serviços de coleta de resíduos e de limpeza urbana. No tópico atual será tratada apenas a primeira implicação do art. — a questão da erradicação dos lixões —, restando reservado para os próximos tópicos do presente capítulo as outras duas implicações listadas.

49 O Plano Nacional de Resíduos Sólidos, lançado em 2022, utilizou como fontes principais de dados o Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento (SNIS) e o PANORAMA ABRELPE 2020. Deve-se tomar a precaução, contudo, que parcela dos dados que embasam essas duas fontes partiram de sistemas em que os governos locais têm o papel de autodeclaração de dados, de modo a ser possível especular uma possível distorção entre os dados declarados e a realidade fática.

Gráfico 4. Disposição final adequada x inadequada de RSU no Brasil (t/ano e %) - comparativo 2021 e 2022



Fonte: PANORAMA ABRELPE 2022.⁵⁰

A situação brasileira é, conforme se pode observar, de distanciamento entre as expectativas legais e a grau de assertividade desta política nas comunidades. A coleta seletiva, em termos nacionais, ainda apresenta números muito tímidos em relação ao seu potencial, o que impacta na indústria da reciclagem.

A questão da disposição inadequada dos rejeitos, dadas suas proporções (39% de todo rejeito produzido no país é disposto de modo a produzir sérios danos ecológicos), serve como mais um dado revelador da nossa desigualdade, seja entre classes sociais, seja entre regiões, apenas para exemplificar. Essa situação é conhecida a partir da análise dos dados disponíveis: se na região sudeste

50 Fonte: PANORAMA ABRELPE 2022. Disponível em: <https://abrelpe.org.br/panorama/>. Acesso em: 20 fev. 2024.

a porcentagem de resíduos dispostos de modo inadequado atinge 25,7%, aproximados dos 28,4% da região sul; na região centro-oeste é de 56,5%, na região norte é de 63,4% e na região nordeste de 62,8%, conforme PANORAMA ABRELPE 2022.⁵¹

Esses cenários identificam no mapa a concentração dos aterros sanitários nas regiões mais fortes economicamente. Em geral, essa é mesmo a regra, na medida em que se percebe a presença do Estado e uma melhor qualidade da política nas regiões mais desenvolvidas.

Ainda, é preciso atenção para o aspecto social vinculado à erradicação dos lixões. É associado às áreas de lixões a existência de comunidades carentes que dependem economicamente dos materiais coletados e selecionados. Esses catadores muitas vezes não possuem cadastro em qualquer cooperativa ou entidade social, de modo que participam apenas informalmente do sistema de manejo de resíduos sólidos. Logo, a erradicação dos lixões — avanço obrigatório e urgente — tem efeitos diretos na fonte de renda desses catadores, que perderão a possibilidade de exercer suas atividades — atividades de alto risco, mas que são sua alternativa econômica. Muitos deles também antecipam a coleta seletiva e, quando possível, fazem a triagem negligenciada pelo gerador do resíduo.

É inquestionável, no ponto, que não é possível aceitar a existência de lixões, nem mesmo a prestação de trabalhos em ambientes insalubres, mas essa é uma realidade observada em muitas cidades. Por isso, desde o início, se aponta que a universalização e a efetiva prestação, nos padrões exigidos, não correspondem ao estágio atual deste subsistema da política pública de saneamento básico.

A solução para esse problema depende do encerramento dos lixões e o acolhimento dessa população pelo Estado, com alternativas de qualificação, emprego e renda. Esses trabalhadores devem ser realocados preferencialmente em ações do próprio setor de resíduos sólidos, estruturadas entorno de sistema de coleta seletiva e logística reversa, por exemplo. O trabalho das cooperativas, no desenho atual, não é autossustentável, o que compromete o Poder Público com abordagens que viabilizem essas iniciativas. A triagem manual, quando a separação dos resíduos é feita corretamente pelos geradores, em ambiente controlado, nas esteiras, pode ser uma

51 Ibidem.

etapa importante no esforço de alimentar a cadeia produtiva com recursos naturais já utilizados.

A estruturação de aterros sanitários sustentáveis nos seus diferentes aspectos, funcionando como ponto de referência para a instalação de rotas alternativas continua sendo o melhor cenário possível diante da situação concreta. Não se desconhece que alguns países já estão em outra fase, com a implementação de políticas, programas e metodologias voltadas para o objetivo do *lixo zero*.

No momento, a viabilização dos aterros depende da separação de áreas extensas, o que pode criar dificuldades extras em algumas regiões. Não apenas pelo investimento inicial, mas a rejeição das comunidades quando surge essa discussão. Além disso, depois de encerrada a sua vida útil, é preciso encontrar novas funcionalidades para o terreno, como a criação de grandes parques arborizados, cumprindo um papel de preservação ambiental e de desenvolvimento social. Esse é o olhar para a frente. Ao mesmo tempo, faz-se necessário o monitoramento contínuo das condições do terreno e dos lençóis freáticos mais próximos, para que se possa prevenir ou identificar contaminações que podem ser causadas pelo chorume residual.

Na verdade, os aterros dependem de investimento inicial (Capex) e constante manutenção (Opex) para uma operação segura, tendo vida útil determinada. Ademais, o esgotamento de aterros existentes obriga a ocupação de novos espaços, cada vez mais distantes dos locais de coleta dos resíduos. Logo, passado algum tempo, percebe-se que a alternativa dos aterros não é o ponto final da evolução dessa política, ou seja, outras respostas precisam ser dadas e novas metodologias implementadas. Para meses mais chuvosos o risco de transbordamento das lagoas de líquido lixiviado é maior, o que torna essa gestão tarefa de alto risco.

3.2.1 Rotas Tecnológicas e o Conceito de Aterro Zero

Imaginando-se um cenário ideal, futuramente os aterros sanitários deixarão de ser o endereço final de uma carga tão elevada, de resíduos e rejeitos, salvo quando projetados como um ponto de encontro de outras rotas tecnológicas, dentro do mesmo empreendimento. Essa abordagem, destaca-se, é sugerida em documentos governamentais, como é o caso do Planares 2022:



O aterro sanitário ainda figura no país como principal forma de destinação final ambientalmente adequada. Embora seja uma alternativa para eliminar as formas de disposição final inadequadas (lixões e aterros controlados), é essencial implementar políticas de redução, reciclagem e valorização dos orgânicos para ampliar a vida útil dos aterros sanitários, mitigar as emissões de gases de efeito estufa e reduzir os custos com a manutenção de tais unidades.⁵²

Esse papel subsidiário dos aterros sanitários no formato mais tradicional, dominado pela lógica do enterramento já foi antecipado nas normativas seguidas pela União Europeia desde 1999. A diretiva referente aos Aterros Sanitários do Conselho Europeu, em seu art. 4º, já incentivava a diminuição escalonada no tempo dos rejeitos destinados à mera disposição final em aterros sanitários, priorizando a incorporação crescente de rotas tecnológicas.⁵³ Além da coleta indiferenciada e a ampliação da coleta seletiva (para a busca de materiais recicláveis), a fração orgânica dos grandes geradores (para compostagem), quando trilhos em funcionamento, indicam uma gestão adequada dos resíduos sólidos urbanos.

O que já se destacou outras vezes, conhecer a composição gravimétrica dos resíduos sólidos urbanos nas regiões sob processo de modelagem auxilia no desenho do sistema, ou seja, quais são as rotas tecnológicas que podem ser adaptadas e escaláveis para cada contexto (a possibilidade de utilizar mais amplamente pontos de entrega voluntária).

O fato do custo da coleta seletiva ser superior ao valor da coleta dos indiferenciados (a coleta regular) muitas vezes significa um argumento que prepondera na definição do melhor caminho⁵⁴.

52 MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. **Plano Nacional de Resíduos Sólidos — Planares 2022**. Disponível em: <https://sinir.gov.br/informacoes/plano-nacional-de-residuos-solidos/>. Acesso em: 08 set. 2022.

53 COMISSÃO EUROPEIA. Diretiva 1999/31/CE do Conselho Europeu, de 26 de abril de 1999. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:31999L0031>. Acesso em: 30 jun. 2023.

54 Segundo o Planares, aprovado pelo Decreto Federal n. 11.043/2022, “A coleta de RSU pode ser classificada em convencional ou indiferenciada, na qual a fonte geradora disponibiliza os resíduos para coleta sem segregação prévia, gerando perdas na recuperação dos resíduos sólidos; e a coleta seletiva quando há separação da fonte. Essa última, por sua vez, pode acontecer com a separação entre resíduos secos e úmidos ou, de forma mais complexa, separando-se os secos, os orgânicos e os rejeitos, tal qual preconizado pela legislação, mas que ainda está longe de ser realidade na maior parte do país” [grifamos]. MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE.

Boa parte dos domicílios no Brasil recebe atendimento direto do serviço de coleta (83%), outros de maneira indireta (8,1%), geralmente coleta em caçambas, mas aproximadamente 8,9% ainda não são alcançados por esta política⁵⁵.

As rotas tecnológicas correspondem aos inúmeros processos pelos quais os resíduos podem ser submetidos, até mesmo para possível revalorização e aproveitamento, na medida em que apenas os rejeitos devem ser endereçados para os aterros sanitários. Aqui, por óbvio, a coleta seletiva surge como verdadeiro pressuposto⁵⁶, seja pela coleta porta a porta, pontos de entrega voluntária (PEV), entre outras estratégias voltadas para aumentar o índice de recuperação de resíduos (IRR). É preciso aumentar o índice de recuperação de recicláveis secos na comparação com o que é efetivamente coletado, visto que atualmente os números são insuficientes (em Porto Alegre, 2,16%, em Curitiba, 2,01%, em Salvador, 0,86%, em Fortaleza, 0,47% - SNIS-RS, 2019). Nessa linha, tem-se que a reciclagem, a compostagem e a utilização energética dos resíduos se mostram, até este momento, as alternativas mais conhecidas.

De modo breve, em razão dos objetivos do presente trabalho, é interessante trabalhar pequenos tópicos quanto ao conceito e os

Plano Nacional de Resíduos Sólidos — Planares 2022, p. 19. Disponível em: <https://sinir.gov.br/informacoes/plano-nacional-de-residuos-solidos/>. Acesso em: 03 abr. 2024.

- 55 IBGE (2019, ano-base 2018), tema apresentando na Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua (PNAD-Contínua).
- 56 Conforme explicado no Planares, “[...] a implantação da coleta seletiva de resíduos sólidos urbanos é de responsabilidade dos municípios, titulares dos serviços públicos de limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos (PNRS, art. 36, inciso II), que deverão estabelecer nos Planos Municipais de Gestão Integrada de Resíduos Sólidos as metas de redução, reutilização, coleta seletiva e reciclagem, com vistas a reduzir a quantidade de rejeitos encaminhados para disposição final. Em consonância com o Decreto Federal n. 10.936/2022, o sistema de coleta seletiva deverá estabelecer, no mínimo, a separação de resíduos secos e orgânicos, de forma segregada dos rejeitos. A separação dos resíduos secos será progressivamente estendida em suas parcelas específicas”. Todavia, na experiência brasileira, até o momento se observa “[...] nos sistemas de entrega de resíduos recicláveis (secos e orgânicos) ainda há grande volume de resíduos misturados, o que sinaliza a necessidade de ações de educação ambiental junto à população, pois quando a segregação não é realizada, se reduz o aproveitamento dos materiais, transformando-se em rejeitos, que seguem para unidades de disposição final. Também pode figurar como uma das causas a baixa implementação da logística reversa de embalagens em geral, o que impacta diretamente os municípios brasileiros”. MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. **Plano Nacional de Resíduos Sólidos — Planares 2022**, p. 23. Disponível em: <https://sinir.gov.br/informacoes/plano-nacional-de-residuos-solidos/>. Acesso em: 08 set. 2022.



benefícios dos referidos métodos tecnológicos de aproveitamento e tratamento de resíduos para reduzir a pressão sobre os recursos naturais, as emissões de GEE e a poluição.

A *reciclagem* é o “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”⁵⁷. Nesse sentido, o objetivo da reciclagem é modificar o estado atual de um determinado resíduo para viabilizar sua reinserção no mercado. É evidente, pois, que a reciclagem é uma estratégia eficaz para redirecionar a quantidade de resíduos que são canalizados de maneira inapropriada para o aterro sanitário.

Não bastasse isso, a legislação entende a reciclagem como uma responsabilidade que pressupõe a atuação de múltiplos agentes, dialogando com a coleta seletiva⁵⁸ e a logística reversa⁵⁹, na linha do art. 32, *caput*, da Lei Federal n. 12.305/2010, quando incentiva a produção de embalagens que facilitem sua reutilização e reciclagem. No mesmo sentido, o art. 19, inciso X, da referida Lei, prevê a criação de programas e ações de educação ambiental que promovam a reciclagem. Desse modo, a reciclagem é pensada, na PNRS, como ferramenta capaz de ampliar a vida útil dos aterros, além de comprometer o produtor com a utilização do *ecodesign* para minimizar os impactos do pós-consumo.

A reciclagem é, portanto, uma das formas preferenciais de destinação dos resíduos, aproveita materiais, de modo a evitar seu descarte inadequado ou a ampliação da demanda dos aterros sanitários, e, ao mesmo tempo, recoloca à disposição de utilização econômica os materiais aproveitados. Contudo, os baixos índices de reciclagem no país — apenas 2,2% da massa total de resíduos sólidos urbanos é recuperada⁶⁰ —, derivam de uma grande dificuldade de tornar economicamente eficiente essa rota tecnológica.

57 Literalidade do art. 3º, inciso XIV, da Lei n. 12.305/2010.

58 A coleta seletiva, ao segregar materiais por tipos, facilita a identificação de quais resíduos poderão ou não ser objetivo do processo de reciclagem. Além disso, amplia os atores sócias partícipes do gerenciamento dos resíduos, conforme será tratado em tópico próprio.

59 A logística reversa, por meio de seus acordos setoriais ou decretos, em certa medida torna obrigatória, para determinados setores e produtos, a busca pela reciclagem de seus resíduos.

60 MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. **Plano Nacional de Resíduos Sólidos — Planares 2022**. Disponível em: <https://sinir.gov.br/informacoes/plano-nacional-de-residuos-solidos/>. Acesso em: 08 set. 2022.

Dessa perspectiva, depõe contra a ampliação de métodos de reciclagem o custo desse processo, bem superior ao método da disposição em aterro sanitário⁶¹.

Agregar as externalidades ambientais aos custos da disposição final pode ser uma forma de tornar economicamente interessante para as empresas buscarem soluções de reciclagem para seus produtos. De qualquer forma, enquanto a reciclagem não se mostra uma hipótese sustentável no aspecto econômico, é possível pensar em outras rotas tecnológicas complementares, como o próprio aproveitamento energético do resíduo, que será tratado posteriormente.

A *compostagem*, por sua vez, envolve o tratamento de resíduos orgânicos para realizar a sua transformação em adubo (composto ou húmus), conforme disposto no art. 3º, inciso VII, e no art. 36, inciso V, ambos da Lei n. 12.305/2010, como mais um exemplo de atividade integrada ao conceito de responsabilidade compartilhada e destinação ambientalmente adequada.

Essa rota de tratamento apresenta grande relevância quando se descobre que, no Brasil, a fração orgânica dos Resíduos Sólidos Urbanos coletados em 2018 correspondeu a 37 milhões de toneladas (SNIS-RS, 2019, ano base 2018)⁶² — o que significa quase metade da quantidade total de toneladas de resíduos sólidos coletadas no ano —, dos quais apenas 127.498 toneladas foram valorizadas em unidades de compostagem⁶³. As potencialidades da compostagem no cenário brasileiro se tornam ainda mais

61 Gate Free Report 2016. **Comparing the Cost of Alternative Waste Treatment Options**. Disponível em: <https://wrap.org.uk/resources/report/gate-fees-report-2016>. Acesso em: 21 jul. 2023.

62 Dado retirado da compilação feita pelo Planares 2022. Cabe observar que, de acordo com a última atualização do Diagnóstico SNIS – RS 2022, o Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento “ainda não faz distinção entre resíduos orgânicos coletados e recuperados, por se tratarem, ainda, de valores pouco expressivos sob a perspectiva macrorregional. Portanto, para fins de contabilização de recuperação de resíduos orgânicos é feita a simplificação que os RDO+RPU encaminhados para essas unidades são recuperados e proporcionam não só a diminuição do aterramento de resíduos, mas, também, a valorização de resíduos orgânicos como matéria prima na produção de compostos orgânicos enriquecedores de solo”. BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Regional. SISTEMA NACIONAL DE INFORMAÇÕES SOBRE SANEAMENTO (SNIS). **Diagnóstico Anual de Resíduos Sólidos 2022**. Brasília, dez. 2023. Disponível em: <https://www.gov.br/cidades/pt-br/aceso-a-informacao/acoes-e-programas/saneamento/snis/produ-to-do-snis/diagnosticos-snis>. Acesso em: 21 fev. 2024.

63 Ibidem.

significativas quando associada às demandas da produção agrícola brasileira (melhorando a fertilidade do solo), que, sendo um setor de alta produtividade e rápido crescimento, pode servir de mercado para produtos envolvendo a tecnologia de aproveitamento de resíduos orgânicos.

É a soma de resíduos orgânicos com o oxigênio, microrganismos e umidade, que consegue produzir como bem econômico principal o composto (ou húmus). O controle da umidade e da temperatura, respeitando-se as diferentes metodologias que podem ser aplicadas, além do tempo que pode ser necessário para completar o processo, são variáveis administradas nesta operação. A recirculação dos percolados, a aeração por revolvimento mecânico e a aeração forçada são práticas comuns nesta dinâmica que compreende administrar parâmetros adequados de umidade e temperatura. Seja a compostagem passiva, em baias ou em leiras, o volume do resíduo tratado é ponto central dessa decisão a respeito da infraestrutura adequada para o processo.

Na linha do que se argumentou anteriormente, ainda que os aterros sanitários tragam benefício ambientais quando comparados às alternativas de disposição inadequada de rejeitos, a solução é insuficiente para conter os riscos que podem decorrer das falhas no manejo dos resíduos orgânicos. Sobre o assunto, novamente há menção no próprio Planares: “A degradação dos resíduos orgânicos é uma das principais fontes de emissão de metano. Os aterros sanitários são a terceira maior fonte antropogênica mundial de metano”.⁶⁴ Quanto aos resíduos orgânicos, a utilização da compostagem como rota de tratamento anterior à disposição no aterro sanitário é de dupla relevância: amplia a vida útil do local e serve como ação concreta para o avanço nas metas de redução das emissões de gases de efeito estufa.

Com o mesmo objetivo de ampliar a vida útil dos aterros, o *aproveitamento energético* também pode ser uma ferramenta muito útil. Quanto ao tópico, dois são os métodos mais comuns de utilização energética de resíduos: o biogás proveniente do aterro e a incineração.

64 MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. **Plano Nacional de Resíduos Sólidos — Planares 2022**. Disponível em: <https://sinir.gov.br/informacoes/plano-nacional-de-residuos-solidos/>. Acesso em: 08 set. 2022.

O primeiro método, o *biogás*, consiste no gás metano gerado pela decomposição dos materiais dispostos no aterro. Esse formato pode gerar energia para os demais processos executados no aterro e, inclusive, ser redirecionado para redes próximas.

O *método da incineração*, contestado no Brasil, é bastante utilizado em países europeus, sendo significativo o caso do Reino Unido. Trata-se da queima dos resíduos em temperaturas próximas a 1000°C para aquecimento de caldeiras e posterior conversão em energia elétrica. Quanto ao tema, o governo federal produziu a Portaria MME n. 435/2020, com o objetivo de impulsionar leilões de compra de energia elétrica que se utilizem, como fonte, da incineração de resíduos sólidos urbanos⁶⁵.

O aproveitamento energético dos resíduos não é a primeira rota tecnológica que vem à mente quando pensada na destinação ambientalmente correta, mas pode ser uma boa alternativa para avanços rápidos no sentido da redução dos rejeitos dispostos nos aterros. Inicialmente, a queima de resíduos (o exemplo da pirólise) não é a opção ideal de aproveitamento, pois utiliza indistintamente matérias que, talvez, fossem melhor empregados a partir de processo de reutilização e reciclagem. Mesmo assim países europeus identificaram as vantagens do aproveitamento energético dos resíduos sólidos. Suécia, Dinamarca, Finlândia, Noruega e Estônia são nações que destinam mais de 50% de seus RSU para usinas de aproveitamento energético.⁶⁶ Por sua vez, Alemanha, Bélgica, Holanda e Suécia reduziram muito o volume de resíduos direcionados para os aterros tradicionais, na linha do que está sendo pensado para toda a Europa.

65 O Planares 2022 refere o incentivo federal ao desenvolvimento de um mercado entorno do uso da energia elétrica proveniente da incineração de resíduos sólidos, inclusive fazendo prognósticos quanto aos efeitos da portaria referida: “Os leilões buscam a contratação de energia a partir da recuperação energética de RSU, tendo por objetivo suprir o crescimento do mercado das distribuidoras a partir de 2026 e com previsão de suprimento variando entre 15 e 25 anos. A adoção de sistemas de valorização de RSU possibilita o uso do resíduo para obtenção de energia, dispondo somente o rejeito nos aterros sanitários, após esgotadas as possibilidades de sua valorização. A captação e queima do biogás gerado nos aterros sanitários deve ser fortalecida, pois reduz significativamente as emissões de GEE, podendo adicionalmente gerar energia”.

66 Confederation of European Waste-to-Energy Plants. **Waste-to-Energy Plants in Europe in 2017**. Disponível em: <https://www.cewep.eu/waste-to-energy-plants-in-europe-in-2017/>. Acesso em: 21 jul. 2023.

Obviamente, a escolha pela queima do resíduo é derivada também de circunstâncias locais, como o próprio custo do solo diante a necessidade de aquisição de áreas extensas, dificultando a opção pelo aterro sanitário. Em que pese considerações possíveis sobre as diferenças geográficas entre os países europeus e o Brasil, existe um potencial de crescimento para a metodologia do aproveitamento energético dos resíduos no país. Agregar valor ao resíduo, mesmo sob novos formatos, é o que deve orientar essas abordagens.

Quanto a isso, a primeira usina comercial a partir da queima de RSU na América Latina teve seu projeto iniciado só em 2022, em Barueri, São Paulo, com início das operações planejado para 2025.⁶⁷ O objetivo é estruturar uma Unidade de Recuperação Energética (URE) capaz de processar 300 mil toneladas de resíduos sólidos por ano, suprimindo a demanda de 320 mil pessoas. O benefício estratégico desse conceito de usina está também em diminuir a pegada de carbono do manejo do resíduo, uma vez que diminui as distâncias necessárias para acondicionar os resíduos coletados e transportar os materiais para aterros sanitários cada vez mais distantes. O projeto conta ainda com a parceria da Sabesp, que, em 2022, adquiriu 20% da URE Barueri.

Desse modo, percebe-se que a gestão dos resíduos sólidos envolve muito mais do que apenas a coleta e a subsequente disposição dos rejeitos em locais ambientalmente adequados. É evidente que o horizonte da lei coloca o aterro sanitário como última alternativa, apenas após cessadas as opções de tratamento e aproveitamento dos resíduos por meio das rotas tecnológicas listadas e muitas outras que, diante dos avanços tecnológicos, ganham viabilidade técnica e econômica.

O conceito de destinação final adequada pressupõe a busca por soluções inovadoras no gerenciamento dos resíduos, de modo a ampliar a vida útil dos produtos ou mesmo dar nova utilização econômica ao resíduo em si. Após cessadas as opções econômica e tecnicamente viáveis, e transformado o resíduo em rejeito, o conceito de disposição final adequada se concretiza pelo encaminhamento para uma estrutura ecologicamente segura os materiais descartados: o aterro sanitário. Nesse ponto, o Brasil ainda apresenta profundas carências, com o esforço tardio de priorizar

67 Mais informações em: <https://urebarueri.com.br/>.

a erradicação dos lixões e aterros controlados, além da diversificação de funções dentro das áreas internas ou contíguas aos aterros sanitários.

Na coleta indiferenciada, quando existe uma triagem, ainda assim é menor o valor de comercialização do resíduo tratado. A compostagem é possível, mas a operação é mais difícil pelas dificuldades encontradas na triagem. O combustível derivado desse resíduo (CDR), todavia, pode ter realmente uma boa utilidade (a produção de energia), além de representar uma diminuição do volume direcionado para o aterro e do uso de combustíveis fósseis.

Na coleta seletiva, por sua vez, a triagem é um processo mais simples e maior valor terá o produto desta operação. Desvia-se o resíduo a partir da central de triagem (manual, mecânica ou semiautomatizada) para tratar os recicláveis, direcionando para os aterros os rejeitos.

Quando é possível separar a fração orgânica, desde a sua geração, facilita-se o processo de compostagem. O que não resultar em composto (húmus), na condição de rejeito será encaminhado para o aterro sanitário.

O debate envolvendo o *Marco do Saneamento Básico* nos aspectos relacionados ao serviço de limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos, ao exigir essa busca pelas diversas rotas tecnológicas preliminarmente à disposição dos rejeitos, aponta como horizonte a necessidade de busca de modelagens que ampliem a escala abrangida, permitindo a sua sustentabilidade econômica e a universalização dos serviços. Por isso, reitera-se, o acesso aos números reais do serviço em cada localidade é ponto de partida para um planejamento correto. Sabendo a quantidade, a classificação e as características dos resíduos sólidos (composição gravimétrica) aumentam as chances de um dimensionamento correto dos equipamentos e infraestrutura para o êxito do sistema.

A logística para a coleta, a necessidade ou não de transbordo e transporte, as rotas sustentáveis (no aspecto técnico, ambiental e financeiro), a capacidade do aterro e a melhor ferramenta de cobrança, seja taxa, tarifa ou preço público, são escolhas que precisaram ser motivadas durante a elaboração da proposta de investimento em infraestrutura.

A propósito, os contratos de concessão, mais acostumados a assimilar mudanças de cenário, podem utilizar o *reequilíbrio*

econômico-financeiro para incorporar ampliação nos quantitativos no caso de aumento na geração de resíduos sólidos urbanos. Um cuidado que se deve ter aqui é alinhar os aumentos salariais dos trabalhadores com a data do reajuste ou a metodologia utilizada para as revisões. O custo de pessoal é informação importante nesses contratos, merecendo resposta coerente no reajuste ou na revisão, assegurando a manutenção da TIR do projeto, com impactos no interesse e da competitividade da licitação.

Os Planos Municipais de Saneamento precisam equilibrar o discurso da necessidade da redução do volume produzido com o provável aumento populacional no período, ou mesmo variações do poder econômico dos consumidores. Assim sendo, a estruturação do sistema e os estudos de viabilidade (EVTEA) deveriam contemplar os fatos geradores de possíveis reequilíbrios, antecipando gatilhos de revisão a partir de determinados percentuais. A locação de risco dos contratos, se exauriente, pode antecipadamente prever isso também.

A PNRS, a Lei Federal n. 12.305/2010, o Decreto Federal n. 10.936/2022, combinados com a redação mais atual da Lei Federal n. 11.445/2007, continuam priorizando o encerramento de todos os lixões ou aterros controlados. Ao mesmo tempo, estimula a confecção dos Planos Municipais de Gerenciamento Integrado de Resíduos Sólidos, pela importância do diagnóstico, do prognóstico e do sistema proposto para cada cidade, ressaltando-se sempre a possibilidade da regionalização.

A coleta seletiva, a compostagem a partir do aproveitamento da fração orgânica dos resíduos domiciliares ou fontes limpas, entre outras ferramentas de inovação, algumas fazendo uso intensivo de tecnologia e viabilizando o aproveitamento energético, precisam ser cada vez mais fortalecidas. Para projetos de maior porte, inegavelmente, modelagens prevendo a delegação do serviço em contratos de concessão comum ou Parcerias Público-Privadas parece ser o caminho mais indicado. Com Planos que retratem a condição do sistema, ato contínuo, será possível construir a política, programas e projetos compatíveis com os marcos setoriais existentes.

3.2.2 Rotas Tecnológicas e Esgotamento Sanitário

Do resíduo proveniente do processo de tratamento do esgoto, pode-se trabalhar com múltiplas alternativas de manejo, como a

compostagem do lodo para a produção de adubos orgânicos, objetivando melhorar as condições de produtividade do solo. O lodo desidratado é exemplo de resíduo sólido com valor energético, que poderá ser reinserido no mercado ou enviado para o aterro sanitário.

Aqui, recorda-se a Lei Federal n. 11.445/2007, art. 2º, inciso XIII, quando considera princípio fundamental do serviço de saneamento básico o “[...] fomento à eficiência energética, ao reúso de efluentes sanitários e ao aproveitamento da água da chuva”. Em algumas regiões, centros urbanos com grande densidade populacional, rotas tecnológicas que transformem o lodo proveniente do serviço de tratamento de esgoto podem atingir, no futuro, um ponto de equilíbrio econômico-financeiro que justifique o investimento nesta infraestrutura sustentável no aspecto ambiental e de resiliência, por representar um exemplo de tratamento eficiente dos recursos.

O biometano, que é obtido no processo de decomposição de resíduos orgânicos (digestão anaeróbica), coerente com políticas voltadas para a descarbonização, assim como a recuperação energética em usinas de incineração, cada vez mais integrará as cadeias produtivas relacionadas ao setor de saneamento. A geração de energia elétrica a partir do biogás liberado pelas ETEs,⁶⁸ quando comprovada a viabilidade econômico-financeira, significa mais uma opção de destinação para os resíduos orgânicos, em rota tecnológica que corretamente permite uma maior longevidade para o aterro sanitário e reduz os custos da operação — em sintonia com a busca por maior eficiência energética.⁶⁹ A autoprodução de energias renováveis é um ponto a ser desenvolvido neste setor, na linha do 10º Congresso Interamericano de Resíduos Sólidos, no ano de 2023, no México, que destacou como tema central “Cidades Lixo Zero”⁷⁰.

68 Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis, Resolução n. 685/2017. Estabelece as regras para aprovação do controle da qualidade e da especificação de biometano oriundo de aterros sanitários e de estações de tratamento de esgoto destinados ao uso veicular e às instalações residenciais, industriais e comerciais a ser comercializado em todo o território nacional.

69 O que dialoga diretamente com a 8ª Conferência Global Anual sobre Eficiência Energética, da Agência Internacional de Energia (AIE) e a “Declaração de Versalhes”, confirmando a meta de dobrar a taxa média de melhorias de eficiência energética até o final da década.

70 O Congresso Realizado na Cidade de Mérida, no México, envolvendo diversas sessões de debate voltadas para a construção de cidades neutras na geração de

Ainda, o esgoto bruto, depois de passar pela ETE, pode permitir o reúso na indústria ou na agricultura ou retornar para os corpos hídricos. Em São Paulo, a Sabesp, com a Odebrecht Ambiental, integra a Aquapolo Ambiental, para comercializar água de reúso e, com a Estre Ambiental, formou a empresa Attend Ambiental, para esgotos não domésticos. Assim, o que é positivo, consegue-se reduzir o volume de matéria orgânica nos aterros sanitários, ou seja, antes da disposição prioriza-se a destinação ambientalmente mais correta.

É o trabalho também desenvolvido pela Águas do Tejo Atlântico (ou fábrica de água), que segue a mesma linha de incorporar a perspectiva da economia circular (em escala industrial) para a gestão do ciclo urbano da água nas Estações de Tratamento de Águas Residuais (com processos de reutilização da água tratada, valorização de bioprodutos e valorização energética). A água é uma matéria-prima que deve ser usada, reutilizada, reciclada e/ou valorizada, no conceito de Portugal, em *fábricas de água*, inclusive para valorizar os subprodutos que decorrem do tratamento da água (o exemplo dos *biossólidos*, *bioplásticos*, *bionutrientes* e *biocombustíveis*).

O saneamento básico ecológico busca diminuir os impactos aos corpos hídricos e ao lençol freático, propondo soluções melhores na comparação entre as fossas sépticas e as fossas ecológicas (ecofossas) no tratamento do esgoto doméstico na área urbana e na área rural. Inclusive, em alguns casos, esse efluente de água tratada por ser utilizado como água de reúso (ou água reciclada).

4. Universalização na Limpeza Urbana e Manejo de Resíduos Sólidos

O tema da universalização possui enfoques distintos quando analisado da perspectiva dos serviços que compõem o conceito de saneamento básico. O ponto central para a compreensão do desafio da universalização dos serviços relacionados aos resíduos sólidos é essa distinção de abordagens. É preciso que se perceba que essa universalização, quando analisado o setor de limpeza urbana e

resíduos. Dentre os temas tratados destaca-se a transição para uma economia circular sem plásticos; valorização energética dos resíduos; impacto dos resíduos orgânicos nas mudanças climáticas; adoção do conceito de responsabilidade estendida do produtor etc. Mais informações disponíveis em: <https://congresodirsa2023.com/programa-y-conferencias>.

manejo de resíduos sólidos, deve ser entendida em ao menos dois aspectos, que ampliam os deveres dos agentes envolvidos na gestão dos resíduos para além da simples coleta, transporte e disposição.

Se a universalização deve ser horizontal, atingindo todas as localidades, urbanas ou rurais, periféricas ou centrais, ela deve ser ao mesmo tempo vertical, no sentido de se elevar a qualidade do tratamento e dos níveis de aproveitamento dos resíduos, na linha dos conceitos de destinação e disposição ambientalmente adequadas. Dito de outro modo, universalização não é apenas disponibilizar coleta e disposição dos resíduos sem prejuízos maiores ao meio ambiente, mas elevar a qualidade do serviço prestado para atingir os parâmetros legais, o que implica em uma mudança de perspectiva: da economia linear para a economia circular.

Essa universalização horizontal e vertical, na linha do que vem sendo tratado nesse trabalho, é de fácil entendimento, sendo mais complexa a discussão acerca de como atingir, tecnicamente e economicamente, esses objetivos. É com esse viés que deve ser tratada a questão da obrigatoriedade da cobrança pelos serviços do setor e a busca pelo ganho de escala, viabilizada pela regionalização.

Conforme pôde ser percebido na análise da redação do art. 54 da Lei n. 12.305/2010, a legislação impôs prazos para a implementação da disposição final correta dos rejeitos, com o mais extenso terminando em 02 de agosto de 2024. Trata-se, pois, de prazo para que todos os resíduos que entrem no sistema público de coleta sejam dispostos em locais adequados. Percebe-se, pois, que a universalização referida é para a disposição do que já está entrando no sistema de manejo de resíduos. As metas e as datas fixadas pela legislação setorial, não resta dúvida, são diferentes. Dispõe o artigo mencionado:

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: (Redação dada pela Lei nº 14.026, de 2020)
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; (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020)

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; (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020)

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 (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020)

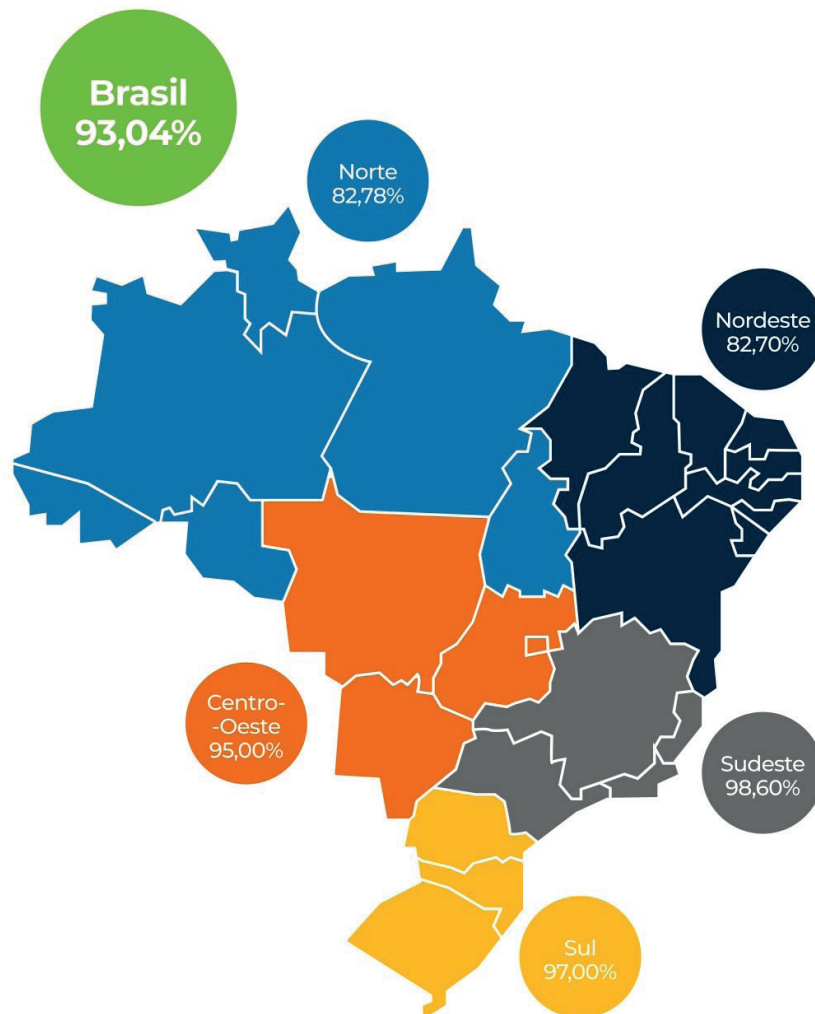
IV - até 2 de agosto de 2024, para Municípios com população inferior a 50.000 (cinquenta mil) habitantes no Censo 2010. (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020) [grifamos].

No mesmo sentido, há outro prazo para que seja universalizada a própria prestação do serviço de coleta, tratamento/aproveitamento e posterior disposição final. Esse prazo está no art. 10-B da Lei n. 11.445/2007, alterado pela Lei n. 14.026/2020, e se refere à totalidade dos serviços de saneamento básico:

*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. [grifamos].*

Assim, há uma meta explícita de efetivação da universalização dos serviços de saneamento básico — incluído, evidentemente, limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos — até a data de 31 de dezembro de 2033. Entretanto, em confronto à meta de universalização dos serviços de saneamento até o ano de 2033 há, no setor de resíduos, a realidade identificada no último PANORAMA ABRELPE publicado acerca da coleta de RSU tendo por base o ano de 2022:

Figura 4. Índice de cobertura de coleta de RSU no Brasil e regiões (%) em 2022



Fonte e elaboração: PANORAMA ABRELPE 2022.⁷¹

Percebe-se, dá análise dos dados na imagem acima, que a universalização da coleta não está tão distante da realidade brasileira — quando comparada aos demais índices do setor.⁷² Outrossim,

71 Fonte: PANORAMA ABRELPE 2022. Disponível em: <https://abrelpe.org.br/panorama/>. Acesso em: 21 fev. 2024.

72 É importante perceber como a universalização da prestação dos serviços voltados para o saneamento básico, determinada pela lei, tem conotações e desafios radicalmente diferentes a depender da área analisada. Quanto ao tópico, a universalização do serviço de tratamento de água e esgoto, por exemplo, implica em

é preciso que se tenha em mente que a coleta é apenas uma das etapas pelas quais devem passar os resíduos sólidos.

O manejo de resíduos, que deve ser universalizado até 2033, implica a implementação de todos os processos desenvolvidos no tópico acerca da destinação final ambientalmente adequada, como a reciclagem, o aproveitamento energético, a compostagem etc. Se a universalização da coleta deve ser ampliada horizontalmente de modo a atingir o maior número de pessoas — e, nesse sentido, há um imenso desafio nas regiões norte e nordeste —, ela deve ser também aprimorada verticalmente, para que o conjunto dos usuários do serviço tenha acesso aos métodos de tratamento e aproveitamento por todas as espécies de rotas tecnológicas econômica e tecnicamente viáveis.

É possível identificar, desse modo, que há duas imposições da Lei: primeiramente, deve haver a universalização da disposição final correta até 2024 (o prazo mais longo, mas não o único) — ou seja, o fim dos lixões e dos aterros controlados —; além disso, até o ano de 2033, deve haver a implementação universal dos serviços de saneamento básico no país. Essas datas, associadas ao que foi visto até aqui acerca das diretrizes da política de resíduos sólidos a ser concretizada no Brasil, geram a óbvia conclusão de que os desafios são enormes, principalmente pela necessidade de identificarmos a fórmula econômica que suportará tais objetivos.

O índice de reaproveitamento dos resíduos no Brasil, em geral, é muito menor do que o ideal projetado pela legislação, atualmente em 2,2%. Integrar compostagem, reciclagem e aproveitamento do metano para a geração de bioenergia nas áreas de aterro produziria uma redução significativa das emissões, abrindo-se a possibilidade de exploração do mercado de crédito de carbono.

5. Sustentabilidade Econômico-Financeira do Sistema

A diluição da responsabilidade no modelo compartilhado adotado pela PNRS por vezes produz, para algumas situações, incentivos

pesados investimentos somente para garantir que os cidadãos tenham acesso a alguma espécie de prestação. Por outro lado, quanto ao setor de resíduos sólidos, a amplitude do serviço de coleta (atingindo mais de 80% da população do país) faz com o que o desafio da universalização seja muito mais relacionado com a qualidade do serviço prestado — que nesse trabalho foi chamada de universalização vertical — do que com a entrega de serviços mínimo à população.

incorretos. Ainda que o tema da responsabilidade compartilhada não se confunda com a responsabilidade pelo gerenciamento dos resíduos, quando não existe um comprometimento dos consumidores em participar do fluxo iniciado pela segregação dos resíduos domésticos, ou do processo logístico reverso, criam-se maiores custos e dificuldades operacionais para o poder público desenvolver uma boa gestão do sistema. Essa distorção, que decorre em certa medida do modelo de responsabilização adotado no Brasil, tem como efeito a dificuldade de assegurar a sustentabilidade econômica do sistema.

Tenta-se contornar o problema pressionando o gestor público a instituir ou redimensionar a taxa de lixo, a tarifa ou preço público, na exata proporção dos recursos indispensáveis para implementar o sistema idealizado pela Lei Federal n. 12.305/2010, sob pena de renúncia fiscal (Lei n. 11.445/2007, art. 29, II, § 1º, arts. 30, 31 e 35, § 2º)⁷³. Atualmente, existe um elevado nível de inadimplência dos municípios com as empresas que atuam no serviço de coleta, transbordo, transporte e disposição adequada dos resíduos sólidos (os aterros sanitários), pela constante sobrecarga (e dependência) do orçamento regular (o Município de Joinville, em Santa Catarina, desde 1999 apresenta-se como um exemplo a ser estudado de cobrança pelo serviço). Essa situação precisa ser modificada, dentro das urgências estabelecidas pela própria legislação, a partir das últimas modificações, que também passam pela ferramenta da *concessão regionalizada* e dos aterros sanitários compartilhados.

A ampliação do volume de reciclagem, de produtos resultantes da compostagem ou da reinserção na cadeia produtiva de materiais reaproveitados, com o uso intensivo de tecnologia, poderá

73 Resgatando publicação da ANA, destaca o autor “[...] a partir da Resolução da ANA n. 79/2021, que aprovou a Norma de Referência n. 1/2021, foi estabelecido o prazo de 31/12/2021 para que os municípios comprovassem a instituição de mecanismo de cobrança ou seu cronograma de implementação. Como resultado verificou-se que 1.684 municípios atenderam ao dispositivo da NR n. 1/2020, [...]. Ao analisar os dados por unidade da federação, nota-se que os Estados de Alagoas, Ceará, Goiás e Sergipe foram os que apresentaram, em termos relativos, maior quantidade de municípios com comprovação de mecanismos de cobrança ou seu cronograma de implementação. Já os Estados do Acre, Amazonas, Paraíba, Piauí e Roraima apresentaram as menores quantidades de municípios que atenderam referida norma de referência”. MARANHÃO, Pedro. Maior Programa Ambiental do Mundo: o Novo Marco Legal do Saneamento Básico, seus desafios e benefícios esperados. In: ZULIANI, G; DAL POZZO, A. **Saneamento Básico: Uma Lei e um Marco**. Belo Horizonte: Fórum, 2023, p. 254–255.

representar mais adiante um conjunto interessante de receitas acessórias integradas ao sistema/produto *limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos*. Mas essa não é ainda a realidade do setor.

Hoje, o sistema depende dos usuários, a partir do pagamento de taxas, tarifas ou preços públicos, ou dos orçamentos públicos gerais. E, assim está disposto no art. 29 da Lei n. 11.445/2007, a partir da modificação proposta pela Lei n. 14.026/2020, em especial, no inciso II:

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

O serviço de limpeza urbana terá a sua sustentabilidade econômico-financeira garantida com a cobrança dos serviços, sem afastar a possibilidade de subsídios e subvenções provenientes do poder público ou construídas e/ou captadas por ele, quando for importante responder por eventual *lacuna de viabilidade*. Ao mesmo tempo, do art. 29, *caput*, da Lei Federal n. 11.445/2007, fica evidenciada a necessidade de um centro de custos organizado, não importando o modelo em operação, para evitar a cobrança em duplicidade de despesas administrativas ou gerenciais, dos usuários ou do poder público. Em tese, a maneira mais eficiente de organizar este sistema é concentrando tarefas, da coleta até o aterro sanitário, incorporando outras rotas tecnológicas, para ampliar as possibilidades de gerenciamento correto de todo o sistema.

O *Novo Marco Legal do Saneamento*, combinado com a Lei Federal n. 12.305/2010, estimula a aglutinação de tarefas, sustentadas em contratos de longo prazo com a iniciativa privada. No ponto, quando se defende aqui a concentração de tarefas, isso também significa a maior eficiência técnica e econômica que se viabilizará a partir de operadoras interessadas em assumir a operação simultânea do serviço de abastecimento de água, coleta e tratamento de

esgoto, limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos, drenagem e manejo de águas pluviais.

A viabilização dos avanços de qualidade na prestação dos serviços dependerá de investimentos que só serão possíveis a partir de benefícios de ganho de escala (o que também passa pela regionalização). Modelagens que englobem o serviço de limpeza urbana e a destinação/disposição final, protagonizados por coletivos de municípios, em contratos de concessão de longa duração, com certeza é a orientação geral proposta pelo ordenamento vigente. Em sentido contrário, contratos administrativos tradicionais, agora sob as regras da Lei n. 14.133/2021, surgem como alternativas em situações de máxima exceção (Decreto Federal n. 11.599/2023, art. 2º, inciso I, § 1º), o que também está contemplado na NR ANA n. 07/2024, no art. 4º, inciso IX, classificado como *contrato de terceirização da prestação de serviço*.

Então, sem dúvida, a responsabilidade compartilhada compreende o direito-dever do Estado de cobrar, de diferentes formas (taxas, tarifas e preços públicos), de um amplo conjunto de atores, pelo serviço público que é prestado (mesmo quando delegado a terceiros), e que também busca impedir ou mitigar impactos ambientais indesejáveis para o nosso ecossistema.

Por tudo isso, existe uma clara autorização legal para cobrar pelos serviços executados ou postos à disposição, seja na prestação direta ou indireta, e para o contexto atual, utilizando-se da ferramenta dos contratos de concessão. É o que se depreende do art. 35, da Lei Federal n. 11.445/2007, quando afirma que:

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:

[...]

II - as características dos lotes e as áreas que podem ser neles edificadas;

III - o peso ou o volume médio coletado por habitante ou por domicílio.

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 art., 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.

A destinação dos resíduos e o nível de renda da população da área atendida poderá ser determinante para a definição do valor a ser cobrado pelo serviço, seja por taxa, tarifa, seja preço público. Além disso, como se apontou outras vezes, a solução adequada para os resíduos pode contribuir para reduzir as emissões de gases de efeito estufa (GEE), viabiliza o uso de material secundário na indústria, composto na agricultura e combustível originado em processos sustentáveis.

Na medida em que se permite que a cobrança ocorra na fatura de consumo de outros serviços públicos (o cofaturamento na *conta da luz ou na conta da água*), cria-se uma vantagem competitiva, por exemplo, para as operadoras que também monopolizem o serviço de abastecimento de água e esgotamento sanitário para a mesma carteira de consumidores, caso estejam interessadas em disputar contratos neste subsistema. A propósito, o futuro brevemente deverá apresentar esta nova conformação, com empresas especializadas em operar o serviço de abastecimento de água, esgotamento sanitário, resíduos sólidos em sentido amplo e drenagem urbana, abrangendo extensas áreas territoriais. Na verdade, diante da contingência de grande volume de investimentos em curto período, para todos os subsistemas do setor de saneamento por exigência da legislação setorial, surge como desdobramento mais

natural a formação de grupos econômicos – operadores e fundos de investimento – com capacidade para mobilizar recursos humanos e financeiros na proporção das exigências impostas pela legislação setorial.

Mas atenção: o instrumento de cobrança pelo titular do serviço precisa ser instituído imediatamente, caso ainda não exista. Além disso, esse deve corresponder aos custos de investimento, de manutenção global de todo esse universo de atividades e, em caso de prestação indireta dos serviços, prever uma taxa de retorno adequada à alocação dos recursos no setor. Sistemas de triagem manual (na mesa de catação), de triagem automática, ou semiautomática (os catadores realizam a primeira abordagem), por característica, exigem maiores ou menores investimentos (Capex) para o início da operação.

Assim como a escolha pela *triagem positiva* ou *negativa*, depende de um estudo anterior que revele a característica dos resíduos coletados naquele entorno (composição gravimétrica), o que justificaria a escolha da metodologia mais apropriada em face das características observadas. A depender da alternativa escolhida, os catadores (mesmo na informalidade), suas associações e cooperativas estarão integrados ao processo, destacando o viés da sustentabilidade social, um elemento importante desta política pública. Assegurar a presença dos catadores, significa proteger os seus empregos e uma renda mínima, mesmo que as condições de trabalho, regra geral, não sejam boas⁷⁴. A existência da atividade, preferencialmente com o apoio do Estado, auxilia na inclusão social destes trabalhadores, mas uma emancipação definitiva depende de medidas voltadas para essa população.

74 Destacado pelo Plano Nacional de Resíduos Sólidos, os catadores “[...] trabalham, normalmente, com materiais oriundos da coleta seletiva municipal, de roteiros próprios de coleta seletiva domiciliar, de grandes geradores e pontos de entrega voluntária (PEVS). A importância do trabalho ambiental das organizações de catadores reside no fato de que as cooperativas recebem a fazem a triagem de diversos materiais recicláveis, de modo a possibilitar que sejam absorvidos pela indústria”. As latas de aço, as latas de alumínio, o papel e o papelão, a embalagem multicamada, o plástico e o vidro, assim como outros exemplos de resíduos secos, são insumos bastante valorizados, com bons índices de reciclagem no Brasil, também pelo trabalho dos catadores, em cooperativas ou autônomos, oficiais ou em atuação paralela ao sistema. MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. **Plano Nacional de Resíduos Sólidos — Planares 2022**, p. 31. Disponível em: <https://sinir.gov.br/informacoes/plano-nacional-de-residuos-solidos/>. Acesso em: 08 set. 2022.

Para tudo isso, existe um prazo de 12 (doze) meses, sob pena de renúncia fiscal nos termos do art. 14 da Lei Complementar n. 101/2000. Na delegação para terceiros desta modalidade de serviço público, o art. 175 da Constituição, a Lei Federal n. 8.987/1995, a Lei Federal n. 11.079/2004 e a Lei Federal n. 11.445/2007, combinadas com outras regras de diferentes hierarquias e campos de incidência, será indispensável motivar e comprovar que as dimensões estratégica, econômica, comercial, financeira e gerencial estão suficientemente instruídas para apoiar o sucesso da proposta de investimento de infraestrutura (o modelo das Cinco Dimensões) neste setor, desde o processo de construção da modelagem.

5.1 Obrigação de Cobrança pelos Serviços

A busca pela sustentabilidade econômica dos serviços de limpeza urbana, coleta, tratamento e destinação/disposição dos resíduos/rejeitos, foi uma escolha do legislador com vista a efetivar a implementação das metas. Preferencialmente mediante cobrança por taxa ou tarifa, associada ao ganho de eficiência propiciado pela regionalização. Essa sustentabilidade econômica deve ser vista, pois, por dois eixos: instrumento de cobrança e ganho de escala.

Nessa linha, a obrigatoriedade de cobrança dos serviços de limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos foi confirmada no marco legal dos resíduos por meio da Lei Federal n. 14.026/2020, que alterou o art. 29 da Lei n. 11.445/2007, agora com a seguinte redação:

*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; [grifamos].*

Assim, reitera-se, há uma obrigatoriedade de cobrança específica quanto aos serviços de coleta e manejo de resíduos. De acordo com a legislação federal, essa cobrança pode ser feita tanto por

meio de taxa quanto por meio de tarifa, cabendo aos municípios, titulares do serviço, a escolha do instrumento de cobrança apropriado para a operação local.

Nesse sentido, a ANA publicou a Norma de Referência ANA n. 01/2021(Resolução ANA n. 79/2021)⁷⁵ para a regulação dos serviços públicos de saneamento básico, que dispõe sobre o regime, a estrutura e os parâmetros de cobrança pela prestação do serviço público de manejo de resíduos sólidos urbanos, bem como os procedimentos e prazos de fixação, reajuste e revisões tarifárias. Concomitantemente, foi publicado o manual orientativo⁷⁶ sobre a NR ANA n. 01/2021, que traz diretrizes para a sua aplicação. Esse documento corrobora a orientação legal, permitindo identificar os meios de cobrança, os parâmetros mínimos para a fixação de valores e qual o método que, de acordo com o documento da agência nacional, seria o mais adequado para a concretização das metas legais.

A normativa da ANA parte da premissa de que o art. 29 da Lei Federal n. 11.445/2007 torna impositiva a instituição de mecanismo de cobrança, e reitera o conceito embutido na lei de que o serviço envolvendo o gerenciamento dos resíduos sólidos deve ser capaz de, por meio de receita derivada de cobrança específica, propiciar seu financiamento:

5.1. Sustentabilidade Econômico-Financeira

5.1.1. O REGIME, a ESTRUTURA e os PARÂMETROS DA COBRANÇA pela prestação do SMRSU devem ser adequados e suficientes para assegurar e manter a SUSTENTABILIDADE ECONÔMICO-FINANCEIRA da prestação dos serviços, e devem considerar o princípio da modicidade tarifária.

Além da cobrança de valores coerentes com o princípio da modicidade, é preciso que os parâmetros utilizados em seu cálculo permitam a sustentação do serviço sem complementações retiradas do caixa único municipal. Para tanto, manifesta, quanto aos parâmetros para a definição do valor a ser cobrado da população,

75 AGÊNCIA NACIONAL DE ÁGUAS E SANEAMENTO BÁSICO. **Resolução ANA nº 79/2021**. Disponível em: <https://www.gov.br/ana/pt-br/assuntos/saneamento-basico/normas-de-referencia-para-o-saneamento-basico/resolucao-ana-no-79-2021-1>. Acesso em: 29 set. 2022.

76 Manual Orientativo sobre a Norma 01/ANA/2021. Disponível em: <https://www.gov.br/ana/pt-br/assuntos/saneamento-basico/normas-de-referencia-para-o-saneamento-basico/resolucao-ana-no-79-2021-1>. Acesso em: 29 set. 2022.



a necessidade de uma análise tanto do nível de renda populacional da região atendida, quanto uma identificação do custo necessário para a implementação e gerenciamento das diferentes etapas envolvidas no manejo do resíduo, computados os fatores econômicos locais.

Dentro do tópico envolvendo a sustentabilidade econômico-financeira do serviço, a NR ANA n. 01/2021 expõe a preferência técnica pela escolha do instrumento de cobrança de tarifa, em detrimento da taxa, uma das espécies tributárias⁷⁷. Essa hierarquia se justifica em razão da maior flexibilidade de alteração de seus parâmetros, adequando-os às circunstâncias operacionais. Vislumbra-se tal preferência técnica como um reforço da diretriz do *Novo Marco Legal* de obrigatoriedade da concessão de serviços públicos em caso de prestação indireta, também para o serviço de limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos. Porém, reforça-se o que foi afirmado anteriormente, a utilização de contratos tradicionais para organizar esta relação não está contemplada na Lei n. 11.445/2007, visto que o art. 10 fala apenas da celebração de concessão.

Na regulamentação, o Decreto Federal n. 11.599/2023, art. 2º, inciso I, § 1º, talvez extrapolando os seus limites, inova ao criar um espaço para a exceção quando afirma que a prestação direta dos serviços públicos de saneamento básico não impede a contratação de terceiros sob o regime da Lei n. 13.303/2016 e da Lei n. 14.133/2021. Pode-se considerar hipótese que apenas se justifica em circunstâncias muito específicas, visto que a mesma regra cobra a observância dos princípios e objetivos da Lei n. 11.445/2007.

No ponto, faz-se a ressalva de que o Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral do Recurso Extraordinário n. 847.429 (Tema 903), que discute dois temas: (i) a constitucionalidade da cobrança pelos serviços de limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos por meio de regime tarifário, bem como a essencialidade e compulsoriedade do serviço; e (ii) a constitucionalidade de delegação, por meio do modelo de concessão de serviços públicos, as atividades de coleta e remoção de resíduos domiciliares. A

77 "5.1.2. Para o alcance da SUSTENTABILIDADE ECONÔMICO-FINANCEIRA, deve ser adotado, preferencialmente, o REGIME DE COBRANÇA por meio de TARIFA". AGÊNCIA NACIONAL DE ÁGUAS E SANEAMENTO BÁSICO. **Resolução ANA nº 79/2021**. Disponível em: <https://www.gov.br/ana/pt-br/assuntos/saneamento-basico/normas-de-referencia-para-o-saneamento-basico/resolucao-ana-no-79-2021-1>. Acesso em: 29 set. 2022.

discussão teve origem na Justiça do Estado de Santa Catarina, cujo posicionamento foi pela viabilidade da cobrança da prestação dos serviços públicos por meio de tarifa e da delegação das atividades acima listadas. Entende-se que o *Novo Marco Legal do Saneamento Básico*, tal qual seus decretos e normas de referência, moldaram um arcabouço jurídico que viabiliza a concessão das atividades de coleta e remoção de resíduos domiciliares, bem como a cobrança da prestação dos serviços por meio da tarifa. Assim, não se vislumbra espaço para a ocorrência de retrocessos nesse entendimento jurídico, que prejudicaria investimentos e projetos de contratos no setor.

Ainda que haja essa vontade de privilegiar a tarifa, como será desenvolvido no presente livro e como foi defendido pela equipe técnica da ANA, a lei dá liberdade para a escolha do modelo de cobrança. Sendo ainda minoritária a parcela dos municípios que, instituindo a cobrança pelo serviço de limpeza e manejo de resíduos sólidos urbanos, opta pela tarifa (0,4% da amostra exposta no SNIS 2022⁷⁸).

Há a possibilidade, portanto, da administração municipal decidir pela taxa, ou pela tarifa, ou mesmo por uma cobrança combinada. Cada um dos formatos escolhidos trará benefícios e dificuldades próprias, o que exige um juízo de adequação das possibilidades de cobrança com a experiência local. Nesse ponto, será oportuno analisar a realidade do município.

5.2 Instrumento Administrativo de Cobrança

Mais do que o modelo de cobrança, há a necessidade de discutir o instrumento administrativo pelo qual a cobrança chegará ao usuário do serviço público, e a forma como será individualizada e especificada. Modelos que não optarem por taxa única pela prestação potencial do serviço irão demandar parâmetros objetivos para aferição da proporção de uso do serviço pelos moradores, algo que se mostrou de difícil aplicação prática.

Ainda assim, municípios que já internalizaram instrumentos de cobrança adotaram formas como a cobrança de fatura específica de manejo de resíduos sólidos urbanos — esse modelo envolve o

78 SISTEMA NACIONAL DE INFORMAÇÃO SOBRE SANEAMENTO (SNIS). **Diagnóstico dos Serviços de Água e Esgoto 2022**. Brasília, dez. 2023. Disponível em: <https://www.gov.br/cidades/pt-br/aceso-a-informacao/acoes-e-programas/saneamento/snis/produtos-do-snis/diagnosticos-snis>. Acesso em. 21 fev. 2024.

desafio de exigir um sistema de cadastramento, distribuição, fiscalização e cobrança próprio, encarecendo sua operação.

Uma alternativa existente é a de cofaturamento com o serviço de consumo de água — acatado, por exemplo, por parcela dos municípios atendido pela Companhia de Saneamento do Paraná, que se beneficia, para tanto, de uma ampla base de dados e de uma semelhante área de prestação do serviço de consumo de água tratada e de gerenciamento de resíduos sólidos. Também se considera a cobrança na *conta de luz*, em razão de Nota Técnica n. 0069/2022-SRD/ANEEL.

Um formato também operacionalizado é o que associa a cobrança pelo serviço de manejo de resíduos sólidos urbanos com o carnê do IPTU – observado nas capitais Belo Horizonte e Curitiba. Dos métodos conhecidos, os dados do SNIS 2022 permitem concluir que a maioria dos municípios que possuem instrumentos de cobrança (81,9% da amostra analisada) optam pela inclusão de uma taxa específica para resíduos no boleto de IPTU⁷⁹.

Dentro desse tópico, é interessante notar que particularidades locais podem estruturar métodos com maior ou menor viabilidade econômica. A título exemplificativo, é fácil compreender que em uma cidade na qual a mesma empresa é a responsável pelo tratamento de água e esgoto e pela coleta e tratamento dos resíduos sólidos, a tarifa a ser cobrada em cofaturamento pelos serviços se beneficiaria de estrutura comum de dados, de fiscalização e distribuição da cobrança, diminuindo os custos totais de gestão de economias e faturamento.

Retomando a discussão acerca das particularidades da cobrança, e das especificidades trazidas pela NR ANA n. 01/2021, ponto digno de nota é o referente à cobrança social. A alteração realizada pelo *Novo Marco do Saneamento* já incorporou ao art. 29 da Lei n. 11.445/2007, que trata da obrigatoriedade da instituição de instrumento de cobrança, o seu § 2º, que versa o seguinte:

Art. 29 [...] § 2º Poderão ser adotados subsídios tarifários e não tarifários para os usuários que não tenham capacidade de pagamento suficiente para cobrir o custo integral dos serviços.

79 SISTEMA NACIONAL DE INFORMAÇÃO SOBRE SANEAMENTO (SNIS). **Diagnóstico Temático: Manejo de Resíduos Sólidos Urbanos 2022**, dez. 2023. Disponível em: <https://www.gov.br/cidades/pt-br/aceso-a-informacao/acoes-e-programas/saneamento/snis/produtos-do-snis/diagnosticos-snis>. Acesso em: 21 fev. 2024.

Em sentido análogo, a norma de referência estipula, em seu tópico 5.8,⁸⁰ o dever de compensação ao usuário de baixa renda, por meio de subsídio tarifário ou fiscal. Percebe-se, pois, ser obrigatório uma análise econômico-financeira da tarifa, ou mesmo da taxa, que leve em consideração os aspectos sociais da localidade — e que tenha por norte o princípio da modicidade. Porém, mais que isso, é preciso que o cálculo do valor a ser cobrado preveja, por meio da cobrança social, uma reserva para os usuários vulneráveis, até mesmo diante da cobrança dimensionada com base em premissas que incluam eventuais dificuldades econômicas da população.

5.3 Situação Brasileira na Cobrança pelos Serviços

Conhecidas as diretrizes legais, cabe dar atenção para a situação dos municípios brasileiros quanto à implementação dos instrumentos de cobrança. Nesse sentido, tomando por base dados do SNIS, compilados no Planares de 2022, percebe-se que, novamente, a desigualdade regional é fator decisivo quando se analisa municípios que instituíram ou não instrumentos de cobrança pelos serviços vinculados a resíduos sólidos.

Se na região Sul cerca de 82%⁸¹ das administrações municipais pesquisadas apresentaram alguma espécie de cobrança pelo serviço de limpeza e manejo de resíduos sólidos urbanos, na região Sudeste esse índice cai para 50% das municipalidades e para 7% na região Nordeste.⁸² O resultado é que, no nível nacional, o índice de municípios que instituíram alguma forma de cobrança era, em 2018, ano base da análise, de apenas 47%.⁸³

80 5.8. Cobrança social Deve ser prevista cobrança social para os USUÁRIOS de baixa renda, por meio de subsídios tarifários ou fiscais. Recomenda-se a adoção do Cadastro Único para Programas Sociais (CadÚnico) do Governo Federal para identificação dos beneficiários da cobrança social. Quando cofaturada com o serviço público de abastecimento de água, recomenda-se a adoção dos mesmos critérios utilizados para definição de beneficiários de tarifa social do serviço público de abastecimento de água.

81 No Rio Grande do Sul 295 municípios instituíram alguma espécie de cobrança (76% da amostra), enquanto em Santa Catarina a porcentagem de municípios com remuneração pelo serviço foi de 87%, melhor índice nacional.

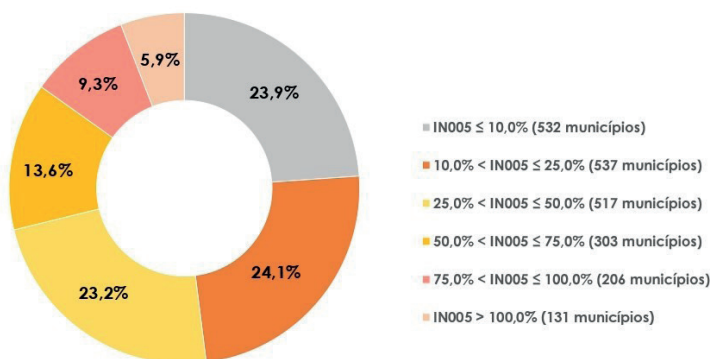
82 MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. **Plano Nacional de Resíduos Sólidos — Planares 2022**. Disponível em: <https://sinir.gov.br/informacoes/plano-nacional-de-residuos-solidos/>. Acesso em: 08 set. 2022.

83 Ibidem.

A ausência de cobrança está associada, também, ao problema da correta dimensão desse valor. Recorrendo aos dados apresentados no Diagnóstico Temático do SNIS, de dezembro de 2023, é possível diagnosticar que são minoritários os municípios em que o valor cobrado pelos serviços pela limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos foi suficiente para arcar com a receita orçada para a manutenção dos serviços. A partir da análise dos infográficos é possível ter a dimensão do obstáculo que representa alcançar a sustentabilidade econômico-financeira neste subsistema:

Níveis de autossuficiência financeira do órgão gestor com o manejo de RSU (IN005)

(valor absoluto e % de municípios, segundo níveis de autossuficiência financeira, em 2022)



Fonte e elaboração: DIAGNÓSTICO ANUAL DE RESÍDUOS SÓLIDOS 2023 (ANO DE REFERÊNCIA 2022). Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento. Ministério do Desenvolvimento Regional.⁸⁴

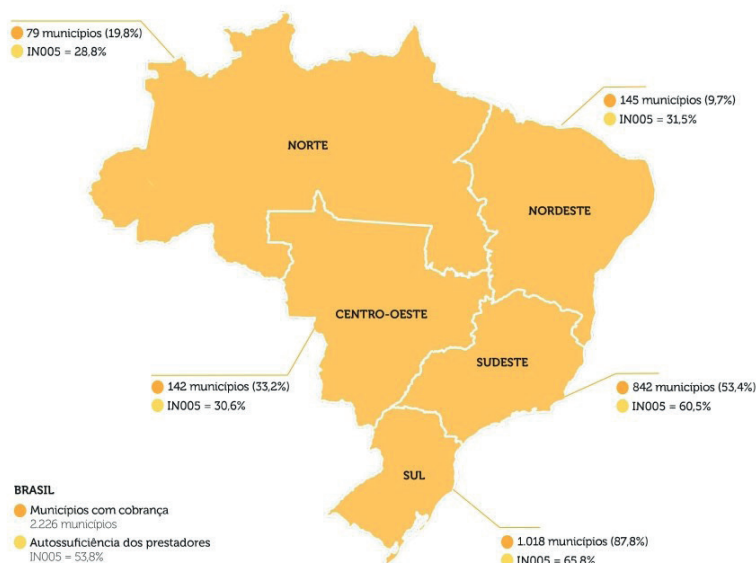
Como indicado no gráfico, o indicador IN005 do SNIS representa a autossuficiência financeira do gestor com o manejo de resíduos sólidos urbanos. Conforme constatado, apenas uma pequena parcela dos municípios é capaz de custear a operação dos serviços com as receitas decorrentes de sua operação. Como exemplo, dos 2.226 municípios analisados, 532 deles possuem um IN005 menor ou igual a 10%, demonstrando que apenas 10% dos custos de operação desses locais são abrangidos pelas receitas que resultam da prestação efetiva do serviço.

84 SISTEMA NACIONAL DE INFORMAÇÃO SOBRE SANEAMENTO (SNIS). **Diagnóstico Temático: Manejo de Resíduos Sólidos Urbanos 2022**, Brasília, dez. 2023. Disponível em: <https://www.gov.br/cidades/pt-br/acesso-a-informacao/acoes-e-programas/saneamento/snis/produtos-do-snis/diagnosticos-snis>. Acesso em: 21 fev. 2024.

O mesmo Diagnóstico do SNIS demonstra que grande parte dos municípios analisados não possui instrumento de cobrança, enquanto entre os entes que instituíram formas de cobrança, são minoritários, nas regiões centro-oeste, norte e nordeste, os que se aproximam da autossuficiência econômico-financeira do serviço por meio da taxa ou da tarifa:

COBRANÇA PELOS SERVIÇOS E AUTOSSUFICIÊNCIA DOS ÓRGÃOS GESTORES

(total e % de municípios com cobrança e % de autossuficiência, por macrorregião geográfica, em 2022)



Fonte e elaboração: DIAGNÓSTICO ANUAL DE RESÍDUOS SÓLIDOS 2023 (ANO DE REFERÊNCIA 2022). Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento. Ministério do Desenvolvimento Regional.⁸⁵

Percebe-se, pois, que a instituição de instrumento de cobrança não esgota a discussão da viabilidade econômico-financeira do serviço, um pressuposto para a sua universalização. É preciso que seja fixado um valor compatível com o preço orçado para custear o serviço, ao mesmo tempo em que deve ser instituída uma dinâmica

85 SISTEMA NACIONAL DE INFORMAÇÃO SOBRE SANEAMENTO (SNIS). **Diagnóstico Temático: Manejo de Resíduos Sólidos Urbanos 2022**, Brasília, dez. 2023. Disponível em: <https://www.gov.br/cidades/pt-br/acao-a-informacao/acoes-e-programas/saneamento/snis/produtos-do-snis/diagnosticos-snis>. Acesso em: 21 fev. 2024.

de cobrança que garanta a fiscalização do efetivo pagamento pelos usuários.

Até esse ponto, há a exposição de algumas premissas. A primeira delas é de que a nova redação da Lei Federal n. 11.445/2007 indicou que é impositiva a instituição de mecanismo de cobrança da limpeza urbana e do manejo de resíduos sólidos. Dentro dessa obrigatoriedade deve haver uma classificação dos usuários merecedores de cobrança social, ao mesmo tempo em que é preciso que o valor cobrado, por taxa ou tarifa, seja suficiente para assegurar a continuidade do serviço. Ao mesmo tempo, na prática dessas relações entre municípios e empresas que atuam na coleta, existem constantes desacertos por atrasos no pagamento.

A cobrança pelo serviço busca dar sustentabilidade econômico-financeira para a prestação, e que a realidade demonstra uma disparidade entre valor orçado pelo serviço e a cobrança realizada do usuário, principalmente quando permanece a intenção de tornar possível aplicar o sistema legal estipulado para o setor.

Frente a esse descolamento entre indicação legal e a realidade, a legislação possui mecanismo capaz de influenciar a decisão dos gestores municipais. Esse mecanismo está consubstanciado na previsão de que a não implementação de instrumento de cobrança pelos municípios, titulares do serviço, deve ser considerada como renúncia de receita, com todas as implicações decorrentes dessa definição. Esse conceito foi introduzido no § 2º do art. 35 da Lei n. 11.445/2007 e pela Lei n. 14.026/2020, conforme segue:

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:

[...]

§ 2º A não proposição de instrumento de cobrança pelo titular do serviço nos termos deste art., 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 [grifamos].

Percebe-se, assim, que a lei institui mecanismo impositivo, com o objetivo de quebrar a inércia dos gestores municipais, inclusive com prazo para a implementação do instrumento de cobrança: 12 meses a partir da vigência da Lei Federal n. 14.026/2020, ou seja, 15 de julho de 2021.

A partir desse prazo, já vencido, passou a ser considerado como renúncia de receita a decisão municipal de não instituir instrumento de cobrança. O que se objetiva, no caso, é evidenciar que a omissão administrativa quanto à fonte de receita para a prestação do serviço de limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos pode ser encarada como uma escolha política. Assim, a administração municipal precisará optar por implementar instrumento de cobrança ou por, na ausência de implementação, apresentar todos os requisitos previstos no art. 14 da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar 101, de 2000). O referido art. 14 inclui, dentre outros efeitos, a necessidade de a renúncia estar acompanhada de estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva iniciar sua vigência e nos dois seguintes. Assim, caberá aos órgãos de fiscalização realizarem juízo técnico da decisão municipal pela renúncia de receita.

Atualmente, ainda não existe uma cobrança efetiva dos órgãos de controle, do Ministério Público, da sociedade em geral, pelo atendimento da diretiva. E como não existe uma pressão coletiva em relação a essa pauta, os gestores municipais seguem adiando a implementação da cobrança. Muitos sequer instituíram, seja no formato de taxa ou tarifa, enquanto outros tantos convivem com valores insuficientes para responder na integralidade pelos desafios propostos para esta política.

O que a lei determina é, portanto, que haja a cobrança pelo serviço de limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos. Isso porque somente com a viabilização de financiamento para o setor é que será possível realizar as metas de universalização horizontal, com maximização da cobertura, e vertical, com implementação das novas rotas tecnológicas e efetivação dos princípios de destinação final ambientalmente adequada e disposição final ambientalmente adequada, anteriormente desenvolvidos.

Esse modelo, a julgar inclusive pela orientação técnica da ANA, beneficia-se do formato de cobrança administrativa da tarifa, em especial quando estabelecida mediante contratos de concessão, de

prazo mais longo se comparado ao modelo atualmente em vigor em diversas localidades, o dos contratos de construção (*build “b”*) e de serviços (*service “s”*) no formato da Lei Federal n. 14.133/2021. Entretanto, mais do que a cobrança e o seu formato passível de incorporar os vultuosos investimentos necessários nos próximos anos, a universalização dos serviços de limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos tem maior chance de ser concretizada se concomitantemente ampliar o número de estruturas regionalizadas⁸⁶. Os arranjos regionais dispensam os municípios de empreender esforços individuais de planejamento e facilitam o acesso a recursos não onerosos da União (recursos do Orçamento Geral da União), inclusive de fundos não reembolsáveis⁸⁷.

Todavia, essa é uma preocupação que externamos neste trabalho, existe uma forte tendência de acomodação no setor, com a continuidade do modelo de contratos administrativos tradicionais (Decreto Federal n. 11.599/2023, art. 2º, inciso I, § 1º e Lei n. 14.133/2021) e fragmentação de tarefas nas licitações. A exceção sinalizada no Decreto n. 11.599/2023, no final das contas, pode continuar sendo a regra, o exemplo mais observado, o que já acontece hoje.

5.4 Economia de Escala e de Escopo

Nota-se que a necessidade de ganho de escala para a prestação dos serviços de limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos é

86 Nas regras do Novo Marco os municípios com população inferior a 50.000 mil habitantes precisam respeitar o prazo de 2024 para acertarem a disposição final dos seus rejeitos. Todavia, é bom que se diga, “[...] isso apenas para aqueles municípios que até 31/12/2020 tenham elaborado Plano Intermunicipal da Resíduos Sólidos ou Plano Municipal de Gestão Integrada de Resíduos Sólidos e que disponham de mecanismos de cobrança que garantam sua sustentabilidade econômico-financeira. Para os demais municípios que não atenderam a esses dois requisitos, o prazo se esgotou em 31/12/2020, e os municípios se encontram em situação de desconformidade ambiental, o que tem colocado o tema no foco das preocupações dos gestores municipais”. (Ver Lei n. 11.445/2007, arts. 29 e 54). ONO, Fabio Hideki; BRITTO, Alzemer; FRANÇA, André Luiz Felisberto. Os 5CS dos Resíduos Sólidos Urbanos no Marco do Saneamento. In: ZULIANI, G; DAL POZZO, A. **Saneamento Básico: Uma Lei e um Marco**. Belo Horizonte: Fórum, 2023, p. 345.

87 Enfatizam os autores, “[...] no Sistema Nacional de Informações sobre a Gestão dos Resíduos Sólidos (SINIR) é possível mapear recursos reembolsáveis ou não reembolsáveis para a gestão de resíduos sólidos, incluindo cooperação nacional e internacional”. ONO, Fabio Hideki; BRITTO, Alzemer; FRANÇA, André Luiz Felisberto. Os 5CS dos Resíduos Sólidos Urbanos no Marco do Saneamento. In: ZULIANI, G; DAL POZZO, A. **Saneamento Básico: Uma Lei e um Marco**. Belo Horizonte: Fórum, 2023, p. 346.

ponto pacífico no setor. De um lado, é preciso perceber que municípios de pequeno porte, com menos de 30.000 habitantes, possuem dificuldade para atingir as metas da PNRS, apresentando os piores índices de coleta convencional de resíduos, por exemplo⁸⁸. No mesmo sentido, os investimentos para a implementação e operação de aterros sanitários de grande porte apresentam vantagem econômica significativa⁸⁹, de modo que a reunião de municípios em seu entorno promete a redução do custo total requerido. Para recuperar materiais recicláveis, gerar subprodutos no processo de valorização dos resíduos, exige-se uma complexa coordenação do sistema.

Mais do que isso, por vezes, a regionalização surge como única solução para a integral prestação dos serviços. A implementação das novas rotas tecnológicas idealizadas pelo marco legal dos resíduos sólidos é ilustrativa da necessidade de maior escala para prestação adequada desta modalidade de serviço público. É preciso combater a fragmentação, a existência de dezenas de contratos, que somados, respondem pelo mesmo serviço.

Observando-se a prática, é difícil para o município, enquanto unidade isolada, com poucos recursos, coordenar a atuação de todos esses contratados. A varrição não pode acontecer depois da pintura do meio-fio, pois existem prejuízos estéticos para a cidade e para a segurança no trânsito. A pintura do meio-fio ressalta a sinalização horizontal, auxiliando na orientação do tráfego de veículos. A poda de árvores, a limpeza de parques e praças, o horário mais adequado para o esvaziamento dos contêineres, são todas tarefas que precisam estar ajustadas dentro de um mesmo sistema, e na linha de orientação do *Novo Marco Legal do Saneamento*, por dentro do mesmo contrato (da coleta até a destinação/disposição final).

Prevendo a necessidade de ampliação da escala de prestação do serviço, o *marco legal do saneamento básico* procura dar destaque ao instituto da regionalização (somando economia de escala e de escopo), tanto ao indicar benefícios econômicos para

88 MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. **Plano Nacional de Resíduos Sólidos — Planares 2022**. Disponível em: <https://sinir.gov.br/informacoes/plano-nacional-de-residuos-solidos/>. Acesso em: 08 set. 2022.

89 Estudo Sobre os Aspectos Econômicos e Financeiros da implementação e Operação de Aterros. ABETRE – Associação Brasileira de Empresas de tratamento de Resíduo. São Paulo, 2019. Disponível em: <https://abetre.org.br/wp-content/uploads/2019/11/FGV-Aterros-Sanitarios-Estudo.pdf>. Acesso em: 10 out. 2022.

os municípios que optarem pela solução regionalizada, quanto ao expor as metas de curto, médio e longo prazo para o setor, como é feito no Planares. Os Planos Estaduais de Resíduos Sólidos passaram a apresentar propostas de desenhos regionalizados, a partir de 2010, mas foram em grande medida ineficazes em transpor as idealizações teóricas para a rotina das administrações municipais.

Por mais que o Plano Nacional de Resíduos Sólidos remonte ao ano de 2010, ainda está em fase incipiente o processo de regionalização dos serviços de resíduos sólidos. Diante disso, o texto mais atual da Lei Federal n. 11.445/2007 promete modificar o setor, ao demonstrar uma vontade política, por parte da União, de fazer avançar a temática da regionalização, inclusive com o efeito de encaminhar processos de concessão dos serviços de limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos.

Assim, percebe-se que a universalização dos serviços de limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos possui a peculiaridade de demandar um rápido avanço não exatamente quantitativo, mas qualitativo. Isso em razão da necessidade de investimentos na incorporação de rotas tecnológicas e no licenciamento de aterros sanitários. Desse modo, tratar de universalização é identificar quais os meios apontados pelo sistema legal para obter a viabilidade econômico-financeira dos serviços.

No ponto, a instituição de instrumento de cobrança, associada a um acelerado processo de regionalização, parece ser a fórmula mais crível para o atingimento das metas de prestação de serviços nos prazos legais. Daqui em diante, aglutinar atividades típicas deste subsistema do serviço de saneamento em modelagens que congreguem coletivos de municípios tornou-se a linha geral⁹⁰.

90 Como importante contribuição deste trabalho os autores sugerem um conjunto de ações para viabilizar uma boa gestão dessa política pública, em formato próprio, os 5Cs: “[...] custeio (sustentabilidade econômico-financeira); consórcio (prestação regionalizada); concessão (permitindo mobilizar investimentos necessários no curto prazo, mais agilidade e qualidade na prestação do serviço, bem como mais foco ao município para atuar em outras áreas essenciais não delegáveis); cooperação (para o desenvolvimento de conhecimentos, habilidades, atitudes necessárias para a melhoria da gestão) e circularidade/comunicação (para que benefícios da mudanças necessárias sejam compreendidos, e que, mais do que a conscientização, alcance-se um novo patamar de cidadania ambiental, em que os cidadãos contribuam ativamente para o sucesso da gestão dos resíduos, desde o descarte de resíduos sólidos nos locais adequados até a coleta seletiva e logística reversa, restituindo produtos e embalagens após o uso, para que se transformem em energia ou novos produtos com mais sustentabilidade ambiental, social e

Não se pode mais aceitar, insiste-se, sem o contraditório proposto pela legislação, orientações dos órgãos de controle que privilegiem a segregação de tarefas nas licitações. Separar coleta porta-a-porta de indiferenciados da coleta seletiva, do serviço de transbordo, do transporte, ou a da destinação/disposição para o aterro sanitário, sem dúvida alguma, prejudica a construção de modelagens sustentáveis para o setor. Maior eficiência se alcançará quando o sistema funcionar de maneira absolutamente integrada.

6. Modelagens neste Subsistema diante do Novo Marco Legal

O manejo de resíduos e serviços de limpeza urbana, a valorização energética, o tratamento e a disposição final, a economia circular, dentre outras possibilidades, compreendem o universo de serviços que podem ser desenvolvidos pelos operadores neste subsistema. Até recentemente todas essas etapas eram cumpridas sob o emblema da fragmentação, o que justifica contratos administrativos tradicionais, com prazo menor de duração, ainda que isso também tenha determinado a dificuldade em viabilizar o aprimoramento do setor segundo os padrões já conhecidos na Lei n. 12.305/2010.

No manejo de resíduos e serviços de limpeza urbana, não apenas a coleta pública e a coleta privada, mas a coleta seletiva e o transbordo podem integrar o escopo de uma concessão. A pintura do meio fio, a capina, a varrição, do específico para o geral, tudo agora deve ser estruturado dentro de um projeto maior, superando as etapas da *dimensão estratégica*, da *dimensão econômica*, da *dimensão comercial*, da *dimensão financeira* e *gerencial* de um completo plano de investimento.

Para este novo sistema proposto, desde a Lei n. 12.305/2010, a destinação correta dos resíduos é o ponto principal, é o dado de complexidade, que poderá representar no futuro a resposta de aperfeiçoamento do setor. Como os resíduos serão tratados, devolvidos para a cadeia produtiva, minimizados, controlados na sua negativa capacidade de produzir impactos, é a resposta que está sendo aguardada. Assim, as rotas tecnológicas que forem

econômica). ONO, Fabio Hideki; BRITTO, Alzemer; FRANÇA, André Luiz Felisberto. Os 5CS dos Resíduos Sólidos Urbanos no Marco do Saneamento. In: ZULIANI, G; DAL POZZO, A. Saneamento Básico: Uma Lei e um Marco. Belo Horizonte: Fórum, 2023, p. 361.

implementadas, ponderando-se custo-benefício, significarão o aspecto de novidade e o racional que irá modificar o panorama desta política.

No que se refere a valorização energética, sabe-se que o biogás é um produto da degradação da matéria orgânica, enquanto o biometano resulta da purificação do biogás. Pode gerar energia na rede e combustível automotivo (zerando emissões de CO₂), como um equivalente ao gás natural veicular. Inclusive, usinas termoeletricas podem ser movidas a gás metano, o que significa mais uma iniciativa para reduzir o aquecimento global e gerar créditos de carbono. Todas essas questões estão sendo debatidas no momento, todas essas frentes de pesquisa, de inovação, mas existem obstáculos para superar.

De qualquer forma, este subsistema, no desenho de suas operações, na preparação da licitação, deve tornar ação prática obrigatória criar trilhos de sustentabilidade, coerente com o consenso nacional e internacional que existe sobre o assunto. Inclusive, o uso de energia solar, como uma alternativa de buscar maior eficiência energética, pode impactar favoravelmente no ponto de equilíbrio das operações. Apenas para dar mais um exemplo, em Barueri, com data de conclusão prevista para 2025, está sendo construída a primeira Unidade de Recuperação Energética, também um processo de tratamento de resíduos sólidos para produzir energia elétrica (tecnologia *waste to energy*), diminuindo a quantidade do volume que precisa ser transportado para regiões distantes dos geradores. Na verdade, resíduos que poderiam ser descartados são transformados em energia limpa e renovável, aderindo ao conceito de *economia circular*. A coleta seletiva, a triagem, e para os resíduos que não terão outros usos existe a alternativa da Unidade de Recuperação Energética, uma rota tecnológica experimentada em outros países.

Na economia circular, as centrais de triagem, o combustível derivado de resíduos (CDR), a compostagem, o beneficiamento de resíduos da construção civil, o auxílio na gestão da logística reversa, igualmente atividades que estão incorporadas ao modelo de negócios deste subsistema do setor de saneamento.

No tratamento e disposição final, o aterro classe 1 e classe 2, o aterro de inertes, o incinerador industrial, a autoclave para esterilização de resíduos de serviços de saúde e o tratamento de

efluentes líquidos, entre outras possibilidades, são ferramentas que precisam ser consideradas na construção das modelagens. Imaginando-se a reunião de todos esses processos (ou métodos), *do berço ao berço* (lógica circular), e não apenas *do berço ao túmulo* (lógica linear), entende-se a escolha da Lei n. 11.445/2007, art. 10, tornando a concessão a escolha natural para organizar a delegação deste conjunto de serviços para terceiros.

Por tudo isso, é a nossa permanente defesa, *a concessão é a regra* (CF, art. 175), a opção *pelos contratos tradicionais* (Lei n. 14.133/2021) *a máxima exceção*, esse é a interpretação correta da combinação entre a Lei n. 11.445/2007, art. 10 e o Decreto Federal n. 11.599/2023, art. 2º, I e § 1º. O setor, para atender aos padrões de desempenho do sistema legal, em sintonia com os consensos produzidos, no Brasil e no exterior, precisa caminhar na direção dos arranjos coletivos e da concentração de tarefas em poucos contratos.





Capítulo VI

Drenagem Urbana e Manejo de Águas Pluviais

1. Conceito de Drenagem e Manejo de Águas Pluviais

De acordo com o art. 3º, inciso I, alínea “d” da Lei Federal n. 11.445/2007, conceitua-se drenagem urbana e manejo de águas pluviais da seguinte forma:

*Art. 3º Para fins do disposto nesta Lei, considera-se: I - saneamento básico: conjunto de serviços públicos, infraestruturas e instalações operacionais de: [...] **d) drenagem e manejo das águas pluviais urbanas:** constituídos pelas atividades, pela infraestrutura e pelas instalações operacionais de drenagem de águas pluviais, transporte, detenção ou retenção para o amortecimento de vazões de cheias, tratamento e disposição final das águas pluviais drenadas, contempladas a limpeza e a fiscalização preventiva das redes; (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020) [grifamos]*

Como se verifica, o setor da drenagem e manejo das águas pluviais incorpora a prestação de serviços de transporte, detenção ou retenção para o amortecimento de vazões de cheias, tratamento e disposição de águas pluviais drenadas. Além disso, a limpeza e a fiscalização das redes, bem como o conceito de disponibilização de infraestrutura pública de microdrenagem e de macrodrenagem. No ponto, lista-se como serviço público a gestão de eventos hidrológicos impactantes (alagamentos, enxurradas e inundações), o planejamento urbano do manejo de águas pluviais e a disponibilização e manutenção de ativos públicos afetados ao sistema anteriormente referido.

Nesse sentido, cabe aos titulares do serviço (art. 8º da Lei Federal n. 11.445/2007) a responsabilidade de organizar o setor de modo a garantir um planejamento urbano condizente com os

eventos hidrológicos de vazões e cheias, o que exige a execução de obras públicas de infraestrutura de microdrenagem e de macrodrenagem, a prestação de serviços públicos de manutenção desses ativos e a gestão de alagamentos, enxurradas e inundações, as quais podem envolver perdas materiais, óbitos e doenças.

Na perspectiva/dimensão estratégica, o desenvolvimento de uma proposta de investimento concentrada nesta política pública tende a produzir benefícios ambientais e sociais que justifiquem, observados outros aspectos, a continuidade do projeto. Sabidamente, as decisões estratégicas para investimentos em infraestrutura devem estar em harmonia com diretrizes e planos internacionais, nacionais, regionais, locais e setoriais (o caso do Plansab) o que justifica o esforço de construir economias e comunidades mais resilientes e inclusivas.

Para atingir estes objetivos, uma das estratégias mais valorizadas é garantir o envolvimento das partes interessadas em todas essas discussões. Surge como pressuposto para a concepção de uma infraestrutura sustentável em todos os aspectos. Assim deve ser em toda a cadeia de serviços que integra o setor de saneamento em sentido amplo, ou seja, o planejamento é responsabilidade do titular, ainda que possa receber subsídios do operador, enquanto os contratos que resultarem dos processos licitatórios — geralmente concessões — serão fiscalizados pela entidade reguladora infranacional.

Da mesma forma que nos demais setores integrantes do conceito de saneamento básico — pelo menos na perspectiva do direito brasileiro —, a prestação desses serviços públicos pode ser direta, seja pela administração concentrada (régia direta), desconcentrada (órgãos e secretarias), seja descentralizada (autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista), ou indireta (art. 175 da CF/88¹), por meio da celebração de contrato de concessão, mediante prévia licitação, com base no art. 10 da Lei Federal n. 11.445/2007. Em momento oportuno, será explicado sobre os impactos do referido dispositivo legal para as formas de contratação no setor de drenagem urbana e manejo de águas pluviais, conforme o *Novo Marco Regulatório do Saneamento Básico*.

1 "Art. 175. 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."

O aspecto para o qual se deve atentar para fins deste tópico é que o titular do serviço (em regra, os municípios) tem a responsabilidade de organizar a política pública para a satisfação da demanda por infraestrutura pública e por serviços públicos que atendam às necessidades locais no que diz respeito ao planejamento e ao controle do escoamento superficial das águas e dos fenômenos hidrológicos de grande impacto — tal como as inundações ribeirinhas.

Contudo, se a compreensão mais tradicional a respeito da política de drenagem urbana e manejo de águas pluviais considerava como melhor estratégia imprimir velocidade ao sistema com obras de microdrenagem e macrodrenagem — infraestrutura cinza — que direcionassem os excessos para os corpos receptores, modernamente, a visão se modificou.

Agora, surge como melhor alternativa, equilibrar o uso da infraestrutura cinza e da infraestrutura verde, dentro da perspectiva de um manejo sustentável. A desaceleração da água no seu percurso a partir do uso de pavimento poroso, telhado verde, a recuperação de margens ou reservatórios de amortecimento significam menor volume à jusante.

Há algum tempo, o problema ambiental não pode mais ser considerado um problema marginal, reforçando assim o binômio regulação-controle, orientação que serve para todos os serviços ligados ao conceito de saneamento básico. Os impactos colaterais da desigualdade, do crescimento econômico que não distribui e do desenvolvimento que não significa a universalização de um estado geral de bem-estar comprovam a transversalidade das políticas de moradia, saneamento básico, saúde, emprego, educação e a incapacidade do Estado de garantir para toda a população o conjunto de direitos identificados com o conceito de mínimo existencial.

2. Urbanização: Ações Estruturais e Estruturantes

Para entendimento das políticas públicas envolvidas no setor de drenagem e manejo de águas pluviais, é necessária a compreensão de alguns conceitos básicos conectados ao fenômeno da urbanização e da interferência das cidades no processo de drenagem de águas pluviais. O processo de urbanização das cidades repercute no ciclo da água e no processo natural de drenagem, sobretudo em razão: (i) da ocupação de áreas naturais, reduzindo-se a área vegetada e a capacidade de infiltração da água no solo; (ii) da impermeabilização



do solo, identificando-se o aumento do volume do escoamento superficial²⁻³ e, por consequência, o aumento da velocidade do escoamento superficial; e (iii) das políticas públicas de limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos ineficientes, as quais colaboram para a redução da capacidade de captação das estruturas de drenagem, a contaminação do solo e das águas pluviais⁴.

Como consequência desses fatores decorrentes da urbanização⁵, verifica-se maior impacto de eventos hidrológicos, seja por grande volume de vazão de águas pluviais ou por inundações ribeirinhas, e menor disponibilidade de água para o abastecimento das cidades, sobretudo pela redução do fluxo de recarga das águas subterrâneas⁶. Tais fatores exigem medidas de controle, a fim de reduzir a extensão dos resultados causados por esses eventos.

A identificação de populações em risco e a possibilidade de prevenir desastres com alertas antecipados (eventos ambientais e climáticos extremos), encontram no uso intensivo de tecnologia

- 2 "A água derivada diretamente da precipitação escoar sobre o solo para dentro dos cursos d'água na forma de escoamento superficial, escoamento de tempestades ou escoamento de inundações. No entanto, a quantidade de água que realmente chega aos cursos d'água é reduzida pela infiltração, evaporação e outras perdas ao longo do caminho". SHAMMAS, Nazih K. e WANG, Lawrence K. **Abastecimento de Água e Remoção de Resíduos**; tradução de Luiz Claudio de Queiroz Faria, 3ª Ed. Rio de Janeiro: LTC, 2013, p. 339.
- 3 "[...] a parcela de chuva que não é infiltrada ou evaporada -, o qual é transportado pelo sistema viário, é introduzido no sistema de drenagem propriamente dito e deságua nos córregos". BRASIL. Estado do Rio Grande do Sul. Secretaria do Meio Ambiente e Infraestrutura. **Relatório Preliminar Plano Estadual de Saneamento do Estado do Rio Grande do Sul**. Disponível em: <https://admin.sema.rs.gov.br/upload/arquivos/202210/05140355-plano-estadual-de-saneamento-consultapublica.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2022.
- 4 BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Regional. Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento (SNIS). **Diagnóstico Temático Drenagem e Manejo das Águas Pluviais Urbanas: Visão Geral**. Ano de Referência 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/cidades/pt-br/aceso-a-informacao/acoes-e-programas/saneamento/snis/produtos-do-snis/diagnosticos-snis>. Acesso em: 21 fev. 2024.
- 5 "[...] a urbanização impermeabiliza o solo, reduzindo a capacidade de infiltração da água. Aumenta ademais o volume e a velocidade do escoamento e sobrecarrega os sistemas de drenagem tradicionais; finalmente, ocasiona o aumento da temperatura do ambiente". FERREIRA, Ximena Cardozo. **Inundações Urbanas: Gestão de Riscos com Foco na Prevenção de Danos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 145.
- 6 BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Regional. Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento (SNIS). **Diagnóstico Temático Drenagem e Manejo das Águas Pluviais Urbanas: Visão Geral**. Ano de Referência 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/cidades/pt-br/aceso-a-informacao/acoes-e-programas/saneamento/snis/produtos-do-snis/diagnosticos-snis>. Acesso em: 21 fev. 2024.

uma perspectiva de respostas mais rápidas. Antes dos riscos do ecossistema, a própria humanidade está colocada sob pressão permanente e, por isso, a importância de soluções que façam a contenção possível das causas antrópicas e/ou naturais que impactam seguidamente, e com maior ênfase, populações de menor poder aquisitivo e acesso às políticas públicas mais essenciais. Nessa esteira, as medidas de controle contempladas pelo setor de drenagem e manejo de águas pluviais — com a pretensão de assegurar a efetiva prestação e manutenção de todas as atividades que englobam esses serviços — são divididas entre ações estruturais e ações estruturantes.

Considera-se ações estruturais as medidas de planejamento de ativos públicos, tais como: a construção de um sistema de microdrenagem e de macrodrenagem, de estruturas de retenção e detenção de águas, áreas de infiltração, canalizações e retificações de cursos d'água, e recomposição de cobertura vegetal⁷. Mais tarde, a substituição de redes e bombas, com impacto direto na prestação contínua dos serviços, representam custos de operação ou manutenção do sistema, também incluídos no conceito amplo de ações estruturais.

Por sua vez, entende-se como ações estruturantes as medidas de planejamento, cadastro técnico e mapeamento do sistema de gestão de águas pluviais, destacando-se as seguintes: adoção de Plano Diretor de Uso e Ocupação do Solo, formulação de Plano Municipal de Saneamento Básico, o cadastro técnico de obras lineares, mapeamento de áreas de risco de inundação e regulação dos serviços.

Na estruturação de propostas de investimento em infraestrutura, no caso específico, infraestrutura cinza de drenagem urbana e manejo das águas pluviais, o mais simples é detalhar a dimensão e necessidade estratégica do projeto — os objetivos, os resultados esperados, os benefícios públicos e sua aderência às políticas internacionais, nacionais ou locais. A dimensão econômica — benefícios econômicos e taxas de desconto, riscos e cálculos do valor presente líquido e relação custo-benefício — e a dimensão financeira — fontes de custeio e o modelo financeiro — podem representar o maior obstáculo para o projeto avançar até as fases de disputa e contratação.

7 Ibidem.

No ponto, salienta-se que o Plano Nacional de Saneamento Básico (Plansab) possui dois indicadores para a verificação do funcionamento do sistema de drenagem e manejo de águas pluviais, quais sejam o D1 e o D2. O indicador D1 mensura a porcentagem de municípios com enxurradas, inundações e alagamentos ocorridos na área urbana nos últimos cinco anos⁸. De outro lado, o indicador D2, descreve a porcentagem de domicílios não sujeitos a risco de inundações na área urbana⁹. Esses, portanto, são os indicadores nacionais utilizados como base para o monitoramento da prestação dos serviços públicos do setor, os quais devem ser informados anualmente pelos municípios ao Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento (SNIS).

O problema da gestão das águas pluviais e da organização de um sistema de drenagem urbana adequado aos fenômenos naturais que usualmente atingem determinada localidade têm como ponto de partida de solução a disponibilização de infraestrutura pública de microdrenagem e de macrodrenagem. Apenas com planejamento urbano e com a construção de ativos públicos qualificados é que as políticas de drenagem urbana e manejo de águas pluviais serão satisfatoriamente prestadas.

Aqui, identifica-se um espaço de atuação de empresas de saneamento básico, seja pela construção de infraestrutura novas (*greenfield*) ou pela requalificação de infraestrutura existentes (*brownfield*). Obviamente, desde que os projetos tenham maturidade suficiente para existir, combinando a intenção política, a necessidade da população e as possibilidades de financiamento, inclusive, por entidades internacionais.

3. Universalização dos Serviços de Drenagem e Manejo de Águas Pluviais

O componente de drenagem e manejo de águas pluviais demanda uma caminhada muito maior do que os demais serviços de saneamento básico. Isso porque é preciso construir (i) convencimento

8 BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Nacional. Secretaria Nacional de Saneamento. **Plano Nacional de Saneamento Básico (Plansab): Relatório do Avaliação Anual 2020**. Disponível em: <https://www.gov.br/mdr/pt-br/assuntos/saneamento/plansab/2RELATRIODEAVALIAOANUALDOPLANSAB2020.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2022.

9 Ibidem.

político sobre a importância da prestação contínua desses serviços; (ii) escopo de atuação para atrair parceiros privados ao setor; e (iii) sistema de cobrança para sustentabilidade da prestação dos serviços. Diante desse quadro de agravamento da instabilidade climática — no Brasil e no mundo — e das recorrentes inundações em áreas urbanas densamente povoadas, com perdas humanas e danos patrimoniais, volta-se a concentrar atenções na gestão de riscos e na cultura da prevenção.

Trata-se de entendimento pacificado de que, mesmo quando os sistemas de drenagem urbana e manejo de águas pluviais sejam corretamente planejados e operados, há risco da ocorrência de situações em que as vazões de águas e cheias superem a capacidade de drenagem urbana¹⁰. Em tais acontecimentos, a comunidade local pode ter de suportar danos patrimoniais, sanitários e à vida humana¹¹.

Consoante o Relatório do Diagnóstico Temático de Drenagem e Manejo das Águas Pluviais Urbanas de 2022 do SNIS, caracterizam-se como eventos hidrológicos impactantes os fenômenos do alagamento, da enxurrada e da inundação, conceituados da seguinte forma¹²:

à Alagamento: Água acumulada no leito das ruas e no espaço urbano.

à Enxurrada: Volume de água que escoar na superfície do terreno, com grande velocidade e intensidade.

à Inundação: Transbordamento de água da calha normal de rios, lagos, mares e açudes.

10 “[...] importa considerar que a execução de medidas estruturais – sejam de natureza intensiva ou extensiva – não erradica por completo o risco de inundação. Certo é que servem para amenizar e promover algum grau de controle, mas sempre haverá um risco residual, visto que nenhum sistema garante a solução total dos problemas de inundação”. FERREIRA, Ximena Cardozo. **Inundações Urbanas: Gestão de Riscos com Foco na Prevenção de Danos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 170.

11 “[...] uma inundação causa – para além dos danos humanos – também uma série de danos patrimoniais, ademais de alterar completamente a estrutura urbana: o desastre de origem hidrológica pode produzir falta de energia elétrica e/ou água, problemas no abastecimento de alimentos e/ou combustíveis, além de causar problemas de transporte e mobilidade, assim como aos sistemas de comunicação”. Ibidem, p. 23.

12 BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Regional. Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento (SNIS). **Diagnóstico Temático Drenagem e Manejo das Águas Pluviais Urbanas: Visão Geral**. Ano de Referência 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/cidades/pt-br/aceso-a-informacao/acoes-e-programas/saneamento/snis/produtos-do-snis/diagnosticos-snis>. Acesso em: 21 fev. 2024.

Reitera-se que a ocorrência de eventos hidrológicos impactantes, tais como os acima conceituados, por si só, acarretam dificuldades para funcionamento do sistema de drenagem urbana e manejo de águas pluviais. Por isso, existe o discurso de que, em situações de “*desastres naturais*”, seria inevitável a ocorrência de danos e, portanto, as comunidades teriam que arcar com as respectivas consequências. Apesar disso, não se pode desconsiderar a contribuição da ação humana para os prejuízos trazidos por eventuais alagamentos, enxurradas e inundações. Dentre as condutas humanas que colaboram para o agravamento de eventos hidrológicos impactantes, exemplifica-se: (i) a desconsideração das regras ambientais para a ocupação do solo¹³; (ii) a falta de planejamento urbano adequado no sistema de drenagem urbana; (iii) a concentração populacional em zonas de risco; e (iv) a falta de manutenção nas estruturas de macrodrenagem, como as barragens¹⁴.

Nesse sentido, o mesmo Relatório, do SNIS, refere que:

O fato é que as águas pluviais sempre vão escoar e/ou se acumular em espaços disponíveis. Por isso, ambientes modificados de forma desordenada pela ação humana (antrópica) potencializam impactos sociais e econômicos, especialmente quando ocorrem eventos hidrológicos impactantes (inundações, enxurradas e alagamentos).¹⁵

Em última instância, o planejamento urbano adequado, a construção, operação e manutenção de infraestrutura de microdrenagem e macrodrenagem, além da adoção de abordagens alternativas e eventualmente sustentáveis, são essenciais para evitar condutas humanas que agravem os efeitos de eventos hidrológicos.

13 “Este é o caso, por exemplo, das margens dos rios (áreas de ribeira) – que deveriam estar cobertas com vegetação justamente para a proteção dos recursos hídricos e a conservação dos solos (para evitar erosão) – e também de outras áreas inundáveis, como as planícies de inundação e as zonas úmidas.” FERREIRA, Ximena Cardozo. **Inundações Urbanas: Gestão de Riscos com Foco na Prevenção de Danos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 26.

14 “Muitas vezes a ação (ou omissão) humana é diretamente responsável pela ocorrência de desastres ou catástrofes como as ocorridas recentemente pela ruptura de barragens de contenção de resíduos de mineração no estado brasileiros de Minas Gerais.” Ibidem, p. 27.

15 BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Regional. Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento (SNIS). **Diagnóstico Temático Drenagem e Manejo das Águas Pluviais Urbanas: Visão Geral**. Ano de Referência 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/cidades/pt-br/aceso-a-informacao/acoes-e-programas/saneamento/snis/produtos-do-snis/diagnosticos-snis>. Acesso em: 20 nov. 2022.

Dentro desse raciocínio, o déficit de infraestrutura é uma ação humana que acarreta prejuízos para a comunidade, sejam patrimoniais, sejam sanitários, enquanto fator de desordem urbana.

Por isso, desde logo, sustenta-se que um dos pilares deste estudo para o setor de saneamento básico é a defesa da construção de uma política pública de prestação contínua. Em outras palavras, o primeiro passo da universalização dos serviços de drenagem urbana e manejo das águas pluviais, na visão deste trabalho, é o aprimoramento do planejamento municipal para a drenagem urbana e o manejo de águas pluviais.

4. Planejamento e Prestação Contínua de Serviços

A cidade, em termos de saneamento, foi pensada ao longo da história em sistemas isolados. Isso pode explicar o porquê de, tradicionalmente, os setores de água e esgoto, limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos e drenagem urbana e manejo de águas pluviais, terem sido planejados, regulados e executados de forma separada.

O histórico da contratação para o saneamento básico, foi o de outorgar ou delegar os serviços de água e esgoto para um terceiro (na maioria das vezes, uma companhia estadual de saneamento), de contratar terceiro por meio da Lei Federal n. 8.666/1993 para a limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos (sem incorporar todas as etapas da gestão e manejo dos resíduos) e da mesma forma, para executar obras e serviços em drenagem urbana e manejo de águas pluviais. No presente momento, como se sabe, a Lei Federal n. 14.133/2021 é o novo paradigma legal que estabelece normas gerais de licitação e contratação para as Administrações Públicas diretas, autárquicas e fundacionais, em todos os entes da federação.

Essa forma de pensar o saneamento, contudo, prejudicou o diálogo entre os subsetores dessa política pública, o ganho de escala econômica e a economia de escopo. Não há dúvidas quanto à interconexão dos setores de saneamento: a limpeza urbana facilita o escoamento superficial e a captação de águas de chuvas por canalizações não obstruídas, da mesma forma que a separação absoluta do sistema de canalização garante o recebimento de volumes administráveis de esgoto nas estações de tratamento de esgotamento sanitário (ETEs). Entretanto, a fragmentação dos contratos e de prestadores impôs uma prática disfuncional, em razão

de escopos contratuais que não dialogavam entre si — de execução isolada de atividades¹⁶.

O que se defende aqui é o planejamento e prestação conjuntos de mais de um setor do saneamento, justamente no raciocínio de se escalar as atividades, na linha da Lei Federal n. 11.445/2007.

Todos os setores, apresentavam desafios práticos e teóricos, que foram abordados pelo *Novo Marco Legal do Saneamento Básico*. O setor de drenagem urbana e manejo de águas pluviais, parece ser o mais negligenciado em comparação ao da limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos e ao da gestão do abastecimento de água e da coleta e tratamento de esgoto sanitário.

A drenagem urbana e manejo de águas pluviais sofre, na realidade, com omissões administrativas e verdadeira ausência de planejamento pelo titular do serviço. Chama atenção, em nível nacional e estadual, o baixo índice de descentralização do serviço (prestação por ente da administração indireta) e a ausência de prestadores indiretos — concessões de serviço público. A leitura conjunta desses dados mostra que os titulares do serviço não atribuem — e tampouco atribuíram ao longo da história recente — a devida importância à drenagem urbana.

A título comparativo, o setor de abastecimento de água e coleta e tratamento de esgotos tem, como desafio para o ciclo da universalização, a consolidação de regimes tarifários condizentes à expansão da infraestrutura; no entanto, passos importantes foram realizados, tais como: (i) a instituição de cobrança pelo serviço, mesmo quando prestados de forma direta; e (ii) a cobertura para abastecimento de água próxima à meta de universalização em muitas localidades. O setor de resíduos sólidos possui uma cultura de planejamento mais consolidada, sendo, inclusive, comum a contratação de serviços contínuos por meio da Lei Federal n. 8.666/1993 — agora em diante, a Lei Federal n. 14.133/2021. E, como se

16 "Esse cenário traz incerteza quanto a quem cabem as responsabilidades relativas à gestão, às ações, aos custos e aos recursos para a operação, manutenção e responsabilidade pela universalização da prestação dos serviços de DMAPU. A titularidade dos serviços de saneamento cabe aos municípios, e esse é o caso do DMAPU, mas, apesar de sua inter-relação, o mesmo não acontece com os serviços de água e esgoto, que estão a cargo de empresas públicas estaduais ou privadas." NOVAES, Carlos e MARQUES, Rui. **Águas Pluviais Urbanas: O Novo Marco Legal do Saneamento no Brasil Significa uma Nova Oportunidade Rumo à Universalização?** In: INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA – IPEA. **Boletim Regional, Urbano e Ambiental n. 29 – jan./jun. 2023**, Rio de Janeiro: IPEA, 2023, p. 89.

destacou mais de uma vez, o Decreto Federal n. 11.599/2023, art. 2º, § 1º, abre a possibilidade para a sobrevivência desse formato, de vínculos mais curtos, respeitados os princípios e objetivos da Lei n. 11.445/2007.

O setor de drenagem urbana e manejo de águas pluviais, todavia, é encarado como um serviço por demanda eventual: a prática no planejamento municipal mostra a carência de efetivo monitoramento, fiscalização e manutenção contínua da infraestrutura, de modo que a política pública seja periodicamente prestada por meio de contratos esparsos e isolados para construção de obras de microdrenagem e de macrodrenagem e para a prestação de serviços de limpeza da canalização. Essa prática pode ser explicada pela ideia bastante presente de que a infraestrutura de drenagem urbana seria de uso sazonal¹⁷, em épocas de chuvas e de potenciais eventos hidrológicos de grande impacto e que, portanto, não representaria um problema de enfrentamento contínuo¹⁸.

Eventos climáticos extremos, contudo, demonstram que essa ideia é equivocada: cada vez mais tem-se demandado de gestores, no planejamento da cidade, a preparação da infraestrutura para mitigar potenciais efeitos devastadores de eventos extremos, além de planos de contenção de danos. A ausência de prestação contínua do serviço, nesse contexto, acarreta uma série de problemas, tais como: (i) empoçamentos, que representam riscos à saúde pública

17 "No Brasil, a drenagem e o manejo de águas pluviais urbanas são os componentes mais marginalizados do saneamento básico e não são poucas as vezes em que são chamados de 'patinhos feios' ou 'primos pobres' das infraestruturas sanitárias. Além disso, gira em torno desses componentes um discurso recorrente e incômodo que associa a baixa valorização desses sistemas à sazonalidade do seu funcionamento e à sua baixa visibilidade, uma vez que os seus componentes, em geral, são enterrados." MENDES, Alesi Teixeira. Precisamos Desenterrar a Drenagem Urbana no Brasil. In: INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA – IPEA. **Boletim Regional, Urbano e Ambiental n. 29 – jan./jun. 2023**, Rio de Janeiro: IPEA, 2023, p. 161.

18 "Por ser um sistema que, ao menos em princípio, só entra em operação quando existe pluviosidade, é pouco lembrado, à exceção dos momentos em que as chuvas se fazem presentes em grande volume, com equivalentes consequências materiais, prejudicando o funcionamento das cidades. Parte dessa visão decorre da segmentação do entendimento da cidade como uma reunião de sistemas isolados, cada um devendo funcionar independentemente e apresentar resultados positivos". NOVAES, Carlos e MARQUES, Rui. Águas Pluviais Urbanas: O Novo Marco Legal do Saneamento no Brasil Significa uma Nova Oportunidade Rumo à Universalização? In: INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA – IPEA. **Boletim Regional, Urbano e Ambiental n. 29 – jan./jun. 2023**. Rio de Janeiro: IPEA, 2023, p. 85-86.

pelo possível proliferamente de vetores das doenças da dengue, *chikungunya* e *zika*; (ii) na ocorrência de eventos hidrológicos de grande impacto (como enxurradas e inundações), a contaminação das pessoas com leptospirose; e (iii) danos patrimoniais ocasionados por eventos hidrológicos de grande impacto.

Diante desse quadro, defende-se o aprimoramento da política pública de drenagem urbana e manejo de águas pluviais, que passa pelo planejamento contínuo da prestação do serviço pelos seus titulares e pelo desenvolvimento de modelos de contratação mais ajustados para o saneamento básico, privilegiando-se o contrato de concessão, como determina o art. 10 da Lei Federal n. 11.445/2007, tema que será abordado em momento oportuno.

4.1 Escopo de Serviços

O aprimoramento da política pública de drenagem urbana e de manejo de águas pluviais tem como etapas essenciais o desenvolvimento de uma prestação contínua de serviços no setor, por meio da construção de infraestrutura de pequeno e de grande porte, de monitoramento das estruturas de microdrenagem e de macrodrenagem, de introdução de ferramentas de tecnologia da informação e de levantamento dos bens enterrados existentes (galerias, condutos subterrâneos etc.). Além disso, o setor precisa internalizar outras discussões relacionadas ao meio-ambiente sustentável e aos desafios impostos pela modificação climática global, especialmente no campo de desenvolvimento de infraestrutura verde.

Assim, desenha-se um conjunto de serviços que devem ser prestados de forma contínua, por meio de grandes contratos, de longo prazo, tal como determina o art. 10 da Lei Federal n. 11.445/2007, em regime de concessão comum (Lei Federal n. 8.987/1995) ou Parcerias Público-Privadas (Lei Federal n. 11.079/2004), como forma de garantir investimentos e monitoramento constante da infraestrutura.

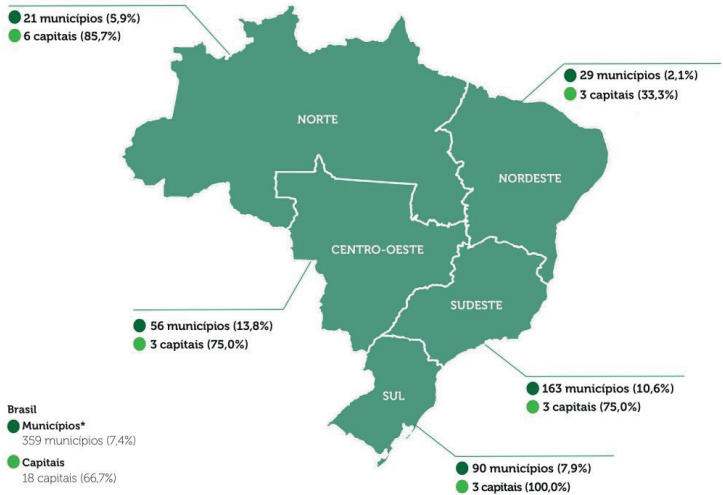
Na lógica de instituição de uma política pública contínua de drenagem urbana e manejo de águas pluviais, há duas linhas maiores que devem ser abordadas: (i) a preocupação com a infraestrutura para o escoamento superficial, em uma abordagem mais tradicional, de desenvolvimento de canalizações, galerias subterrâneas e reservatórios de águas; e (ii) a realização de infraestrutura verde, concentrada em melhorar a infiltração local (e diminuir, portanto, o escoamento superficial) e combater outros fenômenos, como as

ilhas de calor, mediante parques lineares¹⁹, pavimentos permeáveis, telhados verdes, dentre outros.

No ponto, os parques lineares são um exemplo para a discussão sobre a necessidade de multiplicar a infraestrutura verde no país. De acordo com o diagnóstico da drenagem urbana e manejo de resíduos sólidos do SNIS 2022, apenas 359 municípios do Estado Brasileiro possuem esse tipo de equipamento público:



PARQUES LINEARES EM ÁREAS URBANAS
(total e % de municípios e capitais por macrorregião geográfica, em 2022)



Fonte e Elaboração: Diagnóstico Temático de Drenagem e Manejo das Águas Pluviais Urbanas de 2023 do SNIS²⁰

19 De acordo com o Diagnóstico SNIS-AP 2022, apenas 359 municípios (7,4% dos municípios da amostra) apresentam parques lineares em áreas urbanas. Já nas capitais, apenas 18 das 27 afirmam possuir esse tipo de infraestrutura (66,7%). SISTEMA NACIONAL DE INFORMAÇÕES SOBRE SANEAMENTO (SNIS). **Diagnóstico Temático Drenagem e Manejo das Águas Pluviais Urbanas 2022**. Brasília, dez. 2023. Disponível em: <https://www.gov.br/cidades/pt-br/aceso-a-informacao/acoes-e-programas/saneamento/snis/produtos-do-snis/diagnosticos-snis>. Acesso em: 21 fev. 2024.

20 SISTEMA NACIONAL DE INFORMAÇÕES SOBRE SANEAMENTO (SNIS). **Diagnóstico Temático Drenagem e Manejo das Águas Pluviais Urbanas 2022**. Brasília, dez. 2023. Disponível em: <https://www.gov.br/cidades/pt-br/aceso-a-informacao/>

Outrossim, identifica-se dois problemas de herança histórica do setor: a ausência de cadastramento da infraestrutura de drenagem existente em várias localidades e a relativa falta de incorporação de tecnologias de informação na execução da política pública²¹. Como consequência, atualmente os dados sobre infraestrutura de drenagem urbana e manejo de águas pluviais podem não ser suficientes para o planejamento da política pública; esse é um problema que deve ser combatido por meio de levantamento dos ativos públicos²² e entendimento sobre a sua verdadeira condição.

Aspecto essencial é o planejamento, que pode ser promovido pelos planos municipais de saneamento básico, sobre mapeamento de áreas de risco e medidas de microdrenagem e de macrodrenagem para qualificar a área habitacional e diminuir a porcentagem de domicílios sujeitos a eventos hidrológicos de grande impacto. A infraestrutura de pequeno porte é menos custosa, mas é mais numerosa; ao passo que a de grande porte é mais custosa e menos numerosa, sendo importante o balanço entre essas medidas estruturais.

Por isso, é possível estabelecer um mapeamento das necessidades locais anteriormente à delimitação de um escopo contratual, que envolva o levantamento da infraestrutura existente, a construção de nova infraestrutura (de pequeno e de grande porte), a execução contínua de limpeza das canalizações, a manutenção desses

acoes-e-programas/saneamento/snis/produtos-do-snis/diagnosticos-snis. Acesso em: 21 fev. 2024.

- 21 "Além dos itens meramente físicos, no entanto, existem outros importantes, que envolvem a utilização de tecnologias da informação (TI), a exemplo das estimativas de pluviosidade possibilitadas por satélites e radares meteorológicos e da operação on-line em real time de diversas estruturas físicas". NOVAES, Carlos e MARQUES, Rui. **Águas Pluviais Urbanas: O Novo Marco Legal do Saneamento no Brasil Significa uma Nova Oportunidade Rumo à Universalização?** In: INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA – IPEA. **Boletim Regional, Urbano e Ambiental n. 29 – jan/jun. 2023**. Rio de Janeiro: IPEA, 2023 p. 86.
- 22 "Em escala local, de bairros ou quarteirões, encontram-se os bueiros, bocas de lobo ou de leão, guias e sarjetas e diversas outras infraestruturas de menor porte, que demandam atenção e recursos orçamentários, pessoal e equipamentos consideráveis, durante todo o tempo, para que possam funcionar a contento em época de chuvas. Em termos de custos, uma das dificuldades é a inexistência de orçamento e pessoal para a elaboração do cadastro das redes e equipamentos e, assim, a inexistência de cadastramento de infraestrutura de DMAPU é grande [...]". NOVAES, Carlos e MARQUES, Rui. **Águas Pluviais Urbanas: O Novo Marco Legal do Saneamento no Brasil Significa uma Nova Oportunidade Rumo à Universalização?** In: INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA – IPEA. **Boletim Regional, Urbano e Ambiental n. 29 – jan/jun. 2023**. Rio de Janeiro: IPEA, 2023, p. 88.

ativos, a troca do sistema unitário pelo sistema separador absoluto e o estabelecimento de sistema de reservatórios e cisternas, para aumentar os recursos hídricos disponíveis para abastecimento de água²³.

Como exemplos de projetos em drenagem urbana e manejo de águas pluviais, pode-se citar o convênio firmado entre o Estado de São Paulo e o Município de Santo André/SP para a manutenção de reservatório de detenção e amortização AM-3, o projeto Drenar do Distrito Federal e as recentes intervenções no sistema de drenagem urbana no Município de Porto Alegre/RS, como as construções do piscinão da Praça Lopez Trovão e a bacia de contenção na Praça Fortunato Pimentel.

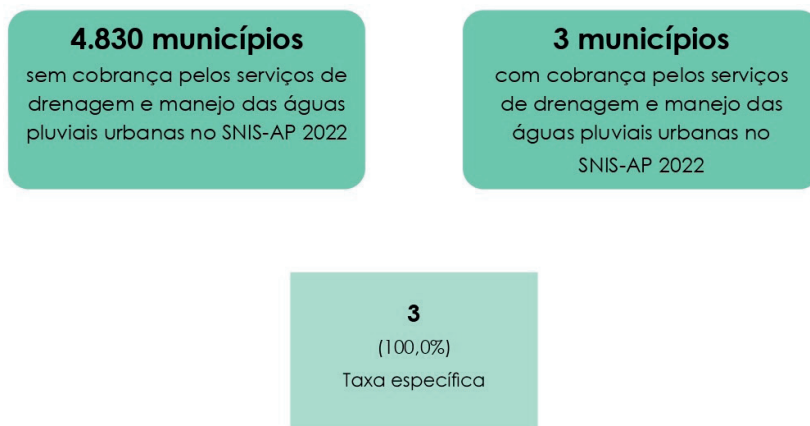
Sustenta-se que a política pública de drenagem urbana e manejo e águas pluviais seja aprimorada por meio de dois aspectos: a atuação contínua no setor pelos titulares do serviço, em termos de planejamento e execução de atividades e o aprimoramento dos contratos do setor, consolidando-se cláusulas de serviço que prevejam construção, manutenção e prestação de atividades atreladas.

5. Sustentabilidade Econômica

O *Novo Marco Legal do Saneamento Básico* reforçou a necessidade de instituição de um sistema de cobrança, sobretudo porque há um diagnóstico de que a prestação de serviços de drenagem urbana é carente de boa governança e gestão, também pela ausência de mecanismos de sustentabilidade econômico-financeira. No tópico, o Relatório do Diagnóstico Temático de Drenagem e Manejo das Águas Pluviais Urbanas de 2022 do SNIS traz dados alarmantes: dos 4.833 municípios prestadores de informação no setor, apenas 3 possuem sistema formalizado de cobrança pela execução das atividades. Observa-se a imagem colacionada abaixo:

23 “Um exemplo disso é o Nordeste brasileiro, que realiza a captação de águas da chuva, armazenando-as em cisternas, podendo suprir ou apenas complementar o componente de águas de abastecimento público. Em locais onde o abastecimento é considerado constante, a utilização das águas pluviais pode reduzir as despesas dos usuários e, ao mesmo tempo, diminuir os custos de implantação de novas redes, significando outro aspecto importante que correlaciona as águas de abastecimento e as águas pluviais urbanas”. NOVAES, Carlos e MARQUES, Rui. **Águas Pluviais Urbanas: O Novo Marco Legal do Saneamento no Brasil Significa uma Nova Oportunidade Rumo à Universalização?** In: INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA – IPEA. **Boletim Regional, Urbano e Ambiental n. 29 – jan/jun. 2023**. Rio de Janeiro: IPEA, 2023, p. 90.





Fonte e Elaboração: Relatório do Diagnóstico Temático de Drenagem e
Manejo das Águas Pluviais Urbanas de 2022 do SNIS²⁴

O diagnóstico dos aspectos econômico-financeiros do sistema de drenagem urbana e manejo de águas pluviais realizado pelo SNIS em 2019, antes da promulgação da Lei Federal n. 14.026/2020, trabalhava com os conceitos de cobrança direta ou de ônus indireto²⁵. A cobrança direta designa a existência de taxa ou de tarifa específica pela prestação de serviços de manejo de águas pluviais; ao passo que o ônus indireto se relaciona a formas de cobrança alternativas e não especificamente vinculadas à prestação do serviço, tal como a tributação por meio de contribuição de melhoria, quando uma unidade imobiliária se valoriza economicamente em decorrência de uma obra de drenagem — como em instalação de infraestrutura de micro ou de macrodrenagem que transforme a área de risco de inundação em uma área fora de risco de eventos hidrológicos de grande impacto.

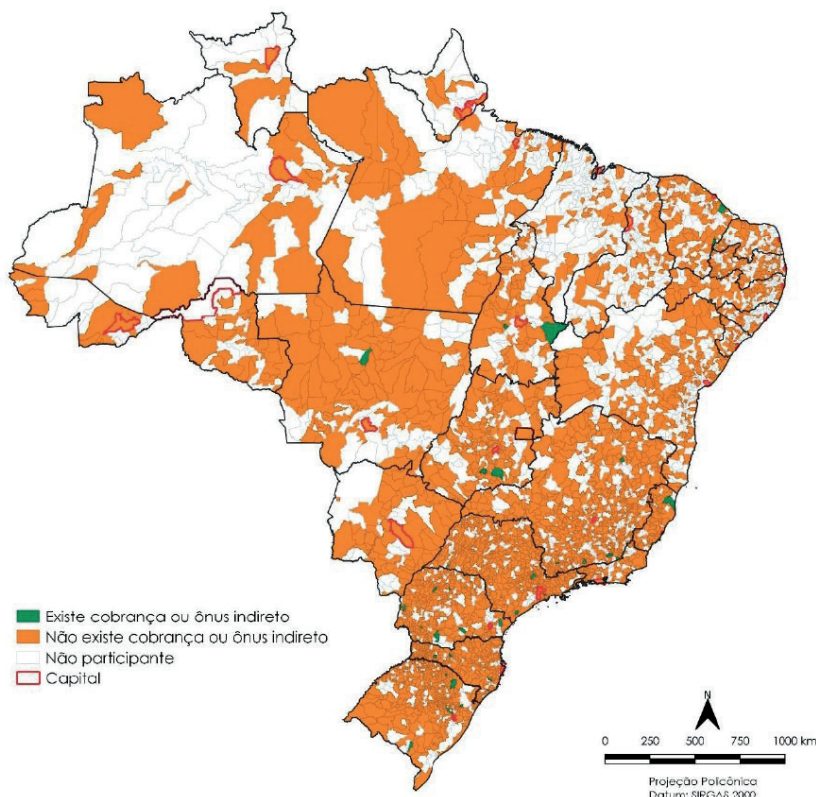
No ponto, o diagnóstico do SNIS de 2019 apresenta o seguinte mapa do Estado Brasileiro, que o divide entre municípios que

24 SISTEMA NACIONAL DE INFORMAÇÕES SOBRE SANEAMENTO (SNIS). **Diagnóstico Temático Drenagem e Manejo das Águas Pluviais Urbanas 2022**. Brasília, dez. 2023. Disponível em: <https://www.gov.br/cidades/pt-br/aceso-a-informacao/acoes-e-programas/saneamento/snis/produtos-do-snis/diagnosticos-snis>. Acesso em: 21 fev. 2024.

25 Optou-se pela utilização do Diagnóstico SNIS-AP 2019, anterior à Lei Federal 14.026/2020, para fins pedagógicos na abordagem dos conceitos de cobrança elucidados para o setor de drenagem e manejo de águas pluviais urbanas. Ressalta-se a relevância de acompanhar as atualizações constantes dos dados do Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento para compreender a complexa realidade que o setor do saneamento apresenta.

possuem cobrança (direta ou indireta) pela prestação de serviços de drenagem urbana e manejo de águas pluviais e entre municípios que não possuem essa cobrança. Veja-se:

Figura 10.1 - Representação espacial dos municípios participantes do SNIS-AP 2019, segundo existência ou não de cobrança ou ônus indireto pelo uso ou disposição dos serviços de DMAPU (CB001), Brasil

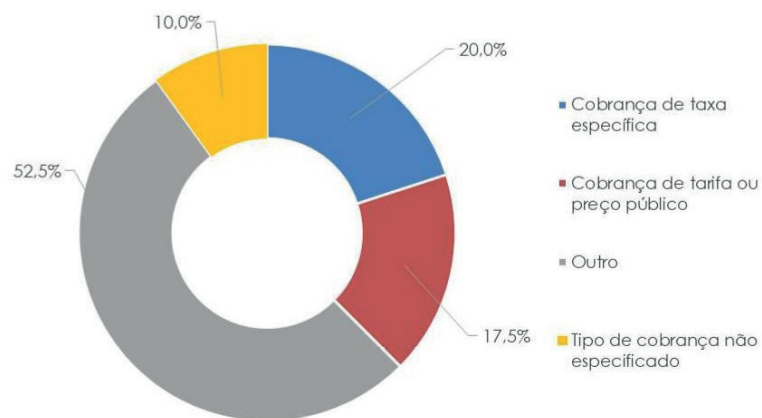


Fonte e Elaboração: Diagnóstico Temático de Drenagem e Manejo das Águas Pluviais Urbanas de 2019 do SNIS²⁶

Observa-se a distribuição das formas de cobrança pela prestação de serviços de drenagem urbana e manejo de águas pluviais contempladas no Diagnóstico SNIS-AP 2019:

26 SISTEMA NACIONAL DE INFORMAÇÕES SOBRE SANEAMENTO (SNIS). **Diagnóstico Temático Drenagem e Manejo das Águas Pluviais Urbanas 2019**. Brasília, dez. 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/cidades/pt-br/aceso-a-informacao/acoes-e-programas/saneamento/snis/produtos-do-snis/diagnosticos-snis>. Acesso em: 20 nov. 2022.

Gráfico 10.2 - Distribuição percentual dos tipos de mecanismos de cobrança ou ônus indireto (CB002)

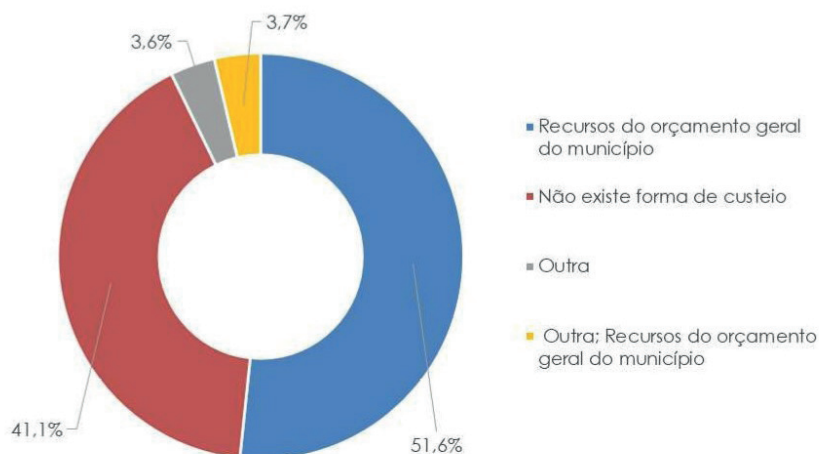


Fonte e Elaboração: Fonte e Elaboração: Diagnóstico Temático de Drenagem e Manejo das Águas Pluviais Urbanas de 2019 do SNIS²⁷

Denota-se que a cobrança específica pela prestação de serviços de drenagem urbana e manejo de águas pluviais (taxa ou tarifa) até o diagnóstico realizado em 2019 era a forma menos utilizada. A ausência de cobranças (diretas ou indiretas), por sua vez, resulta, na maioria das vezes, no emprego de recursos do orçamento geral do município. Verifica-se o seguinte dado extraído do diagnóstico do SNIS de 2019:

²⁷ SISTEMA NACIONAL DE INFORMAÇÕES SOBRE SANEAMENTO (SNIS). **Diagnóstico Temático Drenagem e Manejo das Águas Pluviais Urbanas 2019**. Brasília, dez. 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/cidades/pt-br/acesso-a-informacao/acoes-e-programas/saneamento/snis/produtos-do-snis/diagnosticos-snis>. Acesso em: 20 nov. 2022.

Gráfico 10.3 - Formas de custeio dos serviços de DMAPU (FN004) nos municípios sem cobrança de taxa ou ônus indireto (CB001)



Fonte e Elaboração: Diagnóstico Temático de Drenagem e Manejo das Águas Pluviais Urbanas de 2019 do SNIS²⁸

A precariedade da instituição de forma de cobrança faz com que o serviço (i) não tenha recursos vinculados para a oferta dessa política; e (ii) concorra, no orçamento geral do município, com outros setores, eventualmente visualizados como prioritários, tais como saúde, educação, moradia social, assistência social, infraestrutura rodoviária, mobilidade urbana, dentre outros. A conjunção desses fatores precariza a prestação do serviço público, fazendo com que municípios convivam com problemas relacionados a eventos hidrológicos de grande impacto e ao não aproveitamento de águas pluviais.

Diante disso, tem-se o desafio de implementar nos municípios um sistema de cobrança pelos serviços de drenagem urbana e manejo de águas pluviais, para que essa política pública tenha uma garantia de sustentabilidade, sem permanecer dependente do orçamento público geral, o qual já é substancialmente comprometido pelas demais prioridades. A respeito desse desafio, será preciso discorrer sobre os instrumentos viáveis de instituição da cobrança

28 SISTEMA NACIONAL DE INFORMAÇÕES SOBRE SANEAMENTO (SNIS). **Diagnóstico Temático Drenagem e Manejo das Águas Pluviais Urbanas 2019**. Brasília, dez. 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/cidades/pt-br/aceso-a-informacao/acoes-e-programas/saneamento/snis/produtos-do-snis/diagnosticos-snis>. Acesso em: 20 nov. 2022.

nas diferentes modalidades de prestação dos serviços e nas eventuais parcerias entre operadores privados e administração pública.

5.1 Obrigação, Modelos e Critérios de Cobrança

O art. 29 da Lei Federal n. 11.445/2007 prevê que os serviços públicos de saneamento básico, dentre os quais se insere o de drenagem urbana e manejo de águas pluviais, terão a sustentabilidade econômico-financeira assegurada pela instituição de um sistema de cobrança. Observa-se:

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: (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020)
[...]

III - de drenagem e manejo de águas pluviais urbanas, na forma de tributos, inclusive taxas, ou tarifas e outros preços públicos, em conformidade com o regime de prestação do serviço ou das suas atividades. (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020)

Como se observa no inciso III do art. 29 da Lei Federal n. 11.445/2007, o sistema de cobrança dos serviços de drenagem urbana e manejo de águas pluviais pode ser instituído por taxas, tarifas ou outros preços públicos. Caso o titular do serviço decida pelo instrumento da delegação dos serviços, especificamente pela adoção da concessão comum (Lei Federal n. 8.987/1995, art. 2º) ou da concessão patrocinada (Lei Federal n. 11.079/2004, art. 2º), institui-se a cobrança por meio do regime tarifário.

Assim como no caso dos serviços públicos de limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos, entende-se que haja uma discricionariedade da administração pública na escolha pelo uso da taxa ou da tarifa para o custeio das políticas públicas. Sendo o uso da taxa ou da tarifa uma escolha da administração pública, poder-se-ia utilizar também de uma instituição de cobrança mista, que agregue tanto a taxa quanto a tarifa prevista em contrato de concessão. Nessa esteira, salienta-se, desde logo, a defesa pelo uso do regime tarifário, ainda que acompanhado do regime tributário na eventual

instituição da taxa. Isso porque a sistemática inerente à teoria da equação econômico-financeira dos ajustes é mais adequada para solucionar eventuais desafios ou problemas operacionais relacionados à política pública.

A Lei Federal n. 11.445/2007 estabelece critérios obrigatórios e discricionários que podem ser considerados no momento da instituição do sistema de cobrança para a prestação de serviços públicos de drenagem urbana e manejo de águas pluviais, nos termos do seu art. 36:

Art. 36. A cobrança pela prestação do serviço público de drenagem e manejo de águas pluviais urbanas deve levar em conta, em cada lote urbano, os percentuais de impermeabilização e a existência de dispositivos de amortecimento ou de retenção de água de chuva, bem como poderá considerar:

I - o nível de renda da população da área atendida;

II - as características dos lotes urbanos e as áreas que podem ser neles edificadas.

Verifica-se que os dois critérios obrigatórios para a instituição do sistema de cobrança são os percentuais de impermeabilização e a existência de dispositivos de amortecimento de retenção de água da chuva. Os critérios discricionários, por sua vez, são: as características dos lotes urbanos, as áreas que podem ser neles edificadas e o nível de renda da população da área atendida. Ainda assim, é preciso pontuar que um dos problemas da instauração de um sistema de cobrança no setor de drenagem urbana e manejo de águas pluviais é estipular critérios objetivos para a medição do atendimento da política pública. Nesse aspecto, o próprio Plansab prevê apenas dois índices de medição, como anteriormente relatado.

De qualquer forma, o *Novo Marco Legal do Saneamento* reforçou a necessidade de instituição de um sistema específico de cobrança dos serviços de drenagem urbana e manejo de águas pluviais, seja por meio de taxas, tarifas ou outros preços públicos. Defende-se, aqui, a primazia do regime tarifário sobre o regime tributário, porquanto há maior flexibilidade na gestão tarifária do que na dependência da atividade legislativa para promoção de eventuais reajustes, como no caso da criação de taxas. Ainda assim, há grandes dificuldades na implementação de tal tarefa legal, sobretudo pela demanda de desenvolvimento de índices de medição da prestação dos serviços, os quais exigem atividade regulatória.

5.1.1 Instrumento Administrativo de Cobrança

Destacam-se dois modelos possíveis para a instituição de cobrança: (i) o regime tributário, por meio da instituição de taxa, mediante aprovação de lei municipal; e (ii) o regime tarifário, imposto em sede de contrato de prestação dos serviços. Ambos os modelos apresentam dificuldades, mas um deles deve ser instituído para a sustentabilidade econômico-financeira dos serviços.

Em relação à instituição de taxa de drenagem urbana, elencam-se como dificuldades específicas: a aprovação da cobrança por meio de lei²⁹ de iniciativa do Poder Executivo Municipal e a exclusão da base de cálculo do tributo de atividades indivisíveis, tais como a limpeza de galerias pluviais. Por outro lado, o regime tarifário exigiria a aprovação de entidade infranacional indicada como reguladora dos serviços de drenagem urbana e manejo de águas pluviais.

É importante dizer que o debate a respeito da constitucionalidade da instituição de uma taxa para o serviço de drenagem urbana e manejo de águas pluviais não está resolvido, diante de uma complexa discussão tributária sobre especificidade e divisibilidade (Estudo de Caso do Município de Santo André em São Paulo), características que precisam ser observadas para essa espécie tributária.

Importa destacar que o art. 29, § 4º da Lei Federal n. 11.445/2007³⁰ dispõe que, no caso de prestação dos serviços em regime de concessão, a arrecadação das tarifas e dos preços públicos serão obrigatoriamente realizadas pela concessionária, enquanto as taxas ser realizadas por ela facultativamente.

Portanto, identifica-se os seguintes tipos ideais de sistema de cobrança pelos serviços de drenagem urbana e manejo de águas pluviais:

(i) taxa pública com arrecadação municipal, seja por carnê específico, seja coligado ao carnê anual do IPTU;

(ii) taxa pública com arrecadação da concessionária, por meio da fatura da tarifa de água e esgoto existente;

29 Assim como reajustes e eventuais alterações nos critérios para cobrança.

30 "Art. 29 [...] §4º Na hipótese de prestação dos serviços sob regime de concessão, as tarifas e preços públicos serão arrecadados pelo prestador diretamente do usuário, e essa arrecadação será facultativa em caso de taxas. (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020)"

(iii) tarifa pública com arrecadação da concessionária, por meio da fatura da tarifa de água e esgoto existente;

Compreende-se que o regime tarifário apresenta maior flexibilidade na sua gestão, especialmente no que diz respeito à promoção de reajustes e revisões, por não depender de atividade legislativa, como no caso da criação de taxas. Além disso, defende-se a arrecadação direta pela concessionária, seja a cobrança de taxa, seja de tarifa, sobretudo para aproveitar a estrutura de faturamento existente para os serviços de água e esgoto.

Há alguns modelos de cobranças de drenagem que podem servir como referência para um estudo amplo que analise critérios, meios jurídicos e sustentabilidade econômica nas seguintes municipalidades: Porto Alegre/RS, Montenegro/RS e Santo André/SP. Da mesma forma, a experiência prática do Estado do Rio de Janeiro, seja no exemplo desenvolvido na Baía de Guanabara ou na Lagoa de Araruama (região dos Lagos do Rio de Janeiro), mostram ser viável a utilização do coletor de tempo seco (CTS) por dentro de contratos de concessão³¹. Para os dois casos, “[...] a implantação do CTS não era uma previsão constante do contrato de concessão inicialmente firmado, o que também reforça a mutabilidade destes arranjos e a possibilidade de integração ora defendida seja também uma possibilidade para contratos já em curso”.³²

31 Trazendo mais detalhes, os autores, sobre o caso da Baía de Guanabara, lembram que “[...] a concessionária responsável pelos serviços no município desenvolveu um estudo para mitigação das águas negras em períodos de chuva, tendo-se percebido correlação entre o número de extravasamentos nas galerias de águas pluviais e eventos de pluviometria. Nesse sentido, foram instalados coletores de tempo seco (CTS), buscando interceptar o esgoto encontrado na tubulação de drenagem e levá-lo a tratamento antes de seu despejo in natura no corpo hídrico, para reduzir os níveis de poluição ambiental”. No mesmo sentido, no caso da Lagoa de Araruama, destacam “[...] outro exemplo bem-sucedido da utilização do coletor de tempo seco (CTS) no bojo de contratos de concessão de saneamento. Antes em estado avançado de degradação ambiental decorrente do despejo de efluentes, a partir dos investimentos em esgotamento sanitário e sistema de captação em tempo seco, atualmente a Lagoa demonstra recuperação ambiental”. COHEN, Isadora Chansky et al. *Serviços Públicos de Drenagem e Manejo de Águas Pluviais Urbanas na Vigência da Lei n. 14.020/2020: O Desafio da Interdependência com os serviços de esgotamento sanitário e sua sustentabilidade econômico-financeira*. In: **Saneamento Básico no Brasil: práticas e reflexões após 2 anos da edição da Lei n. 14.026/2020/** coordenado por Carlos Roberto de Oliveira, Mariana Campos de Souza – Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2023, p. 158.

32 Ibidem, p. 159.

6. Sistemas Separador Absoluto, Unitário e Misto (ou combinado)

De acordo com o Relatório do Diagnóstico Temático de Drenagem e Manejo das Águas Pluviais Urbanas de 2023 do SNIS, classifica-se os tipos de sistemas de drenagem urbana e manejo de águas pluviais em: (i) sistema separador absoluto; (ii) sistema unitário; e (iii) sistema combinado. O conceito de cada um dos tipos de sistema é descrito pelo documento da seguinte forma:

O primeiro é formado por estruturas que escoam, exclusivamente, águas pluviais. O segundo transporta águas pluviais e cargas de esgotos urbanos. O sistema combinado, por sua vez, é caracterizado quando há uma combinação dos dois tipos de sistemas (exclusivo e unitário), em que cada tipo de configuração predomina em algum trecho da rede.³³

A Lei Federal n. 11.445/2007, mesmo após as alterações promovidas pelo *Novo Marco Regulatório do Saneamento Básico*, dispõe tão somente sobre as definições de sistema separador absoluto e sistema unitário, conforme incisos XVIII e XIX do art. 3º, *in verbis*:

Art. 3º Para fins do disposto nesta Lei, considera-se: [...]

XVIII - sistema separador absoluto: conjunto de condutos, instalações e equipamentos destinados a coletar, transportar, condicionar e encaminhar exclusivamente esgoto sanitário; (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020)

XIX - sistema unitário: conjunto de condutos, instalações e equipamentos destinados a coletar, transportar, condicionar e encaminhar conjuntamente esgoto sanitário e águas pluviais. (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020)

Ainda com relação à Lei Federal n. 11.445/2007, o *Novo Marco Legal do Saneamento Básico* manifestou preferência à adoção do sistema separador absoluto, atribuindo à ANA a competência para o estabelecimento de metas progressivas para a substituição do sistema unitário pelo sistema separador absoluto, conforme §3º do art. 44 do referido diploma legal:

Art. 44 [...] § 3º A agência reguladora competente estabelecerá metas progressivas para a substituição do sistema unitário

33 SISTEMA NACIONAL DE INFORMAÇÕES SOBRE SANEAMENTO (SNIS). **Diagnóstico Temático Drenagem e Manejo das Águas Pluviais Urbanas 2022**. Brasília, dez. 2023. Disponível em: <http://www.snis.gov.br/diagnosticos>. Acesso em: 22 fev. 2024.

pelo sistema separador absoluto, sendo obrigatório o tratamento dos esgotos coletados em períodos de estiagem, enquanto durar a transição.

Comando análogo está na Lei Federal n. 9.984/2000, a lei da criação da ANA, introduzido também por alteração do *Novo Marco Legal do Saneamento Básico*. De acordo com o seu art. 4º-A, inciso XI, a ANA instituirá normas e metas para a substituição do sistema unitário pelo sistema separador absoluto de tratamento de efluentes:

Art. 4º-A. A ANA instituirá normas de referência para a regulação dos serviços públicos de saneamento básico por seus titulares e suas entidades reguladoras e fiscalizadoras, observadas as diretrizes para a função de regulação estabelecidas na Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007. (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020)

[...]

XI - normas e metas de substituição do sistema unitário pelo sistema separador absoluto de tratamento de efluentes;

Portanto, em algum momento, caberá à agência nacional a formulação de normas de referência sobre a obrigação regulatória de qualificação do sistema de drenagem urbana e manejo de águas pluviais, aproximando-se as soluções à caracterização da separação absoluta. Aqui, por certo, identifica-se mais um passivo existente em muitos municípios do Brasil, e sem uma previsão clara de investimentos ou mesmo a contratualização das possíveis soluções, na comparação com o ponto ideal de chegada previsto no Marco Legal do Saneamento.

Ainda assim, cabe referir que, no panorama nacional, com base nas informações coletadas pelo Relatório do Diagnóstico Temático de Drenagem e Manejo das Águas Pluviais Urbanas de 2023 (ano de referência 2022) do SNIS, o predomínio na prestação dos serviços públicos já é do sistema separador absoluto. Veja-se o seguinte trecho do documento:

*Entre os **4.833 municípios** participantes da coleta de dados do SNIS-AP 2022, **2.108** (43,6%) informam contar com **sistema exclusivo para drenagem**, **526** (10,9%), com o **sistema unitário** (misto com esgotamento sanitário) e **1.272** (**26,3%**) com sistema combinado. Em 927 (19,2%) não há sistema de drenagem. No conjunto de municípios da amostra,*

199 (4,1%) contam com algum tipo de tratamento das águas pluviais.³⁴

Por conseguinte, no tema da transição entre sistemas unitário e separador absoluto³⁵, existirá também demanda por elaboração de projetos, possivelmente contemplados em contratos de concessão comum (Lei Federal n. 8.987/1995) ou de parcerias público-privadas (Lei Federal n. 11.079/2004) para o cumprimento das metas dispostas pelas reguladoras locais, as quais estarão, em um cenário de consolidação da regulação nacional, condicionadas ao padrão estabelecido pelas normas de referência da ANA.

6.1 Transição do Sistema Misto para o Separador Absoluto

Para os contratos de concessão licitados (também na hipótese de privatização das companhias estaduais), em uma perspectiva abrangente, delegou-se para a concessionária a operação do serviço de saneamento, nos mesmos termos do art. 3º, inciso I, da Lei Federal n. 11.445/2007. Na maioria dos casos, já está devidamente acordado, no contrato e nos seus anexos, as metas legais e os investimentos programados para o abastecimento de água e o esgotamento sanitário (Lei Federal n. 11.445/2007, art. 11-B).

Todavia, buscando garantir para esta política pública sustentabilidade social, ambiental e econômica, com soluções que sejam mais eficientes e técnicas, outras boas práticas podem ser incorporadas nestes contratos de base flexível, abertos para estratégias que agreguem economia de escala e de escopo, com benefícios diretos e indiretos para a população abrangida pela iniciativa.

34 SISTEMA NACIONAL DE INFORMAÇÕES SOBRE SANEAMENTO (SNIS). **Diagnóstico Temático Drenagem e Manejo das Águas Pluviais Urbanas 2022**. Brasília, dez. 2023. Disponível em: <https://www.gov.br/cidades/pt-br/aceso-a-informacao/acoes-e-programas/saneamento/snis/produtos-do-snis/diagnosticos-snis>. Acesso em: 22 fev. 2024.

35 "Destaca-se que a Lei Federal nº 14.026, de 2020, impõe às Agências Reguladoras o poder de estabelecer metas de separação dos escoamentos, o que se torna relevante portanto para os 44% municípios do Estado que declararam algum grau de mistura, e especialmente para as Regiões Metropolitanas". SISTEMA NACIONAL DE INFORMAÇÕES SOBRE SANEAMENTO (SNIS). **Diagnóstico Temático Drenagem e Manejo das Águas Pluviais Urbanas 2019**. Brasília, dez. 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/cidades/pt-br/aceso-a-informacao/acoes-e-programas/saneamento/snis/produtos-do-snis/diagnosticos-snis>. Acesso em: 20 nov. 2022.

Um exemplo interessante, para constar nos anexos dos contratos de concessão, é a empresa responsável por entregar as metas estabelecidas na Lei Federal n. 11.445/2007, art. 11-B, em especial, no que se relaciona com o serviço de esgotamento sanitário (90% da população com coleta e tratamento de esgoto até 31 de dezembro de 2033) assumir a gestão da drenagem urbana e manejo de águas pluviais dos municípios.

Nessa linha de raciocínio, a concessionária ficaria autorizada a utilizar a rede de drenagem urbana para o transporte dos efluentes coletados, o que se denomina de *sistema misto* (sistema unitário), admitindo-se como uma abordagem transitória para o problema, para ter aderência com o *Novo Marco*. Ao mesmo tempo, permanece o compromisso da concessionária de atender 90% da população com o serviço de coleta e tratamento de esgotos até 31 de dezembro de 2033, ficando endereçado para o prazo final do contrato completar-se a transição, do *sistema misto* para o *separador absoluto* (ABNT, NBR n. 9.648/1986) quando o caso concreto demonstrar ser efetivamente uma solução sustentável. Se pactuado em contrato, por óbvio, a regulação contratual será respeitada, desde que o acordo esteja motivado com avaliações de custo-benefício, que protejam o interesse público e os interesses dos usuários. Se mais tarde a entidade reguladora infracional dispor de outra forma, pode ser caso de reequilíbrio, na medida em que será obrigatório antecipar investimentos em cronograma diverso do estabelecido em contrato.

Com essa medida, construída em acordo, o poder público pode comprometer a concessionária com melhorias pontuais no sistema de drenagem em operação, tornando também este subsistema do serviço de saneamento compatível com as cargas absorvidas por um sistema misto que não responde apenas pelas demandas da cidade formal. O saneamento de efluentes de esgoto sanitário - os residenciais, os comerciais e os industriais -, ou seja, o seu tratamento, será prioridade da concessionária, permanecendo o ano de 2033 como o ponto de chegada. Porém, insiste-se, será utilizada a rede de drenagem para o transporte dos efluentes até a Estação de Tratamento de Esgoto (ETE), com alternativas que podem qualificar o processo, como por exemplo, o emprego do *coletor de tempo seco* (CTS).

De maneira geral, não se pode sobrecarregar a ETE com toda a vazão do sistema misto, principalmente nos períodos de chuva intensa. Para isso, o coletor de tempo seco (CTS) e precipitações pluviométricas de menor carga, convivem perfeitamente com a funcionalidade do sistema unitário.

Em outras palavras, a carga doméstica, comercial e industrial, além das águas provenientes das chuvas e os resíduos sólidos arastados seriam direcionados para a rede de drenagem. Depois de tratados (a regra geral), conduzidos para uma disposição final ambientalmente adequada. A saída de gases pelas bocas-de-lobo e o extravasamento de efluentes em episódio de sobrecarga devem ser pontos de atenção na adoção desta estratégia.

Para a concessionária, visualiza-se como aspecto favorável a possibilidade de adiar investimentos na rede de esgoto, ainda que o prazo de encerramento do contrato continue servindo com o *deadline* para o início das operações do *sistema separador absoluto*.

7. Novas Contratações ou Incorporação a Ajustes Existentes

O escopo dos contratos de saneamento básico, que hoje estão mais relacionados ao serviço de abastecimento de água e esgotamento sanitário, pode ser estendido para abarcar, também, os serviços de drenagem e manejo de águas pluviais, na lógica do ganho de escala econômico-financeira e de economia de escopo contratual. Há duas etapas consideradas neste trabalho como essenciais para o aprimoramento da política pública de drenagem urbana e manejo de águas pluviais, quais sejam: a continuidade da prestação do serviço — com substancial enfoque no planejamento — e o desenvolvimento de um modelo de contratação mais adequado para a execução das atividades. Em relação a este aspecto, como destacado anteriormente, é preciso definir um escopo de serviços a ser prestado e, também, uma metodologia de contratação.

O *Novo Marco Legal do Saneamento Básico* privilegiou o modelo de concessão para a prestação dos serviços públicos atrelados, dentre os quais o de drenagem urbana e manejo de águas pluviais. Assim, os titulares do serviço possuem duas alternativas para a delegação de atividades atreladas ao setor: (i) o aditamento de contratos de saneamento básico (especialmente de abastecimento de

água e de tratamento e coleta de esgotamento sanitário) vigentes para incluir a totalidade ou parcela de serviços de drenagem urbana; ou (ii) a modelagem de novos contratos de concessão em saneamento básico, que incluam ou que prevejam exclusivamente serviços de drenagem urbana e manejo de águas pluviais.

O tema do aditamento contratual tem alguns aspectos jurídico-institucionais que devem ser avaliados. Primeiro, existirá o debate entre o dever de licitar e o interesse público na inclusão de serviços públicos de drenagem urbana e manejo de águas pluviais em um ajuste vigente, como forma de economia de escopo contratual e de melhoria na gestão de ambos os serviços. Entende-se que há fundamentos para superar o princípio da licitação, sobretudo em razão dos pontos de interconexão entre os serviços de drenagem urbana e manejo de águas pluviais com os serviços de abastecimento de água e de coleta e tratamento de esgoto. Da mesma maneira, a depender do caso concreto, também o que envolve o serviço de limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos.

Em relação ao tema da interconexão, identifica-se aspectos técnico-regulatórios que indicam a necessidade de planejamento e, eventualmente, de prestação conjunta dos serviços públicos de drenagem urbana e de abastecimento de água e de coleta e tratamento de esgoto. De plano, ressalta-se o tema da troca do sistema unitário pelo separador absoluto³⁶, que, materialmente, envolve um ponto de partida de compartilhamento da mesma infraestrutura — canalização para esgotamento e captação de águas pluviais — para a realização de obras necessárias à divisão de canalizações³⁷. Além disso, o serviço de armazenamento de águas de chuvas está

36 “[...] 3.710 municípios contam com sistemas únicos/unitários (águas pluviais e de esgotamento sanitário na mesma rede), combinados (em parte únicos e parte separadores) ou não participaram da pesquisa. Esse cenário traz incerteza quanto a quem cabem as responsabilidades relativas à gestão, às ações, aos custos e aos recursos para operação, manutenção e responsabilidade pela universalização da prestação dos serviços de DMAPU. A titularidade dos serviços de saneamento cabe aos municípios, e esse é o caso do DMAPU, mas, apesar de sua inter-relação, o mesmo não acontece com os serviços de água e esgoto, que estão a cargo de empresas públicas e estaduais ou privadas”. NOVAES, Carlos e MARQUES, Rui. **Águas Pluviais Urbanas: O Novo Marco Legal do Saneamento no Brasil Significa uma Nova Oportunidade Rumo à Universalização?** In: INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA – IPEA. **Boletim Regional, Urbano e Ambiental n. 29 – jan./jun. 2023**, Rio de Janeiro: IPEA, 2023, p. 89.

37 A ser regulado por norma de referência pela Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico – ANA.

intimamente conectado ao planejamento de abastecimento de água, especialmente em localidades que sofrem com a escassez hídrica, de modo que a operação de reservatórios sirva como ferramenta para combater eventos de menor disponibilidade hídrica e, assim, diminuir situações de racionamento de água e de interrupção do abastecimento.

Outro ponto relacionado à possibilidade de aditamento contratual é a própria viabilidade econômico-financeira da operação, especialmente em termos de atratividade aos parceiros privados. A existência prévia de operação em abastecimento de água e esgotamento sanitário identifica um *player* interessado no setor, com *know-how* e capacidade de capturar novas atividades em um ajuste pré-existente, economizando-se na curva de aprendizado, no conhecimento da infraestrutura e, eventualmente, na própria estrutura de custos — como no caso do cofaturamento. Evidentemente, a viabilidade do aditamento contratual deve ser avaliada caso a caso, tanto em termos institucionais-jurídicos quanto em aspectos econômico-financeiros e técnico-operacionais.

Além do mais, o Decreto n. 11.599/2023, no art. 2º, inciso I, § 1º, abriu a possibilidade para a utilização da Lei n. 14.133/2021 em casos específicos de contratação de terceiros para prestar os serviços públicos de saneamento. Ora, na referida Lei, nos arts. 74 e 75, estão destacadas as hipóteses de contratação direta, por inexigibilidade de licitação ou dispensa. Logo, não é errado cogitar, diante da exceção oposta ao art. 10 da Lei n. 11.445/2007, que exige sempre concessão, a existência de fundamento para ampliação de escopo de contrato vigente quando comprovadamente mostrar-se a solução de melhor custo-benefício, de maior valor público.

Em alternativa ao aditamento contratual, avalia-se a possibilidade de modelagem de um outro ajuste de concessão de serviço público, cujo objeto preveja parcialmente ou totalmente serviços de drenagem urbana e manejo de águas pluviais — cumular abastecimento de água e coleta e tratamento de esgoto com drenagem urbana. Como exemplo de um ajuste de serviço público de manejo de águas pluviais, o Município de São Paulo/SP planejou a realização de uma concessão administrativa, cujo objeto era o seguinte:

CLÁUSULA 5ª – DO OBJETO

5.1. O objeto do presente CONTRATO é a CONCESSÃO, na modalidade de concessão administrativa, da requalificação,

*operação, manutenção e conservação de 4 (quatro) RESERVATÓRIOS EXISTENTES de ÁGUAS PLUVIAIS e a construção, operação, manutenção e conservação de INTERVENÇÕES DE DRENAGEM em 5 (cinco) MICROBACIAS do Município de São Paulo, nos termos da Lei Federal n. 11.079/2004 e da Lei Municipal n. 14.517/2007, deste CONTRATO e seus ANEXOS.*³⁸

O escopo do ajuste previa a requalificação, manutenção e conservação de quatro reservatórios já existentes e a construção, operação, manutenção e conservação de outras cinco intervenções de drenagem³⁹, definidas no Capex, em anexo contratual. O prazo do ajuste foi definido para 33 anos, sendo vedada a prorrogação, período no qual o parceiro privado receberia a contraprestação mensal efetiva, descontada da contraprestação mensal máxima, em um modelo de regulação análogo ao *price cap* (preço-teto). Destaca-se, também, a possibilidade de exploração econômica do ativo público em sua totalidade, tendo em vista a definição sobre o rateio das receitas acessórias — 5% da receita bruta seria capturada pelo Poder Público.

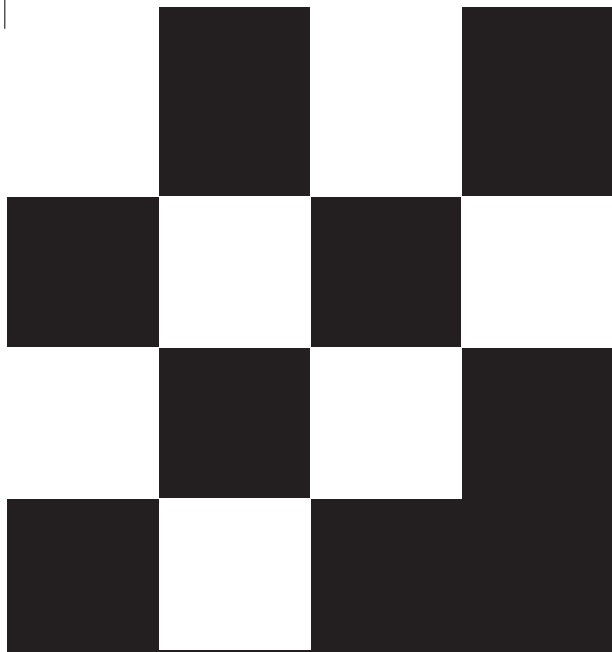
Entretanto, em 2021, o processo licitatório referente à concessão administrativa foi suspenso, de modo que o ajuste não chegou a concluir a fase da disputa, embora tenha superado a fase preparatória da licitação. É de conhecimento geral as dificuldades existentes no sucesso de qualquer procedimento de concessão de serviço público; contudo, importa verificar que há iniciativas para o desenvolvimento de projetos na drenagem urbana e manejo de águas pluviais.

Destarte, ressalta-se que a política pública de drenagem urbana e manejo de águas pluviais possui condições de ser mais bem desenvolvida pelos titulares do serviço, desde que dois aspectos sejam adequadamente conduzidos: (i) o estabelecimento de um serviço público efetivamente contínuo, com atividades de levantamento de ativos públicos, operação, manutenção e, eventualmente, requalificação e/ou construção de nova infraestrutura de microdrenagem e macrodrenagem; e (ii) desenvolva ajustes adequados à complexidade da política pública, preferencialmente por meio de

38 BRASIL. Município de São Paulo/SP. **Concorrência Pública n. 003/SGM/2020**. Disponível em: <https://drive.google.com/file/d/1ZYKBa62ozADXhF3aWaeXQM6Zhll-s3xUo/view>. Acesso em: 10 abr. 2023.

39 Modelo Design, Build, Operate, Maintain and Finance.

contratos de concessão de serviço público, seja pelo aditamento de ajuste existente ou de modelagem e licitação de um novo contrato público.



PARTE III

**O DIREITO DO
SANEAMENTO
BÁSICO
DEPOIS DA
LEI FEDERAL
n. 14.026/2020**





Capítulo VII

Novo Marco Legal do Saneamento Básico

1. Origens da Lei Federal n. 14.026/2020

Naturalmente, uma mudança tão profunda no conjunto de princípios e regras que orientam o funcionamento do serviço público de saneamento básico no Brasil não poderia resultar de um sobressalto, de uma mudança inesperada na maioria política que sustentava o formato anterior. Inclusive por ser o mais adequado, a tendência é que esses movimentos tenham uma espécie de linha histórica, em progressão, que sugere uma mudança de caminho. Assim funciona, mesmo com imperfeições, o processo legislativo em ambientes democráticos. Não foi diferente com esta modalidade de serviço público, assim como aconteceu, apenas para exemplificar, com o setor elétrico ou nas telecomunicações. O trabalho desenvolvido pelo Poder Constituinte Originário, mesmo em países de constituição rígida, pode ser contestado. No Brasil, mais do que se observa em outros países, as mudanças no texto constitucional são frequentes, o que, por óbvio, repercute em todo o sistema, redesenhando com maior ou menor abrangência políticas públicas importantes.

A seguir, analisa-se o processo de formação das bases jurídicas do *Novo Marco Regulatório do Saneamento Básico*, desde a aprovação do texto original no Governo do Presidente Jair Messias Bolsonaro (2019-2022) até a consolidação de suas diretrizes por meio dos decretos mais recentes do Governo do Presidente Luiz Inácio Lula da Silva e do avanço da agenda regulatória da ANA.

1.1 Processo Legislativo e Vetos Presidenciais de 2020

Recuperando essa história em relação ao Marco (ou Novo) Marco Legal do Saneamento, sabe-se que, da apreciação da MP n.



868/2018, resultou o Projeto de Lei de Conversão n. 8/2019, oferecido em maio de 2019, que introduziu, além das emendas aludidas: (i) a atribuição de competência aos estados para o estabelecimento de blocos de prestação regionalizada (art. 14 da Lei Federal n. 11.445/2007), sem necessidade de convalidação pelos municípios do plano de saneamento regional (art. 17 da Lei Federal n. 11.445/2007), e a inclusão da estruturação regionalizada como condicionalidade para o financiamento federal (art. 50 da Lei Federal n. 11.445/2007); (ii) a previsão de remuneração dos investimentos realizados por prestadores privados, indenizando-os quando da transferência a outro prestador, com as devidas amortizações (art. 42 da Lei Federal n. 11.445/2007); e (iii) a introdução de competência da União para estabelecer blocos de prestação regionalizada, na ausência do exercício dessa atribuição pelos Estados em até dois anos (art. 52 da Lei Federal n. 11.445/2007).

Apresentaram-se na sequência votos em separado dos deputados Afonso Florence e Igor Timo, alegando inconstitucionalidades da medida e do projeto de lei, com: (i) a definição, em lei federal, do conceito de serviço de interesse local e de interesse comum (art. 30, V, CF), que dependeria de lei complementar estadual, o que é facultado, mas não uma obrigação (art. 25, § 3º); (ii) a inexistência de previsão de prazo de transição, causando prejuízos às contas públicas estaduais e ferindo o princípio de proteção da confiança; (iii) a possibilidade de conversão de contratos de programa em concessões, em previsível caso de alienação de controle acionário das companhias estaduais, ferindo, na prática, a exigência de licitação (art. 175, CF); e (iv) a violação do pacto federativo (art. 18) e da titularidade municipal. Todos foram rejeitados pela comissão, que aprovou em 7 de maio de 2019 o Projeto de Conversão.¹

Tal projeto não chegou a ser aceito pelo plenário antes do fim da vigência da medida provisória, expirada em 3 de junho de 2019, extinguindo-se a comissão. Mas, no mesmo mês, o relator, senador Tasso Jereissati, levou seu integral teor à apreciação do Senado, na forma do Projeto de Lei n. 3.261/2019 (30 de maio de 2019).² Assim, naquele momento, adicionou ao texto apenas uma

1 Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1745771&filename=Tramitacao-MPV+868/2018. Acesso em: 06 nov. 2020.

2 Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/137118>. Acesso em: 06 nov. 2020.

nova redação para o art. 12, consolidando acordos já produzidos na Câmara dos Deputados para conservar a vigência até o termo final dos contratos de programa existentes, com possibilidade de conversão e prorrogação, desde que adotados modelos de parceria público-privada capazes de antecipar investimentos necessários à universalização, sob pena de extinção:

Art. 12. Os contratos de concessão e os contratos de programa para prestação dos serviços públicos de saneamento básico existentes na data de publicação desta Lei permanecerão em vigor até o advento do seu termo contratual.

§ 1º Os contratos de programa poderão ser convertidos em contratos de concessão, bem como poderão ter seus prazos prorrogados, por uma única vez, a fim de garantir a amortização dos investimentos necessários à universalização dos serviços objeto do respectivo contrato, mediante acordo entre as partes.

§ 2º No caso de conversão em contrato de concessão ou de prorrogação dos contratos de programa, deverão ser adotados modelos de parcerias com a iniciativa privada de forma a antecipar os investimentos necessários à universalização dos serviços, cujo modelo deverá ser submetido à aprovação do órgão regulador em até 48 (quarenta e oito) meses contados da publicação desta lei.

§ 3º Nos casos listados no § 2º deste art., o edital de licitação da parceria com a iniciativa privada deverá ser publicado em até 12 (doze) meses após a sua aprovação pelo órgão regulador.

§ 4º Caso a parceria não seja contratada, sem justo motivo, assim reconhecido pela agência reguladora competente, em até 12 (doze) meses contados da publicação do edital a que se refere o § 3º deste art., o contrato de programa ou de concessão será extinto em 24 (vinte e quatro) meses.

§ 5º Nos casos em que o serviço público de saneamento básico esteja sendo prestado por empresa pública ou sociedade de economia mista sem a prévia formalização de contrato com o titular dos serviços, poderão ser firmados, de forma excepcional, contratos de concessão por dispensa de licitação, obedecidas as condições previstas nos §§ 2º e 3º deste art..

§ 6º Aplica-se ao modelo de parceria a ser apresentado, na forma do § 2º deste art., o disposto no § 5º do art. 13 desta Lei.

Aprovado, com algumas modificações na Comissão de Serviços de Infraestrutura, foi levado ao plenário do Senado, de onde resultou projeto substitutivo com emendas que previram, em síntese: (i) fortalecimento do caráter vinculante dos blocos de prestação dos serviços, mediante previsão de seu estabelecimento por lei estadual (§ 1º adicionado ao art. 14 da Lei Federal n. 11.445/2007);³ (ii) reintrodução da possibilidade de contratação da empresa estadual por dispensa de licitação na hipótese de deserção da licitação para concessão dos serviços (§ 2º adicionado ao art. 11 da Lei Federal n. 11.445/2007);⁴ (iii) substituição, como condição para a prorrogação dos atuais contratos de programa, da exigência de formalização de parceria com a iniciativa privada por uma abertura a manifestações de interesse do setor privado (nova alteração no art. 12 da Lei Federal n. 11.445/2007);⁵ (iv) instituição da faculdade de formalização de situações de fato de prestação dos serviços mediante o reconhecimento da existência de contrato de programa com prazo suficiente aos investimentos vinculados à universalização dos serviços (nova redação dada ao art. 15 da Lei Federal n. 11.445/2007);⁶ (v) supressão das alterações promovidas no art. 10

3 “§ 1º Os Estados estabelecerão por lei blocos para a prestação dos serviços de saneamento básico com vistas à geração de ganhos de escala e à garantia da universalização e da viabilidade técnica e econômico-financeira dos serviços.”

4 “§ 2º Fica autorizada a assinatura de contratos de concessão por dispensa de licitação com empresas públicas ou companhias de economia mista do segmento de saneamento básico caso a licitação de que trata o inciso VI do caput reste deserta ou não haja viabilidade econômica que justifique sua privatização.”

5 “Art. 12. Os contratos de concessão e os contratos de programa para prestação dos serviços públicos de saneamento básico existentes na data de publicação desta Lei permanecerão em vigor até o advento do seu termo contratual. § 1º Os contratos de programa poderão ser convertidos em contratos de concessão, bem como poderão ter seus prazos prorrogados, por uma única vez, a fim de garantir a amortização dos investimentos necessários à universalização dos serviços contratados, mediante acordo entre as partes. § 2º É facultado a qualquer interessado propor ao prestador dos serviços, a qualquer tempo, projeto de parceria com vistas à universalização dos serviços. § 3º O prestador dos serviços poderá sugerir adequações às propostas apresentadas nos termos do § 2º deste art.. § 4º A entidade reguladora, o titular dos serviços e o prestador avaliarão conjuntamente a conveniência e oportunidade da proposta no prazo de 12 (doze) meses de seu recebimento. § 5º Em caso de manifestação favorável à proposta, o correspondente edital de licitação deverá ser publicado no prazo de 12 (doze) meses.”

6 “Art. 15. As situações de fato de prestação de serviços públicos de saneamento básico por empresa pública ou sociedade de economia mista sem contrato com o titular dos serviços, existentes na data de publicação desta Lei, poderão ser reconhecidas como contratos de programa e formalizadas, mediante acordo entre as partes, em até 5 (cinco) anos. Parágrafo único. Os contratos reconhecidos terão

da Lei Federal n. 11.445, de 2007; e (vi) supressão à revogação da dispensa de licitação para os contratos de programa.

O texto alterado foi remetido à Câmara dos Deputados para revisão e recebido em 12 de junho 2019 pela Mesa Diretora, que o encaminhou, em 4 de setembro, à Comissão de Desenvolvimento Urbano, à Comissão de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável, à Comissão de Trabalho, Administração e Serviço Público, à Comissão de Finanças e Tributação e à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, determinando, ainda, a instauração de Comissão Especial do Marco do Saneamento Básico.⁷

Processaram-se diversos requerimentos para realização de eventos, como seminários regionais e nacionais para debate do projeto (1/2019), e para audiências públicas com diversas entidades interessadas tanto na Câmara quanto em estados específicos, além de visitas a Uruguaiana,⁸ Manaus e Palmas de forma a “avaliar os resultados efetivos da gestão privada dos serviços de saneamento e aprimorar o projeto” (3/2019). Ao longo de setembro e outubro, ocorreram doze audiências públicas e sete seminários externos nos estados de Tocantins, Pernambuco, Paraíba, Rio Grande do Sul, São Paulo, Amazonas e Bahia.

Ao fim do mês de outubro, o relator Geninho Zuliani ofereceu primeira versão de seu parecer, com projeto substitutivo, que viria a consolidar o texto do projeto n. 3.261/2019 — ao qual foram apensados os projetos n. 10.996, de 2018, n. 3.070, n. 3.189, n. 3.239, n. 3.343, n. 3.620, n. 3.770 e, em especial, o n. 4.162/2019 — apresentado pelo Poder Executivo durante a tramitação daquele originário do Senado, quando vários dispositivos foram incorporados

como prazo máximo aquele suficiente para garantir a amortização dos investimentos vinculados à universalização dos serviços, limitado a no máximo 30 (trinta) anos, obedecido o disposto no § 1º do art. 11 e no caput do art. 13.”

7 Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2207613>. Acesso em: 06 nov. 2020.

8 O contrato de concessão firmado em 2011 entre a BRK Ambiental e o município de Uruguaiana/RS trouxe uma evolução significativa para a cidade. Com a participação do prestador privado, o município atingiu a universalização dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário, apresentando 100% da população com abastecimento de água potável e 97% da cidade atendida com coleta e tratamento de esgoto. No início do contrato, Uruguaiana possuía apenas 7% de cobertura de rede de esgoto e 87% da população com abastecimento de água. Nota-se, portanto, expressiva ampliação dos serviços no município graças ao aporte de recursos privados no financiamento da infraestrutura de saneamento básico.

ao substitutivo, por convergirem sobremaneira com o anterior. O documento aponta as dificuldades enfrentadas nas últimas décadas no setor do saneamento e as estimativas da necessidade de investimentos da ordem de 22 bilhões para a universalização:

Estamos certos, portanto, de que a obtenção de novos recursos demanda maior participação da iniciativa privada, que hoje está presente em apenas 325 dos 5.570 municípios brasileiros. Para que isso aconteça, contudo, é essencial um novo marco legal do saneamento básico. O projeto de lei principal e a maioria dos projetos apensados objetivam exatamente isto: aprimorar as condições estruturais do saneamento básico no País, mediante alterações na legislação federal que impactam esse setor, principalmente na Lei nº 11.445/2007, que estabelece as diretrizes nacionais para o saneamento básico. E, nesse sentido, caminha também o substitutivo ora proposto.⁹

As principais alterações no projeto do Senado operadas por esse substitutivo podem ser assim resumidas: (i) condicionamento da possibilidade de prorrogação por cinco anos dos contratos de programa à comprovação de cobertura de 90% do serviço de abastecimento de água e de 60% do serviço de coleta e tratamento de esgoto na data da publicação da lei; (ii) na eventualidade de substituição dos contratos de programa por concessões de prestação regionalizada, acresce que a decisão de adesão deve ser tomada pela Câmara Municipal em casos de “interesse local” ou por estrutura de governança interfederativa em caso de “interesse comum” (região metropolitana, aglomeração ou microrregião); (iii) redução para seis meses do prazo para o estabelecimento dos blocos de referência de prestação regionalizada pelos Estados, ao fim do qual a União está autorizada a fazê-lo; (iv) inclusão de novas competências para as normas de regulação a serem estabelecidas pela ANA; (v) previsão de revisão a cada dez anos, no mínimo, dos Planos de Saneamento Básico; (vi) possibilidade de substituição dos planos municipais de saneamento por estudo de viabilidade técnica da prestação dos serviços.

9 BRASIL. **Diário da Câmara dos Deputados, 2 de novembro de 2019.** Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD0020191102001980000.PDF#page=321>, p. 330. Acesso em: 06 nov. 2020.

Houve apresentação de votos em separado pelos deputados Orlando Silva, Alice Portugal e Fernando Monteiro. Indicaram os seguintes pontos que obstariam a aprovação do projeto nos termos acolhidos pelo parecer do relator: (i) a violação da autonomia dos municípios (art. 18, CF), na condição de titulares do serviço, pois obrigaria, na prática, “o Município a aceitar que uma empresa privada assuma o lugar da companhia estadual”, além de condicionar o acesso a recursos federais à adesão às normas reguladoras a serem estabelecidas pela ANA; (ii) o desequilíbrio sem contrapartida do atual sistema de subsídios cruzados, ao não prever instrumentos suficientes de compensação da tendente tomada por prestadores privados apenas dos municípios rentáveis; (iii) a relativização do dever de participação social na elaboração dos planos municipais, ao facultar sua substituição por estudo técnico.

Votaram, a despeito disso, pela aprovação do substitutivo, com estas mudanças: (i) instituição de um Fundo Nacional de Saneamento Básico para complementação dos investimentos necessários à universalização; (ii) previsão pela reguladora da possibilidade de adoção de métodos alternativos e descentralizados para o atendimento em áreas rurais ou núcleos urbanos informais; (iii) possibilidade de manutenção da modalidade dos contratos de programa mediante condições, como estudos de viabilidade e de alternativas; (iv) exclusão dos conceitos de blocos de prestação passíveis de definição pela União, sob pena de violação da competência do art. 25, § 3º, Constituição Federal, reservando aos Municípios e Estados a definição das regiões metropolitanas, aglomerações e microrregiões.¹⁰

Contudo, rejeitou-se esse substitutivo, aprovando aquele oferecido pelo relator por duzentos e setenta e seis votos favoráveis a cento e vinte e quatro contrários. Tendo em vista a ampla incorporação do projeto do Executivo, foi remetido ao Senado em 19 de dezembro de 2019 — PL n. 4.162/2019-A.

Em relatório do senador Tasso Jereissati,¹¹ respondendo objeções trazidas ao longo das discussões parlamentares anteriores, manifestou-se que eventuais questões relativas à constitucionalidade

10 Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1824760&filename=Tramitacao-PL+3261/2019. Acesso em: 06 nov. 2020.

11 Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8122700&ts=1596663450281&disposition=inline>. Acesso em: 06 nov. 2020.

das alterações de competências de órgãos estariam redimidas pelo fato de o novo projeto ser de iniciativa do Poder Executivo, respeitando a competência legislativa da União Federal para “instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico” (art. 21, XX, CF).

No plenário, havia oitenta e seis propostas de emenda, lidando com tópicos como o aprimoramento das regras para desestatização das companhias estaduais, a prorrogação dos atuais contratos de programa, a atuação da ANA, a regionalização dos serviços e a participação social até questões ligadas ao licenciamento ambiental, à gestão de recursos hídricos e à regularização fundiária.

O parecer do relator Tasso Jereissati, no entanto, direcionou à rejeição global de todas, exceto poucos ajustes redacionais, por acreditar ser de extrema urgência a aprovação:

Muitas das emendas apresentadas em Plenário contribuiriam para aperfeiçoar o projeto, mas entendemos que o momento exige do Senado uma decisão definitiva sobre o assunto, e qualquer alteração de mérito postergaria por um tempo indefinido a aprovação do novo marco legal devido à necessidade de devolver a matéria à Câmara dos Deputados.¹²

Por acordo, retiraram-se ainda os destaques remanescentes, aprovando o projeto por sessenta e cinco votos favoráveis contra treze adversos, em sessão de 24 de junho de 2020. Processada a remessa ao Executivo, houve alguns vetos, operados pela mensagem n. 396 de 15 de julho de 2020. Resumimos aqueles que consideramos mais relevantes:

(i) Vetaram o § 12 adicionado ao art. 50 da Lei Federal n. 11.445/2007 e o § 1º do art. 54 da Lei Federal n. 12.305/2010, que previam a disponibilização de recursos federais e assistência técnica para a formação dos blocos de prestação regionalizada, sob a justificativa de que a previsão não apresentava estimativa do impacto orçamentário e financeiro, referindo-se aos arts. 113 do ADCT e 16 e 17 da LRF.

(ii) Vetou-se o art. 16 da Lei Federal n. 14.026/2020, que previa a possibilidade de renovação de contratos de programa vigentes, além do reconhecimento e da formalização de situações de prestação de serviços pelas companhias estaduais como tais,

¹² Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8125482&ts=1596663453360&disposition=inline>. Acesso em: 06 nov. 2020.

prorrogáveis pelo prazo máximo de trinta anos, mediante a justificativa de que “prolonga de forma demasiada a situação atual [...] além de limitar a livre iniciativa e a livre concorrência [...] em descompasso com os objetivos do Novo Marco Legal do Saneamento”.

(iii) Vetou-se o art. 21 da Lei Federal n. 14.026/2020, que previa competência do município para promoção de licenciamento ambiental dos empreendimentos e serviços de saneamento básico, pois estaria em descompasso com a Lei Complementar n. 140/2011, a qual já define o regime jurídico relativo às competências para licenciamento ambiental, em consonância com a reserva à lei complementar da matéria.

O processo de criação do *Novo Marco Legal do Saneamento* trouxe clareza a respeito de seus pontos principais, na medida em que os vetos não foram derrubados pelo Congresso Nacional: universalização, nacionalização da regulação por meio de normas de referência pela Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico (ANA)¹³, abertura do mercado — especialmente estimulada pela obrigatoriedade de conversão geral ao modelo da concessão, abolindo a figura do contrato de programa — e regionalização da prestação dos serviços de saneamento, pela condução relativamente forçada ao agrupamento de municípios em torno de regiões metropolitanas, aglomerações e microrregiões — unidades regionais instituídas pelos estados, ou mesmo de blocos de referência estabelecidos pela União:

Art. 3º [...]

VI – prestação regionalizada: modalidade de prestação integrada de um ou mais componentes dos serviços públicos de saneamento básico em determinada região cujo território abranja mais de um Município, podendo ser estruturada em:

a) região metropolitana, aglomerações urbanas ou microrregiões: unidade instituída pelos Estados, mediante lei complementar, de acordo com o § 3º do art. 25 da Constituição Federal, composta de agrupamento de Municípios limítrofes, instituída nos termos da Lei nº 13.089, de 12 de janeiro de 2015 (Estatuto da Metrópole);

b) unidade regional de saneamento básico: unidade instituída pelos Estados, mediante lei ordinária, constituída pelo agrupamento de Municípios não necessariamente

13 Trataremos deste ponto em detalhes em capítulo próprio.

limítrofes, para atender adequadamente às exigências de higiene e saúde pública, ou para dar viabilidade econômica e técnica aos Municípios menos favorecidos;

c) bloco de referência: agrupamento de Municípios não necessariamente limítrofes, estabelecido pela União nos termos do § 3º do art. 52 desta Lei e formalmente criado por meio de gestão associada voluntária dos titulares;

No texto resultante, a adesão municipal a esses mecanismos de prestação regionalizada é, para conservar sua autonomia federativa, facultativa (art. 3º, § 5º). Contudo, aqueles que adiram serão contemplados com a possibilidade de flexibilização dos prazos para universalização (art. 11-B, § 9º) e prioridade para obtenção de recursos federais (art. 50, VI, da Lei Federal n. 11.445/07 e art. 13, §§ 3º e 4º, da Lei n. 11.107/2005, alterados pelo *Novo Marco*).

Essa condução à regionalização buscava promover ganhos de escala e proteção de pequenos municípios (que individualmente não seriam rentáveis), bem como oferecer uma chance de conservação do mecanismo do subsídio cruzado (Lei n. 11.445/2007, art. 31, II e III). Com certeza, destaca-se esse ponto como um dos relevantes dentro do conceito desenvolvido pelo *Novo Marco Legal*.

Já existia, mesmo antes da aprovação da lei, o desenvolvimento de modelagens de prestação regionalizada. Algumas estruturadas pelo BNDES (nos estados do Alagoas e do Rio de Janeiro, e aquelas em estudo no Acre e no Amapá), na forma de convênios de cooperação celebrados entre estados e municípios, com a consequente concessão dos serviços para toda a região.

No âmbito estadual, por exemplo, já se estudava no Piauí, na região de Picos e Floriano, o estabelecimento de um modelo promissor, que se iniciaria por convênio entre dois municípios centrais e se colocaria permeável à adesão progressiva de outros municípios da região, conforme avaliações criteriosas de eficiência para aferir a viabilidade econômico-financeira a cada etapa de incorporação.

O Estado serviria sempre como mediador entre o balanço do interesse econômico do concessionário e o interesse público no subsídio aos municípios deficitários. Cabe, aqui, uma reflexão de Isadora Cohen, Marcela Altaie e Viviane Moura:

Arranjos criativos (mas perfeitamente legais, do ponto de vista jurídico) podem ser trazidos para a discussão que tem ganhado destaque com o Novo Marco. E isso porque, diante

dos incentivos gerados pela nova regulação para a regionalização, ferramentais que já vinham sendo testados podem ser utilizados como instrumentos ótimos de conjugação entre os interesses públicos e privados, a partir da maior participação da iniciativa privada na consecução dos fins públicos e da organização administrativa como medida precedente para a viabilização desses interessantes modelos de negócio. Assim, diante de mecanismos que são promissores (como o do Piauí e os estruturados pelo BNDES) e que podem ser ferramentais para viabilizar uma maior eficiência e evolução para o setor, talvez valha uma reflexão sobre até que ponto faz sentido se afastar ou barrar essas alternativas (que também se valem de arranjos com parceiros privados) e sobre como se dará o regime de transição para contemplar e não prejudicar o que já existe e pode funcionar.¹⁴

Além disso, o que foi destacado outras vezes ao longo desse trabalho, o *Novo Marco* exigiu que os contratos definam metas rígidas de universalização, impondo o prazo final de 31 de dezembro de 2033 (o que já foi superado):

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.

Essa exigência insere-se no espírito de promover metas no ato da contratação, o que, aparentemente, é positivo; porém, conforme veremos mais adiante, pode representar um problema para o desenho contratual, na medida em que o contrato fica mais rígido, caso seja necessário rediscutir o seu equilíbrio econômico-financeiro.

Nesse sentido, o art. 10-A do *Novo Marco* impõe, sob pena de nulidade, que os contratos de prestação de serviço de saneamento contenham expressamente “metas de expansão dos serviços, de

14 COHEN, Isadora; ALTALE, Marcela; MOURA, Viviane. Regionalização nos serviços de saneamento básico e novo marco regulatório do setor. In: **Jota**, 10 ago. 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/infra/regionalizacao-nos-servicos-de-saneamento-basico-e-novo-marco-regulatorio-do-setor-1008%E2%80%A6>. Acesso em: 06 nov. 2020.

redução de perdas na distribuição de água tratada, de qualidade na prestação dos serviços, de eficiência e de uso racional da água” etc.

O marco aposta na prestação regionalizada do serviço, garantindo a escala para tornar atrativo o investimento mesmo em regiões menos favorecidas. Prudentemente, estipulou um limite, até o dia 1º de janeiro de 2040, caso se comprove, quando da licitação, a impossibilidade econômico-financeira da universalização até 2033.

Não obstante esse cuidado legislativo, parece-nos ainda assim uma idealização exagerada. Dada a precariedade do nosso sistema de prestação de contas, há um déficit informacional bastante grande, revelando, no percurso, desequilíbrios contratuais, que também poderiam ser minimizados com metas coerentes com o estágio atual do serviço. Na verdade, por existir um déficit informacional, frequentemente, as correções não são feitas *ex ante*. Garantir segurança jurídica para os contratos, mas, ao mesmo tempo, torná-los flexíveis em razão das prováveis intercorrências derivadas da operação do sistema, por um prazo tão longo, é o ponto de equilíbrio a ser encontrado pelos reguladores.

Apenas para ilustrar, um número sempre controverso, quando não detectado nas visitas às operações, é o percentual de perdas físicas e/ou perdas econômicas. Quando a operação, depois da assinatura do contrato, demonstra que a situação era muito mais precária do que o inicialmente projetado, cria-se um argumento para eventual pedido de revisão quando for possível demonstrar que a surpresa ultrapassa o razoável. Para uma situação como essa, o ideal é que os riscos daí decorrentes estejam claramente alocados, garantindo transparência e segurança jurídica para o processo.

Devido a isso, será preciso estabelecer uma convivência harmônica entre a regulação contratual e a regulação econômica, com prevalência da primeira, para conferir ao setor mecanismos adequados para uma relação saudável entre as obrigações do operador e o equilíbrio econômico-financeiro do contrato. No caso específico das perdas físicas, espera-se que o uso intensivo de tecnologia facilitará a identificação dos locais de vazamentos de água. Na verdade, inteligência artificial e métodos não destrutivos na substituição e instalação de novas redes podem auxiliar na rápida detecção e solução do problema, garantindo melhor custo-benefício nessas intervenções (o exemplo da Cesan - Companhia Espírito-santense de

Saneamento e da Corsan/Aegea, iniciados em 2024) e aumentando a vida útil do sistema.

É de destacar-se uma tendência de aumento do papel da União Federal na organização dos sistemas de prestação de serviços de saneamento básico, considerando a função desempenhada pela ANA (ver o Capítulo VII), a criação do Comitê Interministerial de Saneamento Básico (Cisb)¹⁵ e as já aludidas condicionalidades instituídas para assegurar-se apoio federal (Decreto Federal n. 11.599/2023, arts. 7º, 8º e 9º).

Esse modelo pode vir a ter bons resultados, oferecendo um ambiente mais propício à cooperação inter-regional, com uma coordenação centralizada e atenta às deficiências de regiões periféricas, além de dar maior previsibilidade para a recepção de investimentos ao fixar metas, condutas e regras de regulação dos contratos.

1.2 Julgamento das ADIs n. 6.356, 6.492, 6.583 e 6.882

Após a aprovação do *Novo Marco*, a constitucionalidade desse arcabouço legal foi questionada em sede das ADIs n. 6.492, 6.356, 6.583 e 6.882. A ADI n. 6.536/DF foi considerada a principal impugnação jurídica à legislação, em razão de sua força política, proposta pelos partidos PSOL, PCdoB, PT e PSB, arguindo, em resumo: (i) a inconstitucionalidade da atribuição à ANA da elaboração do Plano Nacional de Saneamento; (ii) a violação da competência originária municipal pela coercitividade prática da adesão às normas de referência nacionais, condicionalidade para acesso a financiamento da União; (iii) a inconstitucionalidade da possibilidade de instituição de blocos de referência pela União Federal, na inércia estadual para a articulação de gestão associada; (iv) a distribuição inconstitucional de competências federativas e responsabilidades dos entes federativos; (v) a inconstitucionalidade da substituição dos contratos de programa por contratos de concessão, por fazer prevalecer o interesse privado sobre o público, com riscos à dignidade humana, ao combate à pobreza e à proteção ambiental; (vi) a inviabilização

15 "Art. 53-A Fica criado o Comitê Interministerial de Saneamento Básico (Cisb), colegiado que, sob a presidência do Ministério do Desenvolvimento Regional, tem a finalidade de assegurar a implementação da política federal de saneamento básico e de articular a atuação dos órgãos e das entidades federais na alocação de recursos financeiros em ações de saneamento básico. Parágrafo único. A composição do Cisb será definida em ato do Poder Executivo federal."

do sistema de subsídio cruzado por conta da provável privatização seletiva dos serviços de municípios mais rentáveis; (vii) a ofensa ao princípio da reserva legal pela possibilidade de subdelegação total dos contratos de programa ou concessão por meio de previsão contratual ou autorização do titular. Pleiteiam, além disso, a declaração de inconstitucionalidade da integralidade da Lei Federal n. 14.026/2020.

A Advocacia Geral da União, à época, manifestou-se nos autos da ADI n. 6.536. Em síntese, alegou que a Constituição Federal não demanda um meio específico para garantir a universalização do sistema de saneamento, não exigindo um modelo de prestação exclusivamente pública de serviços de saneamento. Portanto, seria matéria de discricionariedade legislativa determinar o modelo a ser adotado, no caso, a abertura a um modelo privado para o qual o *Novo Marco* aponta. Esse promete trazer mais eficiência para o setor através de metas de universalização, da transparência com exigência de licitações e da uniformização da regulação. Argumentou, ainda, que, na prestação privada de serviços públicos mediante concessão não se deixa de exigir modicidade tarifária, que é um requisito legal nos contratos de concessão, e que o subsídio cruzado ou direto não foi extinto pela nova lei, mas direcionado à população de baixa renda.

Quanto às questões ligadas ao poder de editar normas de referência para o setor de saneamento pela ANA, não há interferência na autonomia dos municípios, na medida em que, segundo o art. 21 da Constituição, compete privativamente à União instituir diretrizes para o saneamento básico. Defendeu, a AGU, que as normas de referência da ANA não são vinculantes para os estados e municípios, mas apenas incentivos à padronização. O fato de a obediência às normas de referência da ANA ser requisito para o acesso a recursos da União não configuraria, portanto, um caráter coercitivo dessas normas, mas, antes, um critério de eficiência na distribuição de recursos federais.

Ato contínuo, o Supremo Tribunal Federal, por maioria, reconheceu a constitucionalidade do *Novo Marco Regulatório*, tendo-se, como referência, o voto do Ministro Relator Luiz Fux. Para resumir, o mérito do voto do Relator foi dividido em duas partes: (i) na primeira, ele desenvolve premissas teóricas que balizaram o seu entendimento; (ii) na segunda parte, por sua vez, enfrenta os questionamentos específicos sobre a constitucionalidade da norma.

O que o Relator Ministro Luiz Fux chamou de “*premissas teóricas*” para o desenvolvimento do voto foram as seguintes:

1) moldura constitucional: as competências constitucionais que envolvem o setor do saneamento básico, e, portanto, o seu *Novo Marco Regulatório*, extrapolam a noção de competência exclusiva dos Municípios de planejamento dos serviços públicos no caso de preponderância do interesse local (art. 30, inciso V da CF/88). A Lei Federal n. 14.026/2020 é reflexo também da competência da União Federal de: instituir diretrizes para saneamento básico (art. 21, inciso XX da CF/88) e de legislar sobre normas gerais de licitação e contratação (art. 22, inciso XXVII). Na mesma linha, a lei teria o objetivo de melhorar as condições de saneamento básico, competência compartilhada entre todos os entes federativos (art. 23, inciso IX da CF/88). Além disso, pela importância das ações de saneamento básico para a saúde pública, as políticas públicas de saneamento básico devem ser pautadas pela estrutura regionalizada e hierarquizada do Sistema Único de Saúde (art. 198, inciso e art. 200, inciso IV, ambos da CF/88), na lógica do federalismo de cooperação. Assim, o universo de competências constitucionais relacionadas ao setor de saneamento básico possibilita a participação de todos os entes federativos no seu planejamento e na sua execução, o que, inclusive, fundamenta a existência de arranjos interfederativos no setor, tais como os convênios de cooperação e os consórcios públicos (art. 241 da CF/88);

2) atributos econômicos: o saneamento básico tem como diretriz máxima a universalização dos serviços; ou seja, tem, como finalidade, a maior cobertura possível de disponibilização de infraestrutura. Os serviços públicos de saneamento, por sua vez, têm como atributos econômicos a prevalência de custos fixos e a especificidade dos ativos, fatores que condicionam a formação de um monopólio natural. O monopólio natural se explica também pelos altos custos no planejamento e na execução das políticas públicas. Todas essas características impõem a realidade de que a prestação de serviços públicos de saneamento — abastecimento de água, coleta e tratamento de esgoto, limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos e drenagem urbana e manejo de águas pluviais — necessita de instalações de infraestrutura sofisticadas e que apresentem “*grandeza considerável*” — o que temos chamado ao longo deste livro de “*escala econômico-financeira*”. O impacto dessas condições

leva à natural concentração do mercado disponível em poucos agentes econômicos pela menor disponibilidade de prestadores potencialmente interessados;

3) realidade brasileira na execução dos serviços: até a promulgação da Lei Federal n. 14.026/2020, o modelo de prestação dos serviços públicos de saneamento básico ainda era o herdado do Planasa — como exaustivamente discorrido ao longo dos capítulos anteriores —, qual seja, o de amplo domínio da infraestrutura por empresas estatais, as companhias estaduais de saneamento básico, por meio de arranjos interfederativos entre Estados-membros e Municípios — os convênios de cooperação ou os consórcios públicos; e

4) objetivos setoriais do *Novo Marco Regulatório do Saneamento Básico*: resumiu-se os objetivos setoriais em três: (i) a obtenção de máxima eficiência na prestação dos serviços por meio de um novo regime de contratação pública, qual seja, a da preferência pelo modelo da concessão, enquanto indutor de concorrência para a obtenção do mercado na oportunidade da licitação — o que também pode ser chamado de “*regulação pela competição*”; (ii) instituição de metas de cobertura de atendimento, sendo elas de 99% para distribuição de água e de 90% para coleta e tratamento de esgotamento sanitário; e (iii) a regionalização dos serviços enquanto instrumento de sustentabilidade econômico financeira.

Partindo-se para o enfrentamento dos questionamentos de constitucionalidade, o Ministro Relator dividiu os temas em quatro tópicos:

1) constitucionalidade dos instrumentos de regionalização: sustenta-se como equivocada a interpretação restritiva à autorização constitucional para a formação de agrupamentos interfederativos com a finalidade de organização, planejamento e execução de serviços públicos aos instrumentos da aglomeração urbana, microrregião e região metropolitana, como suscitado pelas ADIs. Entende-se que a escolha do legislador pela instituição das unidades regionais e dos blocos de referência é válida, porque se diferem das supracitadas estruturas de regionalização, uma vez que limita-se a viabilizar a execução dos serviços e a democratizar o planejamento por meio de uma deliberação interfederativa, sem retirar a competência municipal para a organização dos serviços. A ideia central é de viabilizar economicamente a operação, desenhando-se

estruturas que apresentem sustentabilidade e modicidade tarifária mediante organização do Estado-membro, que possui condições de realizar um desenho que agrupe Municípios superavitários e deficitários;

2) constitucionalidade da vedação ao contrato de programa: primeiramente, destaca-se que o modelo de prevalência dos contratos de programa tem mostrado defasagem na prestação dos serviços, sobretudo pela baixa evolução nos indicadores de acesso aos serviços e ineficiência na utilização de recursos. Cita-se a baixa competitividade, induzida pelo próprio contrato de programa (celebrado sem licitação), como o principal fator para essa realidade. Logo, as razões para a vedação ao contrato de programa são legítimas escolhas do legislador, que vislumbra, no modelo da concessão, um mecanismo para superar a ineficiência operacional do setor. Em relação ao tema, o Ministro Relator salienta outros três aspectos: (i) os consórcios municipais não estão totalmente vedados, pois o *Novo Marco Regulatório* permite a formação de autarquias intermunicipais para a prestação dos serviços; (ii) as companhias estaduais não estão excluídas do mercado, tendo em vista que podem participar dos procedimentos licitatórios para transferência do direito de exploração dos serviços em determinada localidade — inclusive naquela em que anteriormente operava a título precário; e (iii) os custos de transação para a celebração de contratos de concessão podem ser divididos entre Municípios por meio de dois novos arranjos interfederativos, quais sejam, a unidade regional e o bloco de referência;

3) constitucionalidade da competência da Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico: em resposta à alegada interferência na titularidade municipal ou regional pela competência da ANA para a redação de normas de referência, o Ministro Relator entende que a função regulatória da agência nacional é constitucional, enquanto mecanismo de *compliance* (conformidade) regulatório e pressuposto para a transferência de recursos da União Federal a uma operação específica. Inclusive, pontua-se que o condicionamento de transferência de recursos ao cumprimento de determinadas obrigações sequer precisa ser disciplinado em lei, poderia, inclusive, ser pactuada em contrato. Na mesma linha, refere que eventual alegação de incompatibilidade das plataformas regulatórias nacional e infranacional não prospera, uma vez que o *Novo*

Marco Legal desenha um ambiente de articulação regulatória entre entidades reguladoras infranacionais e a ANA.

4) constitucionalidade do regime de transição entre modalidades de prestação dos serviços: o Ministro Relator afirma que o *Novo Marco Legal* adotou a estratégia de convalidação de negócios jurídicos existentes, por meio: (i) da fixação de prazo para a internalização das metas de universalização pelos contratos de programa; (ii) da continuidade dos contratos de programa até o termo final pactuado; e (iii) da continuidade da atividade empresarial das companhias estaduais por meio de sua privatização. A preferência pelo modelo da privatização, em seu entendimento, é uma escolha política legítima do legislador, que visa a “garantir a paridade de armas entre os *players* interessados no certame”.

Essas foram as principais conclusões do voto vencedor do julgamento em conjunto das ADIs 6.492, 6.356, 6.583 e 6.882, que julgou improcedente os pedidos formulados nas ações diretas, vencidos parcialmente os Ministros Edson Fachin, Rosa Weber e Ricardo Lewandowski.

Após o julgamento das ADIs, afastadas as principais inseguranças jurídicas suscitadas a respeito da constitucionalidade do *Novo Marco Regulatório* do Saneamento Básico, o setor passa por um período de maturação de suas regras em face das iniciativas de estudos e projetos de regionalização, celebração de contratos e internalização de novos padrões regulatórios inaugurados pelas normas de referência da ANA. Todavia, discussões sobre os aspectos que demandam regulamentação do Poder Executivo Federal continuaram, sobretudo com a alteração dos decretos federais a respeito dos temas da comprovação da capacidade econômico-financeiras dos operadores de serviço, a regionalização dos serviços e o apoio técnico e financeiro da União Federal¹⁶.

16 Para permitir uma visão mais clara do cenário atual, em 2022 a ANA divulgou o resultado da análise de comprovação da capacidade econômico-financeiro dos prestadores de serviço: “[...] acerca dos prestadores de serviços configurados como Companhias Estaduais de Saneamento, 16 (dezesseis) entregaram toda a documentação, a saber: Sabesp (SP); Embasa (BA); Cagece (CE); Cesan (ES); Saneago (GO); Copasa e Copanor (MG); Sanesul (MS); Cagepa (PB); Compesa (PE); Sanepar (PA); Caern (RN); Caerd (RO); Corsan (RS); Casan (SC); e Deso (SE). Outras 6 (seis) empresas não apresentaram documentação, sendo: Sanacre (AC), Cosama (AM); Caema (MA); Cosanpa (PA); Agespisa (PI) e Caer (RR)”. MARANHÃO, Pedro. Maior Programa Ambiental do Mundo: o Novo Marco Legal do Saneamento Básico, seus desafios e benefícios esperados. In: ZULIANI, G; DAL POZZO, A. **Saneamento Básico: Uma Lei e um Marco**. Belo Horizonte: Fórum, 2023, p. 252.

1.3 Redação do Decreto Federal n. 11.598/2023 e do Decreto Federal n. 11.599/2023

Após a transição do Governo Federal anterior (2019-2022) para o atual (2023-2026), houve intensas discussões na alta administração federal, conduzidas pelo Ministério da Casa Civil e pelo Ministério das Cidades, com os setores da sociedade interessados (companhias estaduais, concessionárias de serviço, associações, usuários e sociedade civil em geral) para a revisão dos regulamentos editados pelo Presidente do Executivo Federal anterior — o Decreto Federal n. 10.710/2021 (comprovação da capacidade econômico-financeira) e o Decreto Federal n. 10.588/2020 (apoio técnico e financeira da União Federal, prestação regionalizada dos serviços e alocação de recursos públicos federais). Pontua-se que essa ideia já era defendida por alguns atores políticos na equipe de transição do novo Governo Federal¹⁷.

A alta administração federal, após ouvir os argumentos de associações ligadas às companhias estaduais e entidades sindicais de servidores e de empregados públicos do setor, reverberou algumas das pautas defendidas por eles, especialmente duas: (i) a flexibilização do procedimento de comprovação da capacidade econômico-financeira, disposto no Decreto Federal n. 10.710/2021, permitindo-se a eventual regularização de prestações irregulares; e (ii) a regulamentação da equiparação da operação de serviços por companhias estaduais em estruturas de regionalização de interesse comum (aglomeração urbana, microrregião e região metropolitana) à prestação direta, de modo a dispensar procedimento licitatório. Assim, idealizou-se uma alternativa para a continuidade da prestação de serviços pelas companhias estaduais, especialmente para aquelas que não tinham sido aprovadas no processo de comprovação da capacidade econômico-financeira e que não apresentavam perspectivas de competição no mercado do saneamento

17 "O grupo de Cidades na transição propôs que o governo eleito de Luiz Inácio Lula da Silva (PT) revogue os decretos que regulamentam o novo marco legal do saneamento e sugeriu que a futura administração retome a possibilidade de estatais de saneamento fecharem contratos sem licitação com municípios - a vedação a esse instrumento é um dos principais pilares da lei em vigor desde 2020". PROPOSTA da equipe de transição desfigura lei do saneamento, entenda o que está em jogo. **Terra Notícias**. Online, 15 dez. 2022. Disponível em: https://www.terra.com.br/economia/proposta-da-equipe-de-transicao-desfigura-lei-do-saneamento-entenda-o-que-esta-em-jogo,6b6a936597f4ec757c3880f1a5208c88u5ulf27m.html?utm_source=clipboard. Acesso em: 26 set. 2023.



básico. Como contrapartida aos setores ligados às concessionárias de serviço público, desenhou-se a retirada da limitação de 25% de subdelegação para contratos de parceria público-privada, na lógica de criar estímulos para o desenvolvimento de PPPs, ancoradas em prestações diretas por companhias estaduais.

Em momento oportuno, os temas jurídicos discutidos na regulamentação da Lei Federal n. 14.026/2020, especificamente pelos Decretos Federais n. 11.598/2023 e n. 11.599/2023, serão abordados por este livro. Por ora, registra-se a crítica ao movimento do Poder Executivo Federal de enfraquecer um dos pilares do *Novo Marco Regulatório do Saneamento Básico*: o estímulo à competição para obtenção do mercado, ao desenhar alternativas para que companhias estaduais continuassem operando à margem de qualquer formato de disputa.

Em síntese, a tentativa do Governo Federal foi de costurar um acordo que, ao mesmo tempo: (i) atribuisse viabilidade jurídica à operação sem licitação pelas companhias estaduais, seja pela regularização de situações precárias, seja pela operação direta das companhias estaduais em estruturas de regionalização de interesse comum; e (ii) criasse um espaço de atuação para as concessionárias de serviço público por dentro dessas operações das companhias estaduais equiparadas a prestações diretas. O produto de tal movimento foi a redação do Decreto Federal n. 11.466/2023, Ato do Poder Executivo Federal que regulamentou o procedimento de comprovação da capacidade econômico-financeira dos prestadores de serviços públicos de abastecimento de água potável ou de esgotamento sanitário, e do Decreto Federal n. 11.467/2023, Ato do Poder Executivo Federal que regulamentou a prestação regionalizada, o apoio técnico e financeiro da União Federal e a alocação de recursos públicos federais. Ambos os decretos foram mal-recebidos pelos atores do setor de saneamento básico¹⁸, bem como pela Câmara dos Deputados.

O motivo especial foram os §§ 13º e 17º do art. 6º do Decreto Federal n. 11.467/2023, que possibilitavam a operação de prestadores públicos não integrantes da administração do titular do serviço sem prévia licitação, bem como os §§ 1º, 2º e 3º do art. 1º do

18 DECRETOS de saneamento podem gerar atrasos e afastar novos investidores, **Valor Econômico**, Online, 13 abr. 2023. Disponível em: <https://valor.globo.com/empresas/noticia/2023/04/13/decretos-de-saneamento-podem-gerar-atrasos-e-afastar-novos-investimentos.ghtml>. Acesso em: 26 set. 2023.

Decreto Federal n. 11.466/2023¹⁹, que viabilizavam a inclusão de relações irregulares no processo de comprovação da capacidade econômico-financeira, como forma de regularizar a prestação dos serviços públicos.

Como resposta, a Câmara dos Deputados aprovou o Projeto de Decreto Legislativo (PDL) n. 98/2023, que sustou: (i) os §§ 1º, 2º e 3º do art. 1º e o art. 10 do Decreto Federal n. 11.466/2023, para impedir a possibilidade de regularização de relações jurídicas irregulares por meio do procedimento de comprovação da capacidade econômico-financeira; e (ii) os §§ 13º e 16º do art. 6º do Decreto Federal n. 11.467/2023, para vedar a possibilidade de operação de prestadores públicos não integrantes da administração do titular do serviço sem prévia licitação. Após o trâmite do PDL n. 98/2023 para o Senado Federal, o Governo Federal decidiu pela redação de novos atos regulamentadores, o Decreto Federal n. 11.598/2023 (procedimento de comprovação da capacidade econômico-financeira) e o Decreto Federal n. 11.599/2023 (apoio técnico e financeiro da União Federal e prestação regionalizada dos serviços), revogando os anteriores, como forma de pacificar a divergência instaurada entre os poderes executivo e legislativo a respeito da matéria.

A regulamentação da Lei Federal n. 11.445/2007, portanto, vivenciou um período de acomodação à visão político-administrativa do atual Governo Federal, após as limitações impostas pelo Poder Legislativo. O produto da divergência entre o Poder Executivo Federal e o Poder Legislativo foi o entendimento sobre a extensão da

19 Art. 1º Este Decreto regulamenta o art. 10-B da Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007, para estabelecer a metodologia para comprovação da capacidade econômico-financeira dos prestadores de serviços públicos de abastecimento de água potável ou de esgotamento sanitário que detenham contratos em vigor, com vistas a viabilizar o cumprimento das metas de universalização. § 1º Devem comprovar capacidade econômico-financeira os prestadores de serviço que o explorem por meio de contratos de programa ou de concessão, ou instrumentos congêneres. § 2º O prestador poderá incluir no processo de comprovação da capacidade econômico-financeira eventuais situações de prestação dos serviços, por meio de contratos provisórios não formalizados, ou de contratos, instrumentos ou relações irregulares ou de natureza precária, hipóteses em que a prestação deverá ser regularizada junto ao titular ou à estrutura de prestação regionalizada, até 31 de dezembro de 2025, e a regularização estará condicionada à efetiva comprovação da capacidade econômico-financeira do prestador. § 3º Na hipótese do disposto no § 2º, a vigência do instrumento a ser celebrado para regularização da prestação do serviço não poderá ultrapassar o prazo máximo previsto para atingimento das metas de universalização a serem inseridas no referido instrumento, observado o prazo limite estabelecido no art. 11-B da Lei n. 11.445, de 2007.

eficácia do art. 10 da Lei Federal n. 11.445/2007 em relação a dois tópicos: (i) o tratamento conferido a prestações irregulares; e (ii) a prestação direta, por companhias estaduais, em microrregiões, regiões metropolitanas e aglomerações urbanas sem prévia licitação.

No ponto, a sinalização do Congresso Nacional (Câmara dos Deputados e Senado Federal) foi de que a prestações irregulares não poderiam ser regularizadas por meio do procedimento de comprovação da capacidade econômico-financeira e que companhias estaduais não poderiam operar em microrregiões, regiões metropolitanas e aglomerações urbanas sem prévia licitação.

Diante dos acontecimentos acima narrados, após a identificação das divergências políticas existentes em relação ao Decreto Federal n. 11.466/2023 e ao Decreto Federal n. 11.467/2023, a alta administração federal decidiu pela realização de acordos, que envolveram a revogação dos regulamentos e a redação de novos. Anota-se que o Governo Federal poderia ter insistido na defesa dos primeiros decretos federais e, por conseguinte, ter mantido a desestabilização jurídica do setor. Em sentido oposto, a redação do Decreto Federal n. 11.598/2023 e do Decreto Federal n. 11.599/2023 expressa o acordo mais recente entre o Poder Executivo Federal e Poder Legislativo Federal sobre a regulamentação da Lei Federal n. 11.445/2007, com a finalidade de atender à sinalização do Congresso Nacional.

1.4 Principais Instrumentos Normativos do Setor

A título de conclusão desse subcapítulo, organizamos abaixo um quadro que visa resumir o panorama até aqui fornecido dos principais pontos de organização institucional de um sistema de serviços de saneamento básico no Brasil:

PERÍODO	INSTITUIÇÕES E INSTRUMENTOS NORMATIVOS	CARACTERÍSTICAS
Século XVIII	Serviços esparsos, exceto alguns chafarizes públicos, como no Rio de Janeiro (1723), em Ouro Preto (1720), em São Paulo (1744) e em Porto Alegre (1779).	Ausência de política pública sanitária de amplo escopo.

1808-1893	Diretoria-Geral de Saúde Pública, Comissão Central de Engenharia, Junta de Higiene Pública, concessões privadas locais de esgoto no Rio de Janeiro (1862), em Porto Alegre (1861), no Ceará (1867) e no Recife (1873), e públicas em São Paulo (1892).	Projetos sanitaristas localizados em algumas capitais e sistemas privados de prestação dos serviços.
1891-1934	Constituição Federal de 1891.	Encampação dos serviços de saneamento pelos municípios.
1940-1946	Departamento Nacional de Obras e Saneamento (DNOS). Decreto-Lei n. 8.847/1946.	Prestação direta dos municípios. Atribuição ao DNOS de ações de saneamento, atividades emergenciais apenas.
1952-1962	Plano Nacional de Financiamento para Abastecimento de Água. Serviço Especial de Saúde Pública.	Transição para autarquias municipais.
1964-1968	Departamento Nacional de Obras e Saneamento. FISANE/BNH, BID, companhias estaduais.	Transição da gestão dos serviços para autarquias e empresas de economia mista estaduais.
1968-1970	Sistema Financeiro de Saneamento (SFS), administrado pelo Banco Nacional da Habitação (BNH).	Direcionamento das companhias estaduais à concentração dos serviços e administração empresarial.
1970-1990	Decreto-Lei n. 949/1969 — Plano Nacional de Saneamento (Planasa). Lei n. 6.938/1981 (Política Nacional de Meio Ambiente)	Padronização do modelo das companhias estaduais, consolidação do mecanismo de subsídio cruzado. Surgimento de uma política voltada objetivamente para a proteção do meio ambiente, com a conscientização da possibilidade de associação do desenvolvimento econômico à preservação ambiental.

1993-2007	Projeto de Modernização do Setor de Saneamento (PMSS). Plano Nacional de Desestatização (Lei n. 9.491/97). Lei n. 8.987/95 (Concessões). Resoluções CONAMA relativas à logística reversa – 257/1999; 258/1999; 307/2002; 313/2002/358/2005; 356/2005; 401/2008	Orientação à transição do público para o privado, por contratos de concessão. Desenvolvimento esparsos de normativas voltadas para o tema de resíduos sólidos, em especial da perspectiva da logística reversa.
2007-2018	Lei n. 11.107/05 (Contratos de Programa). Lei n. 11.445/07 (Marco Regulatório do Saneamento). Plano Nacional de Saneamento Básico (2013). Lei n. 12.305/2010 – Política Nacional de Resíduos Sólidos.	Titularidade municipal para planejamento, regulação, fiscalização e prestação; revitalização e financiamento das companhias públicas estaduais e organização do sistema dos contratos de programa; movimento de planejamento público de alcance nacional e regionalizado. Surgimento de um marco legislativo voltado especificamente para o tema dos resíduos sólidos, com metas, diretrizes, objetivos, prazos e planejamento.
2018	Medida Provisória n. 844/2018. Medida Provisória n. 868/2018.	Concentração da regulação de referência a nível nacional na Agência Nacional de Águas, direcionamento à atração de investimento privado, abolição dos contratos de programa.

2019/2022	Lei n. 14.026/2020 (Novo Marco Legal do Saneamento). Decreto Federal n. 10.588/2020. Decreto Federal n. 10.710/2021. Plano Nacional de Resíduos Sólidos (2022).	Abertura do mercado, novas metas de universalização, prestação regionalizada vinculante (condicionalidade para financiamento federal), vedação de novos contratos de programa, obrigatoriedade de licitação, expansão da competência da Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico.
2023	Decreto Federal n. 11.598/2023. Decreto Federal n. 11.599/2023	Flexibilização do procedimento de comprovação da capacidade econômico-financeira, novas regras para regionalização dos serviços, regulamentação das relações de interdependência e da transição entre um modelo de prestação irregular para um regular, regras de conformidade para apoio financeiro da União Federal.

2. Modelos de Prestação dos Serviços

Como referido ao longo deste trabalho, a Lei Federal n. 14.026/2020 tem como uma de suas diretrizes basilares a busca pelo reforço da participação privada na prestação dos serviços de saneamento básico, consubstanciada, principalmente, pela regra do art. 10 da Lei n. 11.445/2007, segundo a qual a prestação de serviços públicos no setor por operador não integrante da administração do titular estará condicionada à celebração de contrato de concessão, com prévio procedimento licitatório. Veja-se:

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)

Nessa esteira, o art. 2º do Decreto Federal n. 11.599/2023²⁰ define as formas de prestação dos serviços públicos de saneamento básico admitidas, as quais estão classificadas, de forma simplificada, entre: (i) prestação direta; e (ii) prestação indireta. Trata-se da regra constitucional do art. 175 da Constituição Federal, segundo a qual *“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”*.

O ponto central da regulamentação das formas de prestação decorre do art. 10 da Lei Federal n. 11.445/2007, que veda a formalização de novos contratos de programa e instrumentos congêneres, todos considerados precários: insuficientes para a regulação da prestação dos serviços, especialmente no contexto do novo ciclo de investimentos inaugurado pelas alterações propostas pela Lei n. 14.026/2020. Isso porque a regra tem como consequência o rompimento com o modelo até então vigente, de acordos interfederativos — convênios de cooperação e consórcios públicos, na forma do art. 241 da CF/88²¹ — conjugados com um contrato de programa, com base no art. 13 da Lei n. 11.107/2005²², justamente os instrumentos jurídicos que permitiram o predomínio da operação pública no setor, por meio das companhias estaduais, especial-

20 “Art. 2º O titular poderá prestar os serviços públicos de saneamento básico: I - diretamente, por meio de órgão de sua administração direta, ou por autarquia, empresa pública ou sociedade de economia mista que integre a sua administração indireta; ou II - indiretamente, por meio de concessão, em quaisquer das modalidades admitidas, mediante prévia licitação, conforme o disposto no art. 10 da Lei nº 11.445, de 2007, vedada a sua disciplina mediante contrato de programa, convênio, termo de parceria ou outros instrumentos de natureza precária”.

21 “Art. 241. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de lei os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)”

22 “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.”

mente quando se relaciona o tema aos serviços de abastecimento de água e de coleta e tratamento de esgoto.

Assim, foi preciso definir a extensão da eficácia da regra do art. 10 da Lei Federal n. 11.445/2007, objeto das principais controvérsias ao *Novo Marco Regulatório do Saneamento Básico*. Esse é o intuito do Decreto Federal n. 11.599/2023, que regulamenta, entre outros, os seguintes temas: (a) a extensão da prestação direta, em contraposição ao Decreto Federal n. 11.467/2023; (b) a prestação indireta enquanto regime de concessão (Lei Federal n. 8.987/1995 e Lei Federal n. 11.079/2004); e (c) a execução indireta de atividades de saneamento básico.

2.1 Prestação Direta

O art. 2º, inciso I do Decreto Federal n. 11.599/2023²³ destaca que o titular do serviço pode prestar diretamente os serviços públicos de saneamento básico por meio de órgão da administração direta (art. 4º, inciso I do Decreto-Lei n. 200/1967²⁴) ou por autarquia, empresa pública ou sociedade de economia que integre a administração indireta (art. 4º, inciso II do Decreto-Lei n. 200/1967²⁵) do próprio titular do serviço.

No conceito de prestação direta, há uma lista de formas de prestação, seja centralizada²⁶ (*régie* direta e *régie* indireta/desconcentração), seja descentralizada²⁷. Na prestação de serviços de

23 "Art. 2º O titular poderá prestar os serviços públicos de saneamento básico: I - diretamente, por meio de órgão de sua administração direta, ou por autarquia, empresa pública ou sociedade de economia mista que integre a sua administração indireta;"

24 "Art. 4º A Administração Federal compreende: I - A Administração Direta, que se constitui dos serviços integrados na estrutura administrativa da Presidência da República e dos Ministérios."

25 "Art. 4º [...] II - A Administração Indireta, que compreende as seguintes categorias de entidades, dotadas de personalidade jurídica própria: a) Autarquias; b) Empresas Públicas; c) Sociedades de Economia Mista. d) fundações públicas."

26 "Por essa forma, os entes da federação prestam os serviços públicos por seus próprios órgãos, ou seja, por usa Administração Direta, cumulando as posições de titular e de prestador do serviço. Será o próprio ente da federação titular da atividade que a prestará. ARAGÃO, Alexandre Santos. **Direito dos Serviços Públicos**. 4ª Ed. Belo Horizonte, Fórum, 2017, p. 422.

27 Segundo Maria Sylvia Zanella di Pietro, a descentralização administrativa "é a distribuição de competências de uma para outra pessoa, física ou jurídica" e "ocorre quando as atribuições que os entes descentralizados exercem só têm valor jurídico que lhes empresta o ente central; suas atribuições não decorrem, com força

forma direta e descentralizada, inclui-se as prestações por (i) outorga²⁸ — autarquias públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista —; ou (ii) delegação²⁹ — autogestão por usuários, convênios executados por organizações da sociedade civil (OSCs) e gestão associada.

Enquanto produtos do Plano Nacional de Saneamento (Planasa), as operações no setor de saneamento básico foram protagonizadas pelas companhias estaduais³⁰, tendo-se como principal objetivo a ampliação de cobertura da infraestrutura — construção e expansão dos sistemas, especialmente de abastecimento de água. O modelo do Planasa, a composição entre municípios e o respectivo Estado-membro, reitera-se, passaram a ser sustentados juridicamente pelo instituto da gestão associada, que foi disposto no art. 241 da Constituição Federal de 1988, *in verbis*:

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

própria, da Constituição, mas do Poder Central". DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 28ª Ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 516.

- 28 "Há outorga quando a transferência se dá por lei a entidade criada por determinado ente federativo e integrante da sua Administração Indireta, seja ela autarquia, fundação pública, empresa pública ou sociedade de economia mista". ARAGÃO, Alexandre Santos. **Direito dos Serviços Públicos**. 4ª Ed. Belo Horizonte, Fórum, 2017, 422-423.
- 29 "Já pela delegação, o Estado transfere por contrato (concessão) ou ato administrativo (permissão ou autorização) a execução de serviço a particular sob as condições regulamentares e controle do Estado". Ibidem, p. 423.
- 30 "Acompanhando a mesma tendência verificada em outros países, ocorreu no direito brasileiro outro fenômeno: voltou-se a utilizar o instituto da concessão, não para delegar o serviço a particular, mas a empresas estatais sob controle acionário do poder público. A vantagem está no fato de que o Estado mantém, como na forma originária de concessão, seu poder de controle sobre o concessionário, inclusive na fixação de preços; por outro lado, todos os riscos do empreendimento ficam por conta do concedente (e não mais do concessionário), já que ele é o acionista majoritário da empresa. Perde-se, com esse procedimento, a grande vantagem da concessão que constitui a própria justificativa para o seu surgimento: a de prestar serviços públicos sem necessitar investir grandes capitais do Estado. a. Em alguns casos, o serviço público foi atribuído a um ente da Federação e delegado a empresa estatal sob controle acionário de outro ente; foi o caso dos serviços de energia elétrica, de navegação aérea, de telecomunicações, concedidos a empresas sob o controle acionário do Estado (Em São Paulo, a Cesp, Eletropaulo, Vasp, Telesp etc.); foi o caso também dos serviços de saneamento atribuídos a Municípios e concedidos a empresas estatais sob controle acionário do Estado (em São Paulo, a Sabesp)". DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**. 12ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2019, p. 65-66.

a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998).

Nessa esteira, a gestão associada para a prestação dos serviços públicos de saneamento básico foi formalizada por consórcios públicos, convênios de cooperação, acordos de cooperação, termos de cooperação, entre outros instrumentos congêneres para transferir a prestação às companhias estaduais, antes mesmo da regulamentação do dispositivo constitucional.

Especificamente, a Lei Federal n. 11.107/2005 (Lei dos Consórcios Públicos) disciplinou o art. 241 da CF/88 e regulamentou a gestão associada interfederativa (entre município e respectivo Estado-membro) para prestação de serviços públicos no seu art. 13, por intermédio do “Contrato de Programa”:

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.

Portanto, a gestão associada interfederativa (art. 241 da CF/88), instrumentalizada por contrato de programa (art. 13 da Lei Federal n. 11.107/2005) é prestação direta descentralizada. A propósito, o art. 13, § 1º, inciso I, da Lei n. 11.107/2005, estabelecia que o contrato de programa deveria atender à legislação de concessões e permissões (Lei n. 8.987/1995), assim como o art. 11, da Lei n. 11.445/2007, texto original, considerava condição de validade desses vínculos a existência de plano de saneamento e estudos comprovando a viabilidade técnica e econômico-financeira da prestação universal e integral dos serviços. Por isso mesmo, era esperado que desde sempre estes contratos apresentassem metas de resultado e investimento, no trilho da universalização. Todavia, como regra geral, os contratos de programa não apresentavam esse nível de complexidade, muitos deles sendo confundidos com os convênios (Lei n. 8.666/1993, art. 116).

Um conceito que é auxiliar para a definição da amplitude do termo “*prestação direta*” (art. 1º, § 3º do Decreto Federal n. 11.598/2023) é o emprego do termo “*controle pelo próprio titular do serviço*” no regulamento. Isso porque o controle do titular do serviço só é exercido nas hipóteses de prestação direta centralizada e na descentralizada por outorga, quando a operação é executada por autarquia, fundação, empresa pública ou sociedade de economia mista integrante da Administração Indireta do titular do serviço (Município ou Distrito Federal)³¹.

Esse controle pelo titular do serviço não é exercido na hipótese de prestação direta descentralizada por delegação, quando a transferência da gestão e execução do serviço público é realizada por contrato ou ato administrativo³², tanto que as companhias estaduais que operam em regime de gestão associada não integram a Administração Indireta³³ do titular do serviço. Assim, lista-se os modelos de prestação direta admitidos pela Lei Federal n. 14.026/2020, à luz do seu art. 10 e do Decreto Federal n. 11.599/2023:

(i) prestação direta centralizada, por *régie* direta ou indireta/desconcentrada: quando a prestação do serviço é concentrada no ente federativo ou desconcentrada mediante criação de órgão específico; ou

(ii) prestação direta descentralizada por outorga: quando há transferência (outorga) da titularidade do serviço para entidade da administração indireta, criada por lei específica.

Logo, exclui-se do conceito de prestação regular a prestação direta descentralizada por delegação, hipótese que engloba:

31 De acordo com Maria Sylvia Zanella di Pietro, essa hipótese descreve: “Descentralização **por serviços, técnica ou funcional** é a que se verifica quando o poder público (União, Estados ou Municípios) cria uma pessoa jurídica de direito público ou privado e a ela atribui titularidade e a execução de determinado serviço público. No Brasil, essa criação somente pode dar-se por meio de **lei** e corresponde, basicamente, à figura da **autarquia**, mas abrange também as **fundações governamentais, sociedades de economia mista e empresas públicas**, que exerçam serviços públicos”. Ibidem, p. 56-57.

32 “Descentralização por colaboração é a que se verifica quando, por meio de acordo de vontades ou ato administrativo unilateral, se transfere a execução de determinado serviço público a pessoa jurídica de direito privado, previamente existente, conservando o poder público a titularidade do serviço”. Ibidem, p. 58.

33 Art. 4º A Administração Federal compreende: [...] II - A Administração Indireta, que compreende as seguintes categorias de entidades, dotadas de personalidade jurídica própria: a) Autarquias; b) Empresas Públicas; c) Sociedades de Economia Mista. d) fundações públicas (Incluído pela Lei nº 7.596, de 1987).

autogestão por usuários, convênios executados por OSCs e gestão associada operada por empresa pública ou sociedade de economia mista não integrante da administração direta do titular do serviço³⁴ — isso porque o art. 10 da Lei Federal n. 11.445/2007 veda essa forma de prestação, considerada “*precária*” e irregular³⁵.

A exclusão definitiva da prestação direta por delegação ocorreu com a superveniência do Decreto Federal n. 11.599/2023, tendo em vista que o Decreto Federal n. 11.467/2023 (revogado) permitia essa forma de prestação em microrregiões, regiões metropolitanas e aglomerações urbanas, regra objeto de intensas discussões no setor — conduzidas pelo Poder Legislativo Brasileiro, que aprovou na Câmara dos Deputados o PDL n. 98/2023, o qual sustava tal previsão.

Por conseguinte, define-se que a prestação direta do art. 2º, inciso I do Decreto Federal n. 11.599/2023 é a centralizada (*régie* direta ou *régie* indireta — por órgão público com função e competência especificadas) ou a descentralizada por outorga (autarquia, fundação, empresa pública ou sociedade de economia mista), excluída a hipótese de prestação direta descentralizada por delegação (autogestão por usuários, convênios executados por OSCs e gestão

34 “As formas de prestação direta descentralizada mediante delegação são três, conforme o destinatário da delegação: (i) órgão ou entidade de outro ente da Federação, quando haverá a gestão associada, prevista no art. 241 da Constituição Federal e que, nos termos do art. 13 da Lei n. 11.107/2005, deve ser obrigatoriamente disciplinada por contrato de programa — sendo este contrato o tema do presente estudo —; (ii) entidades da sociedade civil, que pode se revestir de várias formas, como, por exemplo a do termo de parceria celebrado com as OSCIPs — organizações da sociedade civil de interesse público; e (iii) os próprios usuários, em geral organizados em associações cooperativas, caracterizando a autogestão do serviço público.” RIBEIRO, Wladimir Antônio. O Contrato de Programa. In: DE OLIVEIRA, Carlos Roberto e GRANZIERA, Maria Luiza Machado. **Novo Marco do Saneamento Básico no Brasil**. Indaiatuba/SP, Editora Foco, 2021, p. 131.

35 “A propositura legislativa, ao regularizar e reconhecer os contratos de programa, situações não formalizadas de prestação de serviços públicos de saneamento básico por empresa pública ou sociedade de economia mista, bem como possibilitar a prorrogação por 30 anos das atuais avenças, **prolonga de forma demasiada a situação atual, de forma a postergar soluções para os impactos ambientais e de saúde pública decorrentes da falta de saneamento básico e da gestão inadequada da limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos**. Ademais, a proposta, além de limitar a livre iniciativa e a livre concorrência, está em descompasso com os objetivos do novo marco legal do saneamento básico que orienta a celebração de contratos de concessão, mediante prévia licitação, estimulando a competitividade da prestação desses serviços com eficiência e eficácia, o que por sua vez contribui para melhores resultados.” BRASIL. **Mensagem de Veto n. 396, de 15 de julho de 2020**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Msg/VEP/VEP-396.htm. Acesso em: 03 mai. 2022.

associada operada por empresa pública ou sociedade de economia mista não integrante da administração direta do titular do serviço).

2.2 Prestação Indireta

O art. 2º, inciso II do Decreto Federal n. 11.599/2023, na esteira do art. 10 da Lei Federal n. 11.445/2007, destaca que o titular do serviço pode prestar indiretamente os serviços públicos de saneamento básico em qualquer modalidade de concessão (Lei Federal n. 8.987/1995 e Lei Federal n. 11.079/2004), vedada a celebração de contrato de programa (art. 13 da Lei Federal n. 11.107/2005). Veja-se:

Art. 2º [...] II - indiretamente, por meio de concessão, em quaisquer das modalidades admitidas, mediante prévia licitação, conforme o disposto no art. 10 da Lei nº 11.445, de 2007, vedada a sua disciplina mediante contrato de programa, convênio, termo de parceria ou outros instrumentos de natureza precária.

Extraí-se do dispositivo acima transcrito duas regras jurídicas essenciais para o modelo de prestação dos serviços públicos de saneamento básico: (i) a possibilidade de delegação dos serviços a terceiros, em modelagens de concessão comum, concessão patrocinada e concessão administrativa; e (ii) a replicação da Lei Federal n. 11.445/2007 no que diz respeito à vedação ao contrato de programa e instrumentos congêneres de prestação direta, como forma de prestação indireta por burla à licitação.

Em relação ao segundo ponto destacado, constituía-se contratos de programa com vistas a formalizar a prestação direta dos serviços, por acordo entre entes federativos, mas que, na prática, funcionava como uma prestação indireta. Assim, haveria uma forma de operação dos serviços com características próprias: a inexistência de primazia do interesse de uma das partes contratantes (isonomia), a impossibilidade de inclusão de cláusulas exorbitantes, a preponderância da regulação legal e discricionária (por agência) em detrimento da regulação por contrato e a inaplicabilidade da teoria da equação econômico-financeira. Tudo isso decorreria da ideia de que o contrato de programa é o instrumento de um convênio, cujos objetivos dos conveniados são os mesmos, não caracterizada a relação contratual de oposição de interesses³⁶. Apesar

36 MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 39ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 464.

disso, a execução dos contratos pelas companhias estaduais não se mostrou tão diferente assim de uma concessão tradicional, ainda que o ponto de referência — o contrato de programa — em muitas localidades apresentasse um conjunto bastante simplificado de cláusulas e regras.

Por isso, ao longo da operação dos contratos de programa e possivelmente por impressões práticas do modelo, ganhou força a ideia de que acordos interfederativos caracterizavam burla à competitividade³⁷. Para explicar, a prática do setor de saneamento, nessa esteira, seria a outorga dos serviços às companhias estaduais sem que houvesse maiores exigências juridicamente eficazes de investimentos ou ganhos de eficiência na execução das atividades. Em outras palavras, era uma concessão *sui generis* a exploração econômica do serviço público não precedida de licitação.

Dentro desse discurso, as companhias estaduais seriam parte do problema nacional de déficit na prestação dos serviços públicos de saneamento, e a solução, portanto, passaria pelo aumento da participação do setor privado, mediante exigência de contratos de concessão precedidos de licitação aos operadores não integrantes da administração do titular.

Nas palavras do Ministro Luís Roberto Barroso, em sede do julgamento unificado das ADIs n. 6.492, 6.356, 6.583 e 6.882, o *Novo Marco Regulatório do Saneamento Básico* desafia o pensamento comum de que a atuação privada não é adequada para a prestação de serviços públicos:

[...] penso que essa lei procura enfrentar um velho preconceito que ainda subsiste na sociedade brasileira contra a iniciativa privada, contra o capital privado, mesmo que seja para fazer coisas boas. Penso que o investimento privado em saneamento básico deve ser uma mudança de paradigma. E

37 “[...] o mau uso do contrato de programa, sem licitação, para prestar serviço público em regime de exploração de atividade econômica, com intuito de lucro, esse sim viola o disposto no art. 175 da Constituição Federal, porque este regime de prestação de serviços exige a forma de concessão ou de permissão, com prévia licitação, inclusive para não configurar concorrência desleal de ente público com os privados, já que disputam no mercado o acesso ao excedente econômico, de há muito deveria ser coibido, por meio da atuação da autoridade de defesa da concorrência. Inerte essa autoridade, o legislador tenta corrigir o problema [...]” RIBEIRO, Wladimir Antônio. O Contrato de Programa. In: DE OLIVEIRA, Carlos Roberto e GRANZIERA, Maria Luiza Machado (Org.). **Novo Marco do Saneamento Básico no Brasil**. Indaiatuba: Editora Foco, 2021, p. 135.

investimento privado com concorrência, porque precisamos, no Brasil, enfrentar também essa cultura de falso capitalismo, em que existe reserva de mercado e financiamento público para tudo. É preciso que haja competição e recursos aportados pela iniciativa privada, com a contrapartida do lucro moderado e compatível, mas justo, que deve ter quem investe, quem corre o risco e quem presta um serviço público de qualidade.

Por consequência, o novo modelo de prestação por operadores não integrantes da administração do titular pressupõe um processo licitatório, como forma de estabelecimento de competitividade para obtenção do contrato com o poder público. Pelo caráter monopolista do serviço, é inviável a existência de concorrentes na execução do contrato; todavia, é possível que haja competição anterior ao exercício das atividades, como maneira de selecionar a melhor proposta, com base nos critérios do respectivo edital. Aqui, tem-se a figura da regulação pela competição ao mercado.

Logo, rapidamente se observa a substituição gradual dos contratos de programa pelos contratos de concessão: é a alteração da gestão associada interfederativa pela delegação dos serviços por meio da Lei Geral de Concessões (Lei n. 8.987/1995) e da Lei das Parcerias Público-Privadas (Lei n. 11.079/2004). Ao mesmo tempo, abre-se espaço para a utilização de contratos de performance (remuneração a partir da comprovação de ganhos de eficiência), o que já acontece para abordagens voltadas para a redução de perdas no sistema de abastecimento de água potável e esgotamento sanitário, ou locação de ativos (para a construção de novos equipamentos), por exemplo, para a construção de Estações de Tratamento de Água (ETAs) ou Estações de Tratamento de Esgoto (ETEs). Reduzir as perdas de água aumenta o faturamento da operação, mas também permite um uso mais eficiente da energia, apenas para destacar alguns aspectos positivos dessa melhoria de performance.

Assim, o art. 2º, inciso II do Decreto Federal, em consonância à Lei Federal n. 11.445/2007, permite a prestação do serviço pelo titular de forma indireta, desde que: (i) seja formalizada por meio de concessão comum, concessão patrocinada ou concessão administrativa, com prévia disputa pelo mercado (regulação por competição); e (ii) vedada a formalização de novos contratos de programa e outros instrumentos congêneres (art. 10 da Lei Federal n. 11.445/2007).

2.3 Execução Indireta como Meio Residual

O art. 2º, inciso I, § 1º do Decreto Federal n. 11.599/2023³⁸ refere a possibilidade de “*contratação de terceiros*” sob regime jurídico tradicional de contratação de obras e serviços³⁹ — Lei Federal n. 8.666/1993, Lei Federal n. 13.303/2016 e Lei Federal n. 14.133/2021 — em estruturas de prestação direta. Trata-se da hipótese de “*execução indireta*” (art. 6º, inciso VIII da Lei Federal n. 8.666/1993⁴⁰, art. 42 da Lei Federal n. 13.303/2016⁴¹ e art. 46 da Lei Federal n.

38 “Art. 2º [...] § 1º A prestação direta dos serviços públicos de saneamento básico, na forma prevista no inciso I do caput, não impede a contratação de terceiros sob os regimes previstos na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, na Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016, ou na Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, conforme o caso, para determinadas atividades, observados os princípios e objetivos da Lei nº 11.445, de 2007”.

39 Contratos administrativos típicos de Build (“B”) ou Service (“S”).

40 “Art. 6º Para os fins desta Lei, considera-se: I - Obra - toda construção, reforma, fabricação, recuperação ou ampliação, realizada por execução direta ou indireta; II -Serviço - 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; [...] VII - Execução direta - a que é feita pelos órgãos e entidades da Administração, pelos próprios meios; VIII - Execução indireta - a que o órgão ou entidade contrata com terceiros sob qualquer dos seguintes regimes: a) empreitada por preço global - quando se contrata a execução da obra ou do serviço por preço certo e total; b) empreitada por preço unitário - quando se contrata a execução da obra ou do serviço por preço certo de unidades determinadas;” (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994).

41 “Art. 42. Na licitação e na contratação de obras e serviços por empresas públicas e sociedades de economia mista, serão observadas as seguintes definições: I - empreitada por preço unitário: contratação por preço certo de unidades determinadas; II - empreitada por preço global: contratação por preço certo e total; III - tarefa: contratação de mão de obra para pequenos trabalhos por preço certo, com ou sem fornecimento de material; IV - empreitada integral: contratação de empreendimento em sua integralidade, com todas as etapas de obras, serviços e instalações necessárias, sob inteira responsabilidade da contratada até a sua entrega ao contratante em condições de entrada em operação, atendidos os requisitos técnicos e legais para sua utilização em condições de segurança estrutural e operacional e com as características adequadas às finalidades para as quais foi contratada; V - contratação semi-integrada: contratação que envolve a elaboração e o desenvolvimento do projeto executivo, a execução de obras e serviços de engenharia, a montagem, a realização de testes, a pré-operação e as demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto, de acordo com o estabelecido nos §§ 1º e 3º deste artigo; VI - contratação integrada: contratação que envolve a elaboração e o desenvolvimento dos projetos básico e executivo, a execução de obras e serviços de engenharia, a montagem, a realização de testes, a pré-operação e as demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto, de acordo com o estabelecido nos §§ 1º, 2º e 3º deste artigo;”



14.133/2021⁴²⁾ de atividades isoladas, na lógica do parcelamento de obras e serviços (art. 23, §§ 1º e 2º da Lei Federal n. 8.666/1993⁴³⁾, segundo a qual se deve dividir a prestação dos serviços em quantas parcelas forem possíveis, cada divisão correspondendo a uma licitação específica, de modo a privilegiar a concorrência por atividade.

Um exemplo de execução isolada de serviços seria a contratação fragmentada do gerenciamento de resíduos sólidos, de modo que as etapas de coleta, transporte, transbordo, tratamento e disposição final sejam, cada uma delas, licitadas em procedimento concorrencial, fracionando-se a execução. Considerando-se o nível de exigência da Lei Federal n. 12.350/2010, com a demanda urgente de novas rotas tecnológicas para o binômio destinação-disposição dos resíduos ou rejeitos sólidos, cada vez menos faz sentido a confecção de editais diversos segregando tarefas para esta modalidade de serviço público. Em tese, na direção contrária, é a concentração de tarefas que encontra uma escala suficiente de serviços para justificar o investimento em infraestrutura para propiciar a valorização dos resíduos.

A dúvida sobre a legalidade dessa medida existia em face do art. 10 da Lei Federal n. 11.445/2007, que institui a preponderância das concessões enquanto modalidade e contratação de terceiros; assim, a regularidade de contratações administrativas de obras e serviços típicos poderia ser questionada, por possível violação ao dispositivo legal. Entende-se que o tema foi regulamentado pelo Decreto Federal n. 11.599/2023 para esclarecer que estruturas de prestação direta centralizadas (órgão específico) ou

42 "Art. 46. Na execução indireta de obras e serviços de engenharia, são admitidos os seguintes regimes: I - empreitada por preço unitário; II - empreitada por preço global; III - empreitada integral; IV - contratação por tarefa; V - contratação integrada; VI - contratação semi-integrada; VII - fornecimento e prestação de serviço associado."

43 "Art. 23. As modalidades de licitação a que se referem os incisos I a III do artigo anterior serão determinadas em função dos seguintes limites, tendo em vista o valor estimado da contratação: [...] § 1º As obras, serviços e compras efetuadas pela Administração serão divididas em tantas parcelas quantas se comprovarem técnica e economicamente viáveis, procedendo-se à licitação com vistas ao melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado e à ampliação da competitividade sem perda da economia de escala (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994).

§ 2º Na execução de obras e serviços e nas compras de bens, parceladas nos termos do parágrafo anterior, a cada etapa ou conjunto de etapas da obra, serviço ou compra, há de corresponder licitação distinta, preservada a modalidade pertinente para a execução do objeto em licitação (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)".

descentralizadas (autarquias públicas, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista) podem contratar terceiros para execução indireta de atividades isoladas, o que naturalmente cobra motivação suficiente que justifique o uso de uma escolha de exceção.

Ainda assim, é preciso diferenciar a eventual subcontratação de execução de atividades por autarquias públicas, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista no contexto da prestação direta descentralizada da mera contratação de terceiros em prestações centralizadas. Essas podem ser indicativas de certo grau de precariedade no planejamento dos serviços pelos titulares e, portanto, devem ser menos privilegiadas do que as alternativas da (i) prestação direta descentralizada com estrutura de subcontratação regulada pelo direito público; e (ii) da prestação indireta com estrutura de subcontratação regulada pelo direito privado.

No ponto, é preciso destacar que o parcelamento das atividades é exceção na Lei Federal n. 11.445/2007, em decorrência da natureza monopolística dos serviços de saneamento e dos princípios dispostos na legislação (art. 2º da Lei Federal n. 11.445/2007). Destaca-se que o caráter residual da “*execução indireta*” está disposto no próprio § 1º do art. 2º do Decreto Federal n. 11.599/2023, que condiciona o seu uso a análise casuística e para “*determinadas atividades*”, observados os princípios do Marco Legal do Saneamento.

Isso porque a superveniência do art. 10 da Lei n. 11.445/2007 privilegiou a modelagem de avenças de longo termo, as quais exigem a concentração de atividades, para obtenção de escala na prestação dos serviços públicos. Nesse aspecto, a Súmula 247 do Tribunal de Contas da União⁴⁴ dispõe que o parcelamento do objeto não é aplicável quando esse resulte prejuízo ou perda de economia

44 “SÚMULA n. 247: É obrigatória a admissão da adjudicação por item e não por preço global, nos editais das licitações para a contratação de obras, serviços, compras e alienações, cujo objeto seja divisível, desde que não haja prejuízo para o conjunto ou complexo ou perda de economia de escala, tendo em vista o objetivo de propiciar a ampla participação de licitantes que, embora não dispondo de capacidade para a execução, fornecimento ou aquisição da totalidade do objeto, possam fazê-lo com relação a itens ou unidades autônomas, devendo as exigências de habilitação adequar-se a essa divisibilidade.” BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Súmula n. 247 do Tribunal de Contas da União**. Disponível em: <https://jurisprudencia.tc.df.gov.br/wp-content/uploads/2018/07/Objeto-divis%C3%ADvel.-Adjudica%C3%A7%C3%A3o-por-item.-S%C3%BAmula-TCU-247.pdf>. Acesso em: 14 out. 2022.

de escala, como nos casos de modelagem de concessões comuns e parcerias público-privadas.

Para corroborar esse entendimento, destaca-se que os princípios estabelecidos pelo art. 2º da Lei Federal n. 11.445/2007 orientam a necessidade de cumulação de atividades, sobretudo o princípio da universalidade (art. 2º, inciso I), integralidade (art. 2º, inciso II), integração das infraestruturas (art. 2º, inciso XII), da eficiência e da sustentabilidade econômica (art. 2º, inciso VII) e prestação concomitante dos serviços de abastecimento de água e de coleta de tratamento de esgoto (art. 2º, inciso XVI).

Em termos gerais, a universalidade (cobertura da prestação dos serviços) e a integralidade (a prestação do conjunto de atividades em saneamento) exigem escalas econômicas que permitam a obtenção de receitas suficientes e financeiramente rentáveis⁴⁵ — em termos de retorno de investimentos — para serem disponibilizadas ao usuário final. Nesse sentido, o *Novo Marco Legal do Saneamento Básico* indica que a modalidade de prestação mais adequada para o atingimento dos princípios da universalidade e da integralidade é a concessão de serviços públicos, nos seus regimes de concessão comum (Lei Federal n. 8.987/1995), concessão patrocinada (Lei Federal n. 11.079/2004) e concessão administrativa (Lei Federal n. 11.079/2004).

Portanto, compreende-se que a execução indireta dos serviços públicos de saneamento básico só pode ser contratada em situações em que não haja prejuízo ao objetivo último do *Novo Marco Regulatório do Saneamento Básico*, qual seja, a universalização integralizada das atividades, especialmente de abastecimento de água e de coleta e tratamento de esgoto. Do contrário, verificar-se-ia violação aos princípios dispostos no art. 2º da Lei Federal n. 11.445/2007.

Destarte, o art. 2º, § 1º do Decreto Federal n. 11.599/2023 condiciona a execução indireta de serviços públicos de saneamento básico em estruturas de prestação direta (centralizadas ou descentralizadas) à análise casuística do cumprimento dos princípios da universalidade (art. 2º, inciso I), da integralidade (art. 2º, inciso II), da integração das infraestruturas (art. 2º, inciso XII), da eficiência e da sustentabilidade econômica (art. 2º, inciso VII) e da prestação

45 Na lógica de que a universalização será custeada, também, por investimentos privados decorrentes de contratos de concessão.

concomitante dos serviços de abastecimento de água e de coleta de tratamento de esgoto (art. 2º, inciso XVI), em decorrência da preponderância legal do modelo das concessões de serviço, nos termos do art. 10 da Lei Federal n. 11.445/2007.

2.3.1 Contrato de Concessão, Contratação Tradicional ou Direta

Um ponto que ainda deve gerar discussão no que se refere ao *Novo Marco*, sua interpretação e efetiva aplicação, é o espaço que existe para o gestor público, seja individualmente ou dentro de arranjos coletivos, escolher entre modelar processos de disputa para delegar serviços a terceiros ou instruir contratações diretas, trabalhando com conceitos como dispensa e inexigibilidades.

Trazendo mais alguns detalhes, a opção de licitar contratos de concessão, contratos administrativos tradicionais (Lei Federal n. 14.133/2021) ou sustentar a viabilidade de acordos diretos (as dispensas e as inexigibilidades), no serviço de saneamento envolve alguns aspectos que precisam ser enfrentados.

Novamente, neste momento, é preciso resgatar o art. 10 da Lei Federal n. 11.445/2007, quando evidencia-se que “[...] a prestação dos serviços públicos de saneamento por entidade que não integre a administração do titular depende de celebração de contrato de concessão, mediante prévia licitação, nos termos do art. 175 da Constituição Federal [...]”. Logo, quando um município, ou um consórcio de municípios, deseja delegar para terceiros a operação do serviço de limpeza urbana e o manejo de resíduos sólidos, integrando rotas tecnológicas e a disposição no aterro sanitário, o *Novo Marco* aponta um caminho único: licitar uma concessão, seja comum, patrocinada ou administrativa, a depender da modelagem desenvolvida. Uma disputa de *menor preço*, ou de *maior valor de outorga*, jamais combinando *técnica e preço* na medida em que não se trata de objeto de natureza predominantemente intelectual⁴⁶.

46 “SUMÁRIO: REPRESENTAÇÃO. EXIGÊNCIAS PARA RESTRINGIR O CARÁTER COMPETITIVO. INADEQUAÇÃO DA MODALIDADE CONCORRÊNCIA E DO TIPO TÉCNICA E PREÇO PARA O CERTAME. CONHECIMENTO. PROCEDÊNCIA PARCIAL. OBJETO NÃO SE REVESTE DE NATUREZA PREDOMINANTEMENTE INTELECTUAL. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO PARA PONDERAÇÃO DE PESOS PARA OS QUESITOS TÉCNICA E PREÇO. POTENCIAL PREJUÍZO PARA A ENTIDADE EM CASO DE ANULAÇÃO DA CONCORRÊNCIA. DETERMINAÇÃO PARA NÃO RENOVAÇÃO DO CONTRATO. CIÊNCIA. ARQUIVAMENTO”. BRASIL. Tribunal de Contas da União – TCU. **Acórdão. 7200/2022** – Segunda Câmara. Representação. Relator: Aroldo Cedraz. Segunda

Não se pode adotar como critério de julgamento *a técnica e preço* quando não compatível com a natureza do objeto. Cria-se um risco de subjetividade à disputa e desvaloriza-se como argumento de decisão do processo os benefícios socioeconômicos que a proposta vencedora pode entregar para o Estado e a sociedade. E, mais grave ainda, em algumas processos licitatórios arbitra-se um peso excessivo para a proposta técnica, desincentivando a confecção de proposta comercial competitiva.

Em mais de uma ocasião ao longo deste trabalho, afirmamos que existe uma convicção do sistema legal construído para a política pública de saneamento no Brasil, qual seja, viabilizar a concretização das metas idealizadas para o setor a partir da economia de escala e de escopo. Por isso mesmo, existem listas de incentivos voltados para a disseminação dos instrumentos de regionalização em todos os subsistemas desta modalidade de serviço público.

A fragmentação no setor, seja na perspectiva operacional ou regulatória, não se comprovou a melhor solução, ainda que se preserve a titularidade dos municípios com base na interpretação do texto constitucional. O exemplo de Portugal, como parâmetro mais recente de arranjos coletivos estruturados para qualificar o serviço em menor espaço de tempo serve de influência. Aliás, a própria trajetória do Planasa no Brasil, com o trabalho das companhias estaduais, é referência positiva, se examinarmos os ganhos no serviço de abastecimento a partir de uma abordagem regional do problema. Então, a concessão, para o serviço de limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos tende a ser a decisão de segurança, também pela perspectiva de incorporação de novas rotas tecnológicas ao processo, em sintonia com o projeto *zero waste*. Nem lixões, nem aterros, pois o futuro não está no modelo linear de produção; mas muito ao contrário, está na economia circular.

Todavia, é necessário ponderar isso, o Decreto Federal n. 11.599/2023, no art. 2º, § 1º, parece estabelecer um espaço de exceção, não previsto na Lei de referência, quando considera que a “[...] prestação direta dos serviços públicos de saneamento básico, na forma prevista no inciso I do caput, não impede a contratação de

Câmara. Data da Sessão: 22/11/2022. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A7200%2520A-NOACORDAO%253A2022%2520COLEGIADO%253A%2522Segunda%2520C%-25C3%25A2mara%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAINT%2520desc/0>. Acesso 20 fev. 2024.

terceiros sob os regimes previstos [...]”, por exemplo, na Lei Federal n. 14.133/2021. Com isso, em tese, o titular poderá prestar serviço público de saneamento básico diretamente, por meio de órgão de sua administração direta, ou por autarquia, empresa pública ou sociedade de economia mista que integre a sua estrutura (Decreto Federal n. 11.599/2023, art. 2º, I). Contudo, deve-se atentar também ao que diz o texto do decreto, no mesmo art. 2º, § 1º, pois ao reafirmar que a orientação geral é modelar concessões, admite-se “[...] conforme o caso, para determinadas atividades” organizar disputas seguindo o trilha da Lei Federal n. 14.133/2021.

A interpretação mais coerente com o sistema proposto pelo *Novo Marco* é admitir a contratação tradicional quando a concessão não se justifica, ou seja, se implicar em custos de transação que desequilibrariam qualquer proposta de investimento voltada para melhorar o serviço. Não se pode esperar que um município isolado, que não estabeleceu vínculos formais com consórcios públicos, para trazer um exemplo, consiga estruturar uma PPP para destinar/dispor corretamente os seus resíduos. Então, nesse caso, diante de detalhada análise de custo-benefício, pode-se legitimar a realização de licitação baseada em contratos tradicionais, ou seja, a Lei Federal n. 14.133/2021.

Nessa linha de raciocínio, a possibilidade de apoiar-se na Lei Federal n. 14.133/2021, abre um leque de opções até então desconsideradas. Dentre elas, o fato de que as operadoras privadas com atuação no setor de saneamento, utilizando-se da Lei Federal n. 14.133/2021, como fonte subsidiária, também poderão trabalhar os conceitos de *dispensa* ou *inexibibilidade* (Lei n. 14.133/2021, art. 72, 74 e 75) para incorporar aos seus contratos, em aditivos e anexos, novos objetos, com a argumentação de propiciar aos municípios e aos usuários do serviço os benefícios evidentes de construções conjuntas que propiciem economia de escala e de escopo.

Em outras palavras, na relação de concessão entre município e operadora, além do serviço de abastecimento de água, esgotamento sanitário, drenagem urbana e manejo de águas pluviais, comprovando-se a interdependência, o custo-benefício, a eficiência técnica e econômico-financeira, poder-se-ia agregar, ainda, o transbordo e a disposição final do rejeito para o aterro sanitário. Será inviável a licitação – e por isso mesmo *inexigível* – a contratação dos serviços relacionados à destinação ou à disposição correta

dos resíduos sólidos quando possível comprovar que se trata da melhor opção no aspecto social, econômico e ambiental. Que traz consigo a melhor relação custo-benefício, maiores externalidades positivas, menores externalidades negativas, quando comparadas com todas as demais opções possíveis. A estruturação de uma proposta de investimento para o caso concreto, cumprindo todas as etapas do *Modelo de Cinco Dimensões* (adaptação do *Five Case Model* para o contexto brasileiro), o que engloba a etapa inicial, a intermediária e a final, ou metodologias equivalentes, podem servir para a legitimar a incorporação de novos serviços e funcionalidades para os contratos de concessão submetidos ao *Novo Marco Legal do Saneamento*. O texto base do vínculo de concessão, os seus aditivos e anexos, compondo o caderno da regulação contratual, que mais tarde, se confrontada pela regulação discricionária, pode resultar em pedido de reequilíbrio.

Assim como hoje existem aterros sanitários prestando serviços para municípios com base em contratos regulados pela Lei n. 8.666/1993, depois de uma disputa, ou mediante contratos por dispensa ou inexigibilidade (o Estado de Rio Grande do Sul tem muitos casos assim), alguns defendem que esse *modus operandi* pode continuar, agora sob os princípios e as regras da Lei n. 14.133/2021. Aqui, nitidamente, tenta-se transformar a exceção motivada em prática corriqueira, desviando o serviço de limpeza urbana e manejo de resíduos sólido do leito natural idealizado pela Lei n. 11.445/2007, art. 10.

Qual é a nossa posição: a concessão é a regra, as contratações tradicionais a máxima exceção. Contudo, se prevalecer a tese da aplicação expandida do Decreto Federal n. 11.599/2023, art. 2º, inciso I e § 1º, em detrimento da concessão incentiva-se a presença no setor dos contratos administrativos tradicionais, inclusive mediante o emprego da *dispensa* ou da *inexigibilidade*. Ora, assim sendo, por equivalência, a mesma flexibilidade deve ser garantida para as operadoras privadas no setor de saneamento, que também podem, por aditivos e anexos, em acordo com o titular, utilizar os seus contratos de concessão como *plataformas de serviços* capazes de absorver, sem a obrigação da disputa, os demais subsistemas que compreendem a política pública de saneamento no Brasil.

2.4 Conceito de “Ações de Saneamento Básico”

O *Novo Marco Regulatório* (arts. 5^o⁴⁷ e 6^o⁴⁸ da Lei Federal n. 11.445/2007 e art. 4^o do Decreto Federal n. 11.599/2023⁴⁹) lista um conjunto de “ações de saneamento básico” não conceituados como “serviços públicos” em sentido estrito, são estes: (i) as ações de saneamento básico executadas por meio de soluções individuais, desde que o usuário não dependa de terceiros para operar os serviços; (ii) as ações e os serviços de saneamento básico de responsabilidade privada, incluído o manejo de resíduos de responsabilidade do gerador; e (iii) as ações e os serviços de saneamento básico operados pelos próprios usuários, por meio de associações comunitárias ou multicomunitárias, incluídas as que possuam competência na gestão do saneamento rural.

A principal consequência da qualificação das atividades como “ação de saneamento básico”, e não como “serviço público”, é o afastamento da regra do art. 175 da Constituição Federal de 1988, qual seja, a do dever de licitar o direito de prestação do serviço. Por conseguinte, as ações de saneamento podem ser executadas por qualquer pessoa, independentemente de procedimento licitatório⁵⁰.

No ponto, é preciso fazer uma ressalva: nas localidades em que haja infraestrutura pública, há obrigação do usuário de conexão

47 “Art. 5º Não constitui serviço público a ação de saneamento executada por meio de soluções individuais, desde que o usuário não dependa de terceiros para operar os serviços, bem como as ações e serviços de saneamento básico de responsabilidade privada, incluindo o manejo de resíduos de responsabilidade do gerador.”

48 “Art. 6º O lixo originário de atividades comerciais, industriais e de serviços cuja responsabilidade pelo manejo não seja atribuída ao gerador pode, por decisão do poder público, ser considerado resíduo sólido urbano.”

49 “Art. 4º Não constituem serviço público de saneamento básico: I - as ações de saneamento básico executadas por meio de soluções individuais, desde que o usuário não dependa de terceiros para operar os serviços; II - as ações e os serviços de saneamento básico de responsabilidade privada, incluído o manejo de resíduos de responsabilidade do gerador; e III - as ações e os serviços de saneamento básico operados pelos próprios usuários, por meio de associações comunitárias ou multicomunitárias, incluídas as que possuam competência na gestão do saneamento rural. Parágrafo único. Ficam excetuadas do disposto nos incisos I a III do caput as soluções individuais ou coletivas quando for atribuída ao Poder Público a responsabilidade por seu controle, disciplina ou operação, nos termos do disposto em norma específica.”

50 Especialmente para abastecimento de água, ressalva-se a necessidade da outorga de recursos hídricos. Inclusive para a instalação de poços artesianos para exploração das águas subterrâneas. Nesse caso, a competência para a outorga é do respectivo Estado-membro.

à solução coletiva (art. 45, § 2º da Lei Federal n. 11.445/2007⁵¹), de modo que a execução de ações de saneamento seja vedada em tal hipótese. A utilização de infraestrutura alternativa, enquadrada como ação de saneamento, é reservada para hipóteses em que não haja a disponibilidade de redes públicas de saneamento básico (art. 45, § 1º da Lei Federal n. 11.445/2007⁵²), como será visto em tópico específico mais adiante.

Assim, nos casos de ausência de disponibilidade de prestação de serviços públicos, as ações de saneamento básico (o uso de medidas alternativas) estão autorizadas, independentemente de procedimento licitatório. Um modelo adotado nos últimos anos, especialmente por comunidades rurais, é o da autogestão dos serviços por meio de associações comunitárias, alternativa para localidades em que a infraestrutura pública e coletiva ainda não foi capaz de disponibilizar serviços de saneamento básico⁵³ (art. 4º, inciso III do Decreto Federal n. 11.599/2023). Naturalmente, no processo de transformação de contratos de programa para contratos de concessão, nas hipóteses de privatização de companhias estaduais ou estruturas municipais, pode-se transferir as regiões cobertas por essas associações para os novos vínculos estabelecidos entre o

51 "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) [...] § 2º A instalação hidráulica predial ligada à rede pública de abastecimento de água não poderá ser também alimentada por outras fontes."

52 "Art. 45 [...] § 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."

53 "As soluções de abastecimento de água e esgotamento sanitário para as famílias que habitam locais isolados exigem esforços de políticas distintas. No Brasil, essas soluções têm se firmado a partir da articulação e mobilização das comunidades, principalmente nas regiões Norte e Nordeste. O déficit é de grande proporção e atinge tanto agricultores, pescadores e extrativistas, isoladamente, quanto indígenas, quilombolas, comunidades ribeirinhas, seringueiros, entre outras pequenas, médias e grandes comunidades, além de moradores. Portanto, o provimento de sistemas de água e esgotos alcançará um público diretamente relacionado aos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) da Organização das Nações Unidas (ONU), em especial o ODS 6.") SANTOS, Gesmar Rosa dos; SANTANA, Adrielli Santos de. **Gestão Comunitária da Água: Soluções e Dificuldades do Saneamento Rural no Brasil**. IPEA. Brasília, 20 out. 2020. Disponível em: https://portalantigo.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_2601_sumex.pdf. Acesso em 20 de ago. de 2023.

poder concedente e a nova concessionária. No entanto, é importante ressaltar que a transferência só ocorrerá se existir um acordo entre todas as partes amparado por razões econômicas, técnicas e de manifesto interesse público (Lei n. 11.445/2007, art. 11-B, § 2º, III).

Ainda assim, é preciso diferenciar a “ação de saneamento” da “solução alternativa/individualizada controlada pelo poder público ou por terceiro prestador de serviço”. Só pode ser caracterizada como ação de saneamento a atividade listada no art. 4º do Decreto Federal n. 11.599/2023 c/c art. 5º da Lei Federal n. 11.445/2007, quando inexistente infraestrutura pública que disponibilize o respectivo serviço de saneamento básico.

Por outro lado, para conceituação da solução alternativa/individualizada, o parágrafo único do art. 4º do Decreto Federal n. 11.599/2023 esclarece que as atividades listadas nos incisos I e III são consideradas serviços públicos em sentido estrito quando controladas, disciplinadas ou operadas pelo Poder Público.⁵⁴ Em outras palavras, quando a solução alternativa/individualizada integra o sistema público de operação — prestado direta ou indiretamente —, essa passa a ser equiparada a serviço público, não ação de saneamento básico.

Basicamente, é a diferença entre: (i) uma ação isolada de saneamento básico, utilizada para preencher o vazio da política pública em localidades de difícil acesso, distantes do perímetro urbano, ou que eventualmente tenham sido deixados de lado ao longo da construção da rede pública de saneamento básico; e (ii) a solução individualizada (ou coletiva) como medida alternativa, mais eficaz em termos de custo-benefício, para determinadas localidades, enquanto política pública do titular do serviço, operadas no âmbito da prestação direta e indireta do serviço público.

Como já abordado anteriormente, uma forma de amenizar a diferença econômico-financeira das operações em grandes localidades e em pequenas localidades é a de adotar soluções alternativas, individuais ou coletivas, menos custosas, em detrimento de infraestrutura pública e coletiva mais complexa. Essa ponderação entre técnicas de prestação dos serviços públicos será importante, também, dentro de operações específicas, especialmente em

54 “Art. 2º [...] Parágrafo único. Ficam excetuadas do disposto nos incisos I a III do caput as soluções individuais ou coletivas quando for atribuída ao Poder Público a responsabilidade por seu controle, disciplina ou operação, nos termos do disposto em norma específica.”

localidades com menor densidade populacional e de difícil acesso, inclusive para obras. É o exemplo da implantação de serviço de abastecimento de água (2018), coleta e tratamento de esgoto (2022), no Beco do Nonato, em Manaus, pela concessionária Águas de Manaus S.A. (unidade da Aegea), para um conjunto de casas construídas em palafitas.

Em junho de 2018 a Aegea assumiu a prestação dos serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário na cidade de Manaus. A concessão, desde o início, ficou sob responsabilidade de sua coligada, a Águas de Manaus. Aproximadamente 20% das residências em Manaus estão em área de palafitas ocupadas irregularmente, ou seja, casas de madeiras suspensas sobre igarapés. No mesmo ano (2018) a concessionária implementou o Programa *Vem com a gente* (VCG), voltado para o *Beco do Nonato*, no caso, a primeira comunidade a receber *redes aéreas de água*. Depois, em 2023, personalizou-se, na mesma região, uma solução de coleta e tratamento de esgoto.

A experiência de desenvolver as redes em aglomerados urbanos com essas características (áreas alagadas) permitiu escalar a solução para outros bairros (Beco União, Rip Rap Parintins e Beco Tarumã, para dar outros exemplos), sempre com *tarifa social*. A propósito, em 2022, o *Vem com a gente* chegou ao Rio de Janeiro, pelas Águas do Rio, do grupo Aegea. A ampliação das redes de água, a regularização de cadastros e a inclusão dos usuários nos cadastros da tarifa social foi concretizada por colaboradores da concessionária recrutados nas comunidades alcançadas pelo Programa; dentro do conceito de *licença social* construída a partir do engajamento das partes mais interessadas no sucesso do empreendimento.

Dessa forma, como se pode observar na prática, o uso das soluções individuais surgirá como medida complementar ao sistema tradicional, especialmente em regiões que não possuem disponibilidade de infraestrutura pública⁵⁵, tais como zonas rurais, núcleos

55 "Essas características fizeram com que fossem desenvolvidas soluções que fazem sentido no ambiente de adensamento urbano: para aproveitar ganhos de escala, são construídas estruturas complexas, com alta demanda de capital. Passamos tubulações por todo o subterrâneo para distribuir água e juntar todo o esgoto de milhões de pessoas em poucas estações de tratamento. Esse tipo de solução não faz sentido para locais com características diferentes, como os pequenos municípios, zonas rurais e comunidades isoladas. Nessas localidades, não há concentração de demanda suficiente para garantir a sustentabilidade econômica do investimento em infraestrutura." FERREIRA, Artur Villela. OLIVEIRA, Gesner. **Nem**

urbanos de menor porte e núcleos urbanos informais. Esse balanço entre a utilização de soluções individuais e de soluções compartilhadas — com estruturas mais complexas — deve ser definido pela agência reguladora infranacional, de acordo com as diretrizes nacionais (art. 45, § 1º da Lei n. 11.445/2007).

Nesse aspecto, importa dizer que o art. 11-B, § 4º da Lei Federal n. 11.445/2007⁵⁶ estabelece que o prestador poderá utilizar métodos alternativos e descentralizados para fins de abastecimento de água e coleta e tratamento de esgoto, para atingir as metas de universalização. Em sentido análogo, os indicadores para a aferição do cumprimento das metas previstos na NR ANA n. 02/2021 preveem a mensuração do atendimento por meio de métodos alternativos, descentralizados e individuais para áreas rurais, remotas, núcleos urbanos consolidados e demais localidades.

Em resumo, o art. 4º do Decreto Federal n. 11.599/2023 replica o art. 5º da Lei Federal n. 11.445/2007, bem como a lógica do *Novo Marco Regulatório do Saneamento Básico*, ao dispor que as soluções individuais e alternativas não integrantes da operação pública são conceituadas como “ações de saneamento”, não contempladas pelo regime do serviço público em sentido estrito (art. 175 da CF/88). Como consequência, qualquer pessoa pode operar atividades de saneamento, independentemente de procedimento licitatório, desde que listadas no art. 4º do Decreto Federal n. 11.599/2023, e ausente rede pública de saneamento básico. A utilização de soluções alternativas/individualizadas enquanto política pública do titular do serviço, equipara-as a serviços públicos de saneamento básico em sentido estrito.

3. Cláusulas Regulamentares Essenciais

O *Novo Marco Regulatório*, na esteira da imposição da concessão dos serviços como modelo de prestação dos serviços preferencial, exigiu alterações obrigatórias aos contratos em vigor e aos futuros

Negacionismo, Nem Apocalipse. Economia do Meio Ambiente: Uma Perspectiva Brasileira. 1ª ed. São Paulo: BEI Editora, 2021. p. 236

- 56 “Art. 11-B [...] § 4º É facultado à entidade reguladora prever hipóteses em que o prestador poderá utilizar métodos alternativos e descentralizados para os serviços de abastecimento de água e de coleta e tratamento de esgoto em áreas rurais, remotas ou em núcleos urbanos informais consolidados, sem prejuízo da sua cobrança, com vistas a garantir a economicidade da prestação dos serviços públicos de saneamento básico. (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020)”



ajustes, decorrentes de procedimento licitatório. Assim, mesmo daquelas localidades que não se submeterem à troca da prestação direta⁵⁷ para a prestação indireta dos serviços, exigir-se-á atualizações dos seus documentos para aprimoramento do pacto regulatório previsto entre titulares e operadores dos serviços. A modificação trazida pela Lei Federal n. 14.026/2020 contempla o fortalecimento das cláusulas regulamentares, típicas do modelo da concessão dos serviços.

Em termos pragmáticos, o objetivo da legislação nacional é de incorporar aos contratos vigentes cláusulas regulamentares adicionais, de modo a aumentar o espaço da técnica da regulação contratual para a operação e gestão do ajuste. No setor do abastecimento de água e da coleta e tratamento de esgoto, as alterações exigidas serão maiores em comparação aos demais setores, quais sejam, de limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos e de drenagem urbana e manejo de águas pluviais.

Isso porque, para os contratos de abastecimento de água e coleta e tratamento de esgoto, o *Novo Marco Legal do Saneamento* exige uma solução para as metas de universalização dispostas no art. 11-B da Lei Federal n. 11.445/2007, são estas, de atendimento de 90% da população com coleta e tratamento de esgoto sanitário, de 99% de abastecimento de água potável, de metas quantitativas de redução de perdas de água, de não intermitência do abastecimento e de melhoria nos processos de tratamento. Como será visto em tópico específico, listar-se-á as regras de transição para a incorporação das metas, tais como: (i) aditivar os contratos de programa vigentes (art. 11-B, § 1º da Lei Federal n. 11.445/2007⁵⁸); (ii) em contratos licitados, a utilização do art. 11-B, § 2º da Lei Federal n. 11.445/2007⁵⁹, que possibilita uma escolha técnica ao titular do

57 A eventual manutenção de contratos de programa até o advento do termo final.

58 "Art. 11-B. Os contratos de prestação dos serviços públicos de saneamento básico deverão definir metas de universalização que garantam o atendimento de 99% (noventa e nove por cento) da população com água potável e de 90% (noventa por cento) da população com coleta e tratamento de esgotos até 31 de dezembro de 2033, assim como metas quantitativas de não intermitência do abastecimento, de redução de perdas e de melhoria dos processos de tratamento (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020). § 1º Os contratos em vigor que não possuírem as metas de que trata o caput deste artigo terão até 31 de março de 2022 para viabilizar essa inclusão" (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020).

59 "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

serviço do modo pelo qual as metas serão atingidas, se (a) prestada diretamente a parcela remanescente do serviço; (b) realizada licitação complementar; ou (c) aditivado o contrato e realizado o reequilíbrio econômico-financeiro; e (iii) a substituição dos contratos de programa por contratos de concessão com a incorporação das metas, na hipótese de troca do controle acionário da empresa estatal para o capital privado (art. 14 da Lei Federal n. 14.026/2020⁶⁰).

Nos contratos de prestação de serviços de abastecimento de água e de coleta e tratamento de esgoto, ainda que o art. 13, § 1º, inciso I da Lei Federal n. 11.107/2005⁶¹ já prevesse a necessidade de os contratos de programa atenderem à legislação aplicável às

inalterados nos moldes licitados, e o titular do serviço deverá buscar alternativas para atingir as metas definidas no caput deste artigo, incluídas as seguintes: (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020) I - prestação direta da parcela remanescente; (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020) II - licitação complementar para atingimento da totalidade da meta; e (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020) III - aditamento de contratos já licitados, incluindo eventual reequilíbrio econômico-financeiro, desde que em comum acordo com a contratada (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020)".

60 "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."

61 "Art. 13. Deverão ser constituídas e reguladas por contrato de programa, como condição de sua validade, as obrigações que um ente da Federação constituir para com outro ente da Federação ou para com consórcio público no âmbito de gestão associada em que haja a prestação de serviços públicos ou a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal ou de bens necessários à continuidade dos serviços transferidos. § 1º O contrato de programa deverá: I – atender à legislação de concessões e permissões de serviços públicos e, especialmente no que se refere ao cálculo de tarifas e de outros preços públicos, à de regulação dos serviços a serem prestados;"



concessões de serviço público, o *Novo Marco Legal* impôs a incorporação de cláusulas aos contratos que aproximam todos os ajustes ao modelo da concessão. Assim, entende-se que, nas localidades em que não houver a troca da gestão associada para a concessão do serviço precedida de procedimento licitatório, ele deverá incluir cláusulas regulamentares que atribuam novas obrigações aos operadores. Fala-se, aqui, na eventual manutenção de contratos de programa até o advento do seu termo final (art. 10 da Lei Federal n. 11.445/2007), hipótese em que o *Novo Marco Legal* exige a aditivação do ajuste para inclusão das metas de universalização (art. 11-B, § 1º da Lei Federal n. 11.445/2007). Na oportunidade da aditivação contratual, defende-se a incorporação das metas de universalização e de não intermitência, bem como das cláusulas regulamentares do art. 10-A da Lei Federal n. 11.445/2007, realizando-se o respectivo reequilíbrio econômico-financeiro.

As referidas cláusulas regulamentares estão listadas nos incisos do art. 10-A da Lei Federal n. 11.445/2007 e do art. 23 da Lei Federal n. 8.987/1993. Observa-se:

Art. 10-A da Lei Federal n. 11.445/2007

Art. 10-A. Os contratos relativos à prestação dos serviços públicos de saneamento básico deverão conter, expressamente, sob pena de nulidade, as cláusulas essenciais previstas no art. 23 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, além das seguintes disposições: (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020)

I - metas de expansão dos serviços, de redução de perdas na distribuição de água tratada, de qualidade na prestação dos serviços, de eficiência e de uso racional da água, da energia e de outros recursos naturais, do reúso de efluentes sanitários e do aproveitamento de águas de chuva, em conformidade com os serviços a serem prestados; (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020)

II - possíveis fontes de receitas alternativas, complementares ou acessórias, bem como as provenientes de projetos associados, incluindo, entre outras, a alienação e o uso de efluentes sanitários para a produção de água de reúso, com possibilidade de as receitas serem compartilhadas entre o contratante e o contratado, caso aplicável; (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020)

III - metodologia de cálculo de eventual indenização relativa aos bens reversíveis não amortizados por ocasião da extinção do contrato; e (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020)

IV - repartição de riscos entre as partes, incluindo os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária. (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020)

§ 1º Os contratos que envolvem a prestação dos serviços públicos de saneamento básico poderão prever mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes do contrato ou a ele relacionadas, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020)

Art. 23 da Lei Federal n. 8.987/1995

Art. 23. São cláusulas essenciais do contrato de concessão as relativas:

I - ao objeto, à área e ao prazo da concessão;

II - ao modo, forma e condições de prestação do serviço;

III - aos critérios, indicadores, fórmulas e parâmetros definidores da qualidade do serviço;

IV - ao preço do serviço e aos critérios e procedimentos para o reajuste e a revisão das tarifas;

V - aos direitos, garantias e obrigações do poder concedente e da concessionária, inclusive os relacionados às previsíveis necessidades de futura alteração e expansão do serviço e conseqüente modernização, aperfeiçoamento e ampliação dos equipamentos e das instalações;

VI - aos direitos e deveres dos usuários para obtenção e utilização do serviço;

VII - à forma de fiscalização das instalações, dos equipamentos, dos métodos e práticas de execução do serviço, bem como a indicação dos órgãos competentes para exercê-la;

VIII - às penalidades contratuais e administrativas a que se sujeita a concessionária e sua forma de aplicação;

IX - aos casos de extinção da concessão;

X - aos bens reversíveis;

XI - aos critérios para o cálculo e a forma de pagamento das indenizações devidas à concessionária, quando for o caso;

XII - às condições para prorrogação do contrato;

XIII - à obrigatoriedade, forma e periodicidade da prestação de contas da concessionária ao poder concedente;

XIV - à exigência da publicação de demonstrações financeiras periódicas da concessionária; e

XV - ao foro e ao modo amigável de solução das divergências contratuais.

Parágrafo único. Os contratos relativos à concessão de serviço público precedido da execução de obra pública deverão, adicionalmente:

I - estipular os cronogramas físico-financeiros de execução das obras vinculadas à concessão; e

II - exigir garantia do fiel cumprimento, pela concessionária, das obrigações relativas às obras vinculadas à concessão.

Como depreende-se, o *caput* do aludido dispositivo faz remissão ao art. 23 da Lei Geral de Concessões e os seus incisos preveem regras específicas para o setor de saneamento. Dentre essas, verifica-se a necessidade de previsão (como obrigação contratual) das metas da Lei Federal n. 14.026/2020, da possibilidade de obtenção de recursos acessórios ou alternativos, da metodologia indenizatória relativa aos bens reversíveis e não amortizados e da repartição de riscos entre as partes contratantes.

Reitera-se que a incorporação das cláusulas regulamentares é obrigatória para contratos em vigor e para contratos futuros de prestação de serviços públicos de saneamento básico. Em relação aos contratos em vigor, a técnica de incorporação deve ser avaliada no caso concreto, utilizando-se dos procedimentos do regime de transição, tais como, a aditivação contratual (de contratos de programa e de contratos de concessão, vide art. 11-B, §§ 1º e 2º da Lei Federal n. 11.445/2007) concomitantemente ao reequilíbrio contratual e a desestatização do controle acionário de empresa pública e, ato contínuo, substituição dos contratos de programa por contratos de concessão (art. 14 da lei Federal n 14.026/2020).

Nas hipóteses, há um *dever de inclusão* das cláusulas regulamentares, caracterizado como ato vinculado da administração pública, que possui a obrigação legal de (i) avaliar a melhor metodologia para incorporação das modificações impostas pelo *Novo Marco Legal do Saneamento*; e (ii) promover o adequado reequilíbrio econômico-financeiro. Para os novos contratos, celebrados a partir de uma licitação, deve-se garantir que a minuta contratual disposta pelo respectivo edital preveja o rol de cláusulas regulamentares essenciais, estipulando-se as bases adequadas para formação do preço competitivo, de modo a garantir que o conjunto obrigacional disposto no ajuste seja proporcionalmente remunerado pelas cláusulas econômicas.

Pontua-se o movimento do *Novo Marco Regulatório do Saneamento Básico* de conjugar a obrigação de licitação, a preferência pelo modelo da concessão dos serviços públicos e o fortalecimento da regulação contratual dos ajustes vigentes como medida preparatória para o cumprimento das metas de universalização e das metas quantitativas. Isso porque a desestatização da operação de um serviço público pressupõe o desenvolvimento de um ambiente regulatório eficaz, seja para garantir a presença do interesse público na prestação dos serviços, aqui compreendido especialmente como o dever de universalização da cobertura, seja para a manutenção das condições regulamentares e econômico-financeiras do contrato.

4. Condições de Validade das Operações de Saneamento

O *Novo Marco Legal*, além de reforçar o conteúdo das cláusulas regulamentares dos contratos de prestação dos serviços públicos de saneamento básico, lista uma série de condições de validade dos ajustes, que envolvem as três funções públicas na promoção de serviços de saneamento, quais sejam: o planejamento, a prestação/execução e a regulação.

A Lei Federal n. 11.445/2007, especialmente após as modificações trazidas pela Lei Federal n. 14.026/2020, expressa a lógica da clara separação de atividades entre titular do serviço, agência reguladora e o prestador dos serviços. Em síntese, o titular do serviço é o responsável pelo planejamento e pela governança dos serviços públicos de saneamento básico, especialmente na execução dos estudos para a redação dos planos municipais de saneamento básico (PMSBs, art. 9º, inciso I⁶², art. 11, inciso I⁶³ c/c art. 19⁶⁴ da

62 "Art. 9º O titular dos serviços formulará a respectiva política pública de saneamento básico, devendo, para tanto: I - elaborar os planos de saneamento básico, nos termos desta Lei, bem como estabelecer metas e indicadores de desempenho e mecanismos de aferição de resultados, a serem obrigatoriamente observados na execução dos serviços prestados de forma direta ou por concessão; (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020)"

63 "Art. 11. São condições de validade dos contratos que tenham por objeto a prestação de serviços públicos de saneamento básico: I - a existência de plano de saneamento básico;". BRASIL. Lei Federal n. 11.445, de 5 de janeiro de 2007. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/l11445.htm. Acesso em: 30 set. 2023."

64 "Art. 19. A prestação de serviços públicos de saneamento básico observará plano, que poderá ser específico para cada serviço, o qual abrangerá, no mínimo:



Lei Federal n. 11.445/2007), ainda que se submeta à regulação por incentivos das normas de referência nacionais. A função da regulação (art. 22 da Lei Federal n. 11.445/2007), por sua vez, deve ser exercida por reguladora infranacional, mesmo nos casos de prestação direta (art. 9º, inciso II da Lei Federal n. 11.445/2007⁶⁵), sem descuidar das melhores práticas indicadas pela entidade nacional (ANA). O prestador dos serviços, em uma eventual estrutura de prestação indireta, realizaria a gestão e a execução dos serviços, de acordo com as cláusulas econômicas e de serviço listadas no contrato, cumprindo o Opex e o Capex e angariando recursos com investidores e instituições financeiras (dívida e *equity*).

A existência das três funções públicas e o cumprimento de obrigações legais que lhe são anexas constituem condições de validade das operações de saneamento básico, inclusive para os casos de prestação direta, como abordado a seguir.

4.1 Planejamento dos Serviços

O planejamento dos serviços públicos pelo titular do serviço começa com a obrigação legal de realizar estudos, audiências públicas e consultas públicas para a elaboração e publicação de um plano municipal ou regional de saneamento básico (PMSB ou PRSB), conforme exigido pelo art. 11, incisos I, II e IV da Lei Federal n. 11.445/2007, a depender da integração do município a uma estrutura de regionalização. Importante destacar a necessidade de elaboração de planos de saneamento básico para todos os subsistemas, são estes: abastecimento de água, coleta e tratamento de esgoto, limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos e drenagem urbana e manejo de águas pluviais.

I – diagnóstico da situação e de seus impactos nas condições de vida, utilizando sistema de indicadores sanitários, epidemiológicos, ambientais e socioeconômicos e apontando as causas das deficiências detectadas; II – objetivos e metas de curto, médio e longo prazos para a universalização, admitidas soluções graduais e progressivas, observando a compatibilidade com os demais planos setoriais; III – programas, projetos e ações necessárias para atingir os objetivos e as metas, de modo compatível com os respectivos planos plurianuais e com outros planos governamentais correlatos, identificando possíveis fontes de financiamento;”. BRASIL. Lei Federal n. 11.445, de 5 de janeiro de 2007. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/l11445.htm. Acesso em: 30 set. 2023.”

65 “Art. 9º [...] 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)”

Em um retrato do momento, observa-se a priorização dos estudos para a elaboração de planos de saneamento básico que tratam apenas dos sistemas de abastecimento de água e da coleta e tratamento de esgoto, em detrimento dos estudos para o planejamento do conjunto de atividades que abrangem os serviços de limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos e da drenagem urbana e manejo de águas pluviais. Aliás, existem números consolidados que indicam ser esta uma omissão identificada na maior parte dos municípios do Brasil, sobretudo para o setor da drenagem urbana e manejo de águas pluviais.

Essa realidade precisa ser modificada no debate público brasileiro, na conjuntura do enfrentamento dos fatores sensíveis às mudanças climáticas no globo. O futuro traz incertezas sobre as condições climáticas, como demonstra o aumento da frequência de eventos extremos, incluindo-se as inundações, os alagamentos e as enxurradas. Uma gestão mais eficiente desses episódios deve merecer outro tratamento.

É verdade que eventos de grande impacto podem ser compreendidos como incertezas, inclusive para fins contratuais, e, assim, entendidos como fenômenos que fogem ao controle humano, seja pela imprevisibilidade de sua ocorrência, seja pela dificuldade de contornar os seus desdobramentos, com reiteradas perdas humanas e materiais. Entretanto, os titulares dos serviços devem promover políticas públicas que atendam a padrões mínimos de alcance e qualidade dos serviços classificados como essenciais.

A ausência de planejamento e, portanto, de prestação de todos os componentes do saneamento básico caracteriza-se como um fator humano agravante em emergências públicas, porque as cidades se encontram em estado de completo despreparo para a gestão e o controle desses episódios. Como regra geral, desastres naturais estão acompanhados de ações antrópicas, como equívocos no processo de ocupação do espaço urbano e da ausência de infraestrutura de contenção hidrológica.

Por conseguinte, sustenta-se que a construção de um conceito de cidades resilientes a eventos de impacto passa pelo planejamento de todos os componentes do saneamento básico, sobretudo pela sua condição material de interconectividade, tal como defendido neste livro. Apenas para rememorar, estes são os objetivos gerais de cada setor:

(i) abastecimento de água e coleta e tratamento de esgoto sanitário: universalização da cobertura, redução de perdas de água na distribuição e no faturamento, qualificação do tratamento e uso racional de recursos hídricos e energéticos;

(ii) limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos: destinação e disposição adequadas de resíduos e rejeitos, erradicação de lixões, universalização da cobertura da prestação dos serviços e aproveitamento de novas rotas tecnológicas; e

(iii) drenagem urbana e manejo de águas pluviais: diminuição de enxurradas, inundações e alagamentos na área urbana dos municípios (indicador D1 do Plansab), diminuição da porcentagem de domicílios sujeitos a risco de inundações na área urbana (indicador D2 do Plansab) e aproveitamento das águas de chuvas.

Para não gerar dúvidas: o que se defende é a necessidade de planejamento de todos os subsistemas do serviço de saneamento básico; isso, contudo, não implica a realização de um único estudo que trate conjuntamente de todos eles. O mais importante é que, na realização dos estudos e posterior publicação dos planos de saneamento pelo titular do serviço, haja um planejamento que leve em consideração a interconexão dos componentes dos serviços públicos de saneamento básico.

Feitas as considerações sobre a imperatividade do planejamento conjunto dos componentes dos serviços de saneamento básico, o art. 11, inciso V da Lei Federal n. 11.445/2007 exige que o titular do serviço incorpore às cláusulas de serviço do ajuste as metas de universalização referentes ao abastecimento de água e à coleta e tratamento de esgoto sanitário⁶⁶, em formato sustentável (art. 11, inciso II da Lei Federal n. 11.445/2007⁶⁷).

Assim sendo, o planejamento do meio pelo qual as metas de universalização dos serviços, com previsão de cronogramas, é condição de validade da operação e preferencialmente deve estar disposto no PMSB ou no PRSB, ainda que a prática da execução de um contrato possa revelar a necessidade de atualização do cronograma e de eventuais metas progressivas estipuladas pelo documento. Resgatando-se o que foi abordado ao longo deste capítulo,

66 "Art. 11 [...] V - a existência de metas e cronograma de universalização dos serviços de saneamento básico. (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020)"

67 "Art. 11 [...] II - a existência de estudo que comprove a viabilidade técnica e econômico-financeira da prestação dos serviços, nos termos estabelecidos no respectivo plano de saneamento básico;(Redação pela Lei nº 14.026, de 2020)".

o titular do serviço possui alternativas para a escolha técnica sobre o meio pelo qual decidirá cumprir com as metas de expansão da rede pública: (i) prestar diretamente ou prestar diretamente a parcela remanescente em operações com contratos vigentes; (ii) realizar licitação para prestação indireta dos serviços ou licitação complementar em operações com contratos vigentes; ou (iii) aditivar o contrato vigente e realizar o respectivo e adequado reequilíbrio econômico-financeiro.

4.2 Regulação dos Serviços

A Lei Federal n. 11.445/2007 impõe o dever de definição, pelo titular do serviço, da reguladora infranacional (art. 9º, inciso II) mesmo nas hipóteses de prestação direta, inclusive enquanto condição de validade de contratos de prestação dos serviços de saneamento básico. A tarefa da agência reguladora, em termos gerais, é de estabelecimento de padrões e normas para a adequação da prestação dos serviços, garantia da execução das cláusulas contratuais (regulamentares e financeiras), monitoramento do cumprimento das metas de universalização, prevenção do abuso de poder econômico, manutenção da equação econômico-financeira da operação e, eventualmente, aplicação de sanções (art. 22 da Lei Federal n. 11.445/2007⁶⁸).

Em momento posterior, será importante diferenciar os conceitos de (i) “*regulação nacional*”; e (ii) “*regulação infranacional*” no saneamento básico. Por ora, deve-se destacar que a Lei Federal n. 11.445/2007 exige que o titular do serviço indique reguladora infranacional para a regulação das operações de saneamento básico, independentemente da modalidade de prestação, na forma do art. 11, inciso III, *in verbis*:

68 “Art. 22. São objetivos da regulação: I - estabelecer padrões e normas para a adequada prestação e a expansão da qualidade dos serviços e para a satisfação dos usuários, com observação das normas de referência editadas pela ANA; (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020) II - garantir o cumprimento das condições e metas estabelecidas nos contratos de prestação de serviços e nos planos municipais ou de prestação regionalizada de saneamento básico; (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020) III - prevenir e reprimir o abuso do poder econômico, ressalvada a competência dos órgãos integrantes do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; e (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020) IV - definir tarifas que assegurem tanto o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos quanto a modicidade tarifária, por mecanismos que gerem eficiência e eficácia dos serviços e que permitam o compartilhamento dos ganhos de produtividade com os usuários (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020)”.



Art. 11 [...] III - a existência de normas de regulação que prevejam os meios para o cumprimento das diretrizes desta Lei, incluindo a designação da entidade de regulação e de fiscalização;

Isso porque a regulação infranacional tem como principais tarefas: (i) a produção normativa local, para conformação da operação às diretrizes legais e às normas de referência da ANA; e (ii) o monitoramento das condições gerais da operação, especialmente do cumprimento das metas de universalização. Assim, no contexto da produção de normas de referência da ANA, as reguladoras infranacionais terão o papel de adaptar as regras nacionais para o contexto local, tendo em vista que a padronização regulatória nacional deixa espaço para a produção normativa infranacional, que deve considerar a conjuntura local para conformação regulatória. Ao mesmo tempo, a Lei Federal n. 11.445/2007 exige da reguladora infranacional o constante monitoramento do cronograma de universalização dos serviços, nos termos do art. 11-B, § 5º⁶⁹, que pode, inclusive, impedir a distribuição de lucros e dividendos às empresas concessionárias que estiverem descumprindo as metas legais (art. 11, § 5º da Lei Federal n. 11.445/2007⁷⁰).

Ainda assim, convive-se com prestações sem agência infranacional responsável pela regulação formal da operação, seja porque (i) a agência acumula a função de execução do contrato, seja porque (ii) inexistente indicação de agência reguladora em prestações diretas e indiretas, o que submete a operação a risco de anulabilidade. O problema da falta de indicação de agências reguladoras é ainda mais preocupante no atual ciclo de universalização dos serviços, pela inexistência de monitoramento da necessidade pública de ampliação das redes de infraestrutura nos componentes de abastecimento de água e de coleta e tratamento de esgotamento sanitário.

69 "Art. 11-B [...] § 5º O cumprimento das metas de universalização e não intermitência do abastecimento, de redução de perdas e de melhoria dos processos de tratamento deverá ser verificado anualmente pela agência reguladora, observando-se um intervalo dos últimos 5 (cinco) anos, nos quais as metas deverão ter sido cumpridas em, pelo menos, 3 (três), e a primeira fiscalização deverá ser realizada apenas ao término do quinto ano de vigência do contrato (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020)".

70 "Art. 11 [...] § 5º Fica vedada a distribuição de lucros e dividendos, do contrato em execução, pelo prestador de serviços que estiver descumprindo as metas e cronogramas estabelecidos no contrato específico da prestação de serviço público de saneamento básico" (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020).

Por conseguinte, insiste-se na necessidade de cumprimento do dever legal de indicação da reguladora infranacional para que essa execute as funções legais que lhe são outorgadas, uma vez que a entidade tem o papel essencial de produzir atos normativos para a prestação dos serviços, assegurar o adimplemento das cláusulas contratuais, manter as condições econômico-financeiras do ajuste e monitorar o cumprimento das metas de universalização.

4.3 Prestação dos Serviços

A Lei Federal n. 11.445/2007 exige que a prestação dos serviços atenda a um conteúdo mínimo regulamentar que esteja de acordo com o planejamento realizado pelo titular do serviço. O intuito da exigência é de criar mecanismos para garantir o cumprimento das metas de universalização e impedir situações de acúmulo de funções públicas, como quando o prestador realiza o planejamento dos serviços em detrimento do titular.

Dessa forma, são condições de validade dos contratos de saneamento básico uma série de obrigações atreladas ao planejamento de investimentos e de projetos (art. 11, § 1º da Lei Federal n. 11.445/2007⁷¹), à definição de prioridades na execução do Capex do ajuste (art. 11, § 2º, inciso III da Lei Federal n. 11.445/2007⁷²), às condições econômico-financeiras do ajuste (art. 11, § 2º, inciso IV⁷³), à previsão das metas de universalização (art. 11, § 2º, inciso II da Lei Federal n. 11.445/2007⁷⁴), bem como às hipóteses de

71 “Art. 11 [...] § 1º Os planos de investimentos e os projetos relativos ao contrato deverão ser compatíveis com o respectivo plano de saneamento básico.”

72 “Art. 11 [...] § 2º Nos casos de serviços prestados mediante contratos de concessão ou de programa, as normas previstas no inciso III do caput deste artigo deverão prever: III - as prioridades de ação, compatíveis com as metas estabelecidas;”

73 “Art. 11 [...] § 2º Nos casos de serviços prestados mediante contratos de concessão ou de programa, as normas previstas no inciso III do caput deste artigo deverão prever: IV - as condições de sustentabilidade e equilíbrio econômico-financeiro da prestação dos serviços, em regime de eficiência, incluindo: a) o sistema de cobrança e a composição de taxas e tarifas; b) a sistemática de reajustes e de revisões de taxas e tarifas; c) a política de subsídios;”

74 “Art. 11 [...] § 2º Nos casos de serviços prestados mediante contratos de concessão ou de programa, as normas previstas no inciso III do caput deste artigo deverão prever: II - a inclusão, no contrato, das metas progressivas e graduais de expansão dos serviços, de redução progressiva e controle de perdas na distribuição de água tratada, de qualidade, de eficiência e de uso racional da água, da energia e de outros recursos naturais, em conformidade com os serviços a serem prestados e com o respectivo plano de saneamento básico;” (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020).



intervenção na operação (art. 11, § 2º, inciso VI da Lei Federal n. 11.445/2007⁷⁵). Em certa medida, nota-se que existe a sobreposição da lista de condições de validade dos contratos (art. 11 da Lei Federal n. 11.445/2007) com as cláusulas regulamentares essenciais (art. 10-A da Lei Federal n. 11.445/2007 e art. 23 da Lei Federal n. 8.987/1995), já abordadas anteriormente.

Uma preocupação na lei federal é proibir a inclusão de cláusulas que prejudiquem a regulação dos serviços (art. 11, § 3º da Lei Federal n. 11.445/2007⁷⁶). Exemplos de cláusulas do gênero seriam a vedação de realização de vistorias nos estabelecimentos destinados à prestação dos serviços, a vedação de internalização de normas de referência pela agência infranacional, a restrição à apresentação de documentos necessários para a contabilidade regulatória, dentro outros. Reitera-se que um dos pilares do Marco do Saneamento (com a incorporação das últimas alterações) é o desenvolvimento de um ambiente regulatório que monitore e fiscalize a operação dos serviços e que garanta as condições regulamentares e financeiras dos contratos, e a prestação dos serviços deve atender à essa máxima legal.

75 "Art. 11 [...] § 2º Nos casos de serviços prestados mediante contratos de concessão ou de programa, as normas previstas no inciso III do caput deste artigo deverão prever: VI - as hipóteses de intervenção e de retomada dos serviços."

76 "Art. 11 [...] § 3º Os contratos não poderão conter cláusulas que prejudiquem as atividades de regulação e de fiscalização ou o acesso às informações sobre os serviços contratados."



Capítulo VIII

Regime de Transição e Regularização de Operações

1. Regime de Transição no Saneamento Básico

A ideia de regime de transição na prestação dos serviços públicos de saneamento decorre de dois pilares jurídicos: um mais geral, que diz respeito à segurança jurídica (Decreto-Lei n. 4.657/1942, com as alterações produzidas pela Lei Federal n. 13.655/2018), e outro específico para o direito dos serviços públicos, que é o princípio da continuidade (Lei Federal n. 8.987/1995, art. 6º, § 1º). Na verdade, é importante que o conjunto de modificações e diversos aperfeiçoamentos impostos pelo *Novo Marco Legal* sejam compatibilizados, quando possível, com o modelo de prestação dos serviços em operação, sem prejuízo de, progressivamente, direcionar a política pública em sentido amplo em busca de concretizar as melhores ideias agora estabelecidas. Avaliando sempre a realidade, as consequências práticas das interpretações e decisões, administrativas ou judiciais, todos os atores precisam estar comprometidos com a universalização com qualidade de todas as atividades relacionadas ao serviço público de saneamento.

Nessa esteira, o regime de transição ora proposto pode ser entendido sob duas perspectivas: (i) a imposição de “*regras de transição*” específicas para determinados fatos jurídicos e atos administrativos, bem como interpretações não estritamente legalistas de órgãos de controle sobre as soluções adotadas por titulares dos serviços, prestadores dos serviços e agências reguladoras infra-nacionais; e (ii) a existência de ferramentas jurídicas para regularização ou adequação de prestações irregulares ou incapazes de cumprirem isoladamente as metas legais — tais como a celebração de termo aditivo em contratos de programa (art. 11-B, § 1º da Lei Federal n. 11.445/2007), a definição sobre a forma de cumprimento de metas de universalização remanescentes em contratos licitados

em vigor (art. 11-B, § 2º da Lei Federal n. 11.445/2007), a segregação da outorga de uso de recursos hídricos detida por companhias estaduais para fins de concessão de outras atividades atreladas e a celebração de contratos de interdependência (art. 12 da Lei Federal n. 11.445/2007). Na mesma linha, a alienação do controle acionário de empresas públicas e sociedades de economia mista e consequente substituição dos contratos de programa por contratos de concessão de serviços públicos (art. 14 da Lei Federal n. 14.026/2020).

O regime de transição, volta-se neste ponto, deve ser compreendido como um instrumento jurídico de adaptação da realidade pré-existente ao *Novo Marco*, ou seja, aos ditames da universalização integralizada dos serviços, para fins de cumprimento das metas legais de cobertura, metas quantitativas, prazos legais e obrigações conexas. A interpretação mais direta da legislação nacional, que por vezes desconsidera a vivência prática das operações, pode prejudicar a finalidade última da lei, que é a concretização do direito ao saneamento básico, atrelado ao direito à saúde (art. 6º e 196 da CF/88) e ao meio ambiente equilibrado (art. 225 da CF/88). Toda a interpretação, para além das dificuldades do legislador de antecipar os problemas, em casos como este, deve privilegiar o sentido amplo de uma reforma legislativa que almejou a melhoria das condições de vida das populações da cidade, do campo, da floresta e das águas.

Se o formato Planasa é ainda o predominante, com operações sustentadas em contratos de programa (e companhias estaduais) ou autarquias atuando isoladamente; na transição para contratos de concessão licitados, seja depois de privatização, seja modelagens de concessão por região ou cidade, é inevitável que as novas regras sejam incorporadas de maneira gradual. Sejam as cláusulas essenciais do art. 10-A (o que inclui o art. 23, da Lei Federal n. 8.987/1995) o art. 10-B e a necessidade de comprovação da capacidade econômico-financeira do contratado os pressupostos para que se assegure a validade dos contratos listados no art. 11 e as metas indicadas no art. 11-B, todos da Lei Federal n. 11.445/2007, em tempos diferentes, vão, obrigatoriamente, integrar e mediar a relação concedente/concessionário. Apenas para exemplificar, na transição de contratos de programa para concessão — na hipótese de uma privatização (Lei n. 14.026/2020, art. 14) — metas de

redução de perdas na distribuição de água tratada, do reúso de efluentes sanitários e do aproveitamento de águas da chuva podem ser fixados durante a vigência do novo pacto, contando com participação da reguladora infranacional, e observando sempre o ponto original de equilíbrio do contrato.

É cláusula essencial manifestar o compromisso de fixar essas metas imediatamente, mas o dado objetivo muitas vezes dependerá da interação com o titular do serviço e a agência infranacional combinado com o avanço da agenda da ANA.

Quando se conhece a realidade do setor, sabe-se que muitos municípios não possuem planos atualizados, ainda que essa exigência seja condição de validade para o contrato (Lei Federal n. 11.445/2007, art. 11, I), especialmente para as atividades que compreendem o serviço de limpeza urbana e o manejo de resíduos sólidos, ou, ainda, a drenagem urbana e manejo de águas pluviais. Em relação à essa percepção de incorporação escalonada das exigências da Lei Federal n. 11.445/2007, o que pode suscitar dúvida é apenas a regra disposta no art. 11-B, § 1º: “[...] *Os contratos em vigor que não possuírem as metas de que trata o caput deste art. Terão até 31 de março de 2022 para viabilizar essa inclusão*”. Assim, não aconteceu na dimensão esperada, mas hoje percebe-se que o esforço pela regularização e desenvolvimento das relações contratuais vigentes no setor legitima que essas tratativas continuem, o que garante a resiliência e a continuidade da prestação do serviço enquanto persistem alguns pontos de dúvida no novo sistema legal quando aplicado no caso concreto.

Existe a dúvida de como proceder em relação aos contratos de programa que não incorporaram essas metas ao texto dentro do prazo da lei. Além disso, como resolver a questão dos contratos de programa que não possuem as metas no corpo do documento quando transitam para a condição de contratos de concessão licitados após eventual privatização da companhia estadual? Essas também são questões que serão respondidas neste capítulo. A rigor, isso não seria algo possível, quando combinamos o art. 13 da Lei n. 11.107/2005 com o art. 11, texto original, da Lei n. 11.445/2007, incisos I e II e § 1º, na medida em que os planos de saneamento e os planos de investimento precisam existir e ter compatibilidade. Logo, nunca se pode aceitar contratos sem compromisso com entregas programadas, também por existir o risco da caducidade. Mas,

apenas para dar um exemplo, o Tribunal de Contas da União, no Relatório n. 017.507/2015-5, já havia apontado a evolução muito lenta do processo de universalização do serviço de esgotamento sanitário, na comparação com os recursos públicos federais investidos.

Como já se disse outras vezes, sabe-se que a Lei Federal n. 14.026/2020 trouxe para o sistema uma outra linha de raciocínio, refletindo a hegemonia do seu tempo. Na medida em que existem novas regras do jogo, como o centro dessa discussão interfere na rotina de inúmeras comunidades, não se pode imaginar que rapidamente tudo funcionará de maneira coordenada. Na prática, será preciso combinar transformação e permanência, mudança sem descontinuidade, um desafio importante para contratos vigentes, com estatais ou empresas privadas.

Na visão defendida neste livro, a abordagem mais correta para construir uma linha hermenêutica durante essa transição privilegiará uma perspectiva consequencialista. Assim sendo, esse é o principal alerta, a modificação do *status quo* não pode passar pela inviabilização completa do modelo até então vigente, diante dos riscos de descontinuidade de alguns serviços. Não se pode firmar novos contratos de programa, elas também não permitem prorrogações ou reequilíbrios de prazo, visto que a ideia-base é deslocar o eixo do sistema para contratos de concessão, sem desconhecer as vantagens, as desvantagens e os riscos que precisam ser controlados a partir da escolha do legislador.

Essa lógica de regime de transição foi contemplada pela Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), acentuado pela Lei Federal n. 13.655/2018, com as alterações produzidas no Decreto-Lei n. 4.657/1942, art. 23:

Art. 23. A decisão administrativa, controladora ou judicial que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito, deverá prever regime de transição quando indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais.

Como depreende-se do dispositivo acima transcrito, a superveniência de uma nova interpretação ou diretriz legal deve levar em conta um período de adaptação aos deveres futuros, justamente o *regime de transição*. A aplicação dessa regra no caso da política

pública de saneamento está conjugada, ainda, à necessidade de conservar-se os instrumentos contratuais existentes — em geral, contratos de programa — quando esses possuam condições econômicas de cumprir as metas legais, garantindo que não haverá o colapso do sistema, mantendo a prestação do serviço, consoante preconizado pelo princípio da continuidade. Dentro de tal raciocínio, para que o *Novo Marco Legal* modernize o sistema sem criar descontinuidade, será preciso encontrar essa medida de equilíbrio.

2. Regras de Transição Específicas

Ressalta-se que a própria Lei Federal n. 14.026/2020 incorpora a ideia de regime de transição em alguns de seus dispositivos, cita-se, especificamente, os seus arts. 17, 18 e 19. Dentre essas, a regra mais importante é a do art. 17 da Lei n. 14.026/2020, segundo a qual:

Art. 17. Os contratos de concessão e os contratos de programa para prestação dos serviços públicos de saneamento básico existentes na data de publicação desta Lei permanecerão em vigor até o advento do seu termo contratual.

Por conseguinte, afirma-se que o *Novo Marco* reconhece a importância dessa lógica de transição entre os instrumentos contratuais: antes de inviabilizar por completo o modelo de prestação de serviços existente, espera-se um período de adaptação, que corresponde ao prazo residual dos contratos regulares e em vigor.¹ Qualquer movimento na direção contrária, ou seja, o rompimento dos contratos pré-existentes sem o devido planejamento sobre o cumprimento das metas legais atingiria a segurança jurídica e, como dano colateral, a qualidade, a regularidade e a continuidade dos serviços públicos (Lei Federal n. 11.445/2007, art. 2º, XI).

Salienta-se a preocupação do legislador em dispor de forma expressa sobre a manutenção dos contratos e dentro dos seus respectivos prazos — o exemplo da revogação do art. 13, §

1 "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).

§ 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).

6º, da Lei Federal 11.107/2005, a Lei dos Consórcios. Além disso, como já explicado, permitiu-se a adequação desses à Lei Federal n. 14.026/2020, por meio do termo aditivo previsto pelos arts. 10-B e 11-B, § 1º da Lei n. 11.445/2007.

O art. 18 da Lei n. 14.026/2020, por sua vez, a despeito da regra do art. 11-A da Lei n. 11.445/2007², determina a manutenção dos contratos de parcerias público-privadas (Lei n. 11.079/2004) ou de subdelegação existentes. Observa-se:

Art. 18. Os contratos de parcerias público-privadas ou de subdelegações que tenham sido firmados por meio de processos licitatórios deverão ser mantidos pelo novo controlador, em caso de alienação de controle de empresa estatal ou sociedade de economia mista.

Parágrafo único. As parcerias público-privadas e as subdelegações previstas neste art. serão mantidas em prazos e condições pelo ente federativo exercente da competência delegada, mediante sucessão contratual direta.

Cuida-se de regra que protege a segurança jurídica e a continuidade da prestação dos serviços: os contratos de parcerias público-privadas e subdelegação firmados serão mantidos em seu objeto e cláusulas, independentemente da vedação imposta pela Lei n. 14.026/2020 de que as novas subdelegações não possam ultrapassar 25% do valor do contrato.³ Aqui, garante-se expressamente a continuidade de contratos de concessão administrativa e concessão patrocinada para o ciclo de universalização dos serviços, compreendidos como instrumentos eficazes para a expansão da infraestrutura existente.

Esse é um dispositivo que tem grande importância para os contratos de programa, porque algumas das companhias estaduais, na lógica de angariar recursos privados, utilizaram-se das PPPs e

2 "Art. 11-A. Na hipótese de prestação dos serviços públicos de saneamento básico por meio de contrato, o prestador de serviços poderá, além de realizar licitação e contratação de parceria público-privada, nos termos da Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, e desde que haja previsão contratual ou autorização expressa do titular dos serviços, subdelegar o objeto contratado, observado, para a referida subdelegação, o limite de 25% (vinte e cinco por cento) do valor do contrato" (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020).

3 Menciona-se outra regra de transição prevista na própria Lei n. 11.445/2007: o § 4º do art. 11-A permite que os municípios pertencentes a uma região metropolitana que tenham estudos de concessões ou parcerias público-privadas em andamento possam lhes dar seguimento.

das subdelegações para buscar a expansão da infraestrutura por dentro do próprio contrato de programa. Caracterizou-se a figura do *intermediário monopolista*: quando uma empresa pública ou sociedade de economia mista, detentora da outorga dos serviços, subdelega a operação das atividades a um parceiro privado e deixa de afetar a sua estrutura administrativa à execução dos serviços — no caso específico, depois da autorização dos titulares do serviço.

Na esteira das regras de transição, o art. 19 da Lei Federal n. 14.026/2020 dilatou o prazo para a formulação dos planos municipais de saneamento para 31 de dezembro de 2022. Veja-se:

Art. 19. Os titulares de serviços públicos de saneamento básico deverão publicar seus planos de saneamento básico até 31 de dezembro de 2022, manter controle e dar publicidade sobre o seu cumprimento, bem como comunicar os respectivos dados à ANA para inserção no Sinisa.

Parágrafo único. Serão considerados planos de saneamento básico os estudos que fundamentem a concessão ou a privatização, desde que contenham os requisitos legais necessários.

Anteriormente, na forma do art. 26, § 2º do Decreto Federal n. 7.217/2010, a existência de planos municipais de saneamento básico era condição de acesso a recursos federais para a prestação dos serviços, cuja data limite era o ano de 2014.⁴ Com a baixa adesão dos Municípios à norma, o prazo foi sendo postergado. Com a Lei Federal n. 14.026/2020, surgiu novo incentivo para o cumprimento da obrigação. Importante ressaltar, na forma do art. 19, § 1º; “[...] Os planos de saneamento serão aprovados por atos dos seus titulares e poderão ser elaborados com base em estudos fornecidos pelos prestadores de cada serviço”⁵.

4 “Art. 26 [...] § 2º A partir do exercício financeiro de 2014, a existência de plano de saneamento básico, elaborado pelo titular dos serviços, será condição para o acesso a recursos orçamentários da União ou a recursos de financiamentos geridos ou administrados por órgão ou entidade da administração pública federal, quando destinados a serviços de saneamento básico” (revogado).

5 Alertam os autores ser “[...] recomendável, no entanto, uma análise cuidadosa dos estudos apresentados, que podem ser tendenciosos, com o intuito de favorecimento da própria empresa e, assim, podem revelar conflito de interesses. Apesar da louvável cooperação entre público e privado, os riscos de captura e de assimetria informacional não são desprezíveis”. ARAGÃO, Alexandre Santos de; D’OLIVEIRA, Rafael Daudt. Considerações Iniciais sobre a Lei n. 14.026/2020: Novo Marco Regulatório do Saneamento Básico. In: GUIMARÃES, Fernando Vernalha (Coord.). **O Novo Direito do Saneamento Básico**: estudos sobre o novo marco legal do

Os dispositivos listados ao longo desse tópico formam parte da estrutura normativa de transição existente na Lei Federal n. 14.026/2020. Contudo, o regime de transição não deve limitar-se a tais dispositivos: é preciso que, na análise dos instrumentos contratuais e dos atos dos atuais operadores dos serviços, os órgãos de controle interpretem o *Novo Marco Legal do Saneamento* de modo condizente à segurança jurídica e à continuidade da prestação dos serviços. Assim, apenas para exemplificar, a eventual decisão pela anulação ou caducidade de um instrumento contratual em face das novas diretrizes é a última *ratio*, com base nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Por isso, desde o início, propõe-se uma hermenêutica de estabilização, consubstanciada na observação dos dispositivos de transição da Lei Federal n. 14.026/2020, privilegiando segurança jurídica, continuidade da prestação e o potencial de adaptabilidade dos contratos de longo prazo.

3. Regularização de Operações Vigentes

O art. 9º do Decreto Federal n. 11.599/2023⁶ regulamenta a avaliação da eventual irregularidade do contrato de prestação de serviços

saneamento básico no Brasil (de acordo com a Lei nº 14.026/2020 e respectiva regulamentação). Belo Horizonte: Fórum, 2022, p. 47.

- 6 "Art. 9º A irregularidade do contrato implica a irregularidade da operação para fins do disposto no inciso VI do **caput** do art. 7º, vedada a alocação de recursos de que trata o art. 50 da Lei nº 11.445, de 2007, para ações de saneamento em operações irregulares. § 1º Caberá ao titular do serviço público de saneamento básico e à entidade reguladora competente a avaliação quanto à existência de eventuais irregularidades e as providências cabíveis em cada situação. § 2º Caberá ao titular do serviço público de saneamento básico a adoção de providências para transição para uma forma de operação regular, nos casos em que o contrato não puder ser regularizado. § 3º As providências mencionadas no § 2º incluirão aquelas preparatórias à extinção dos contratos irregulares, inclusive o cálculo de indenizações, quando cabíveis, e, no caso da estruturação de novos contratos de concessão, a elaboração dos estudos e das avaliações indispensáveis aos procedimentos licitatórios. § 4º Quando as providências de que trata o § 2º incluírem indenizações por investimentos em bens reversíveis não amortizados ou depreciados, as indenizações serão apuradas pelas agências reguladoras competentes e, quando a lei exigir, serão pagas até a data da transferência definitiva da prestação dos serviços, e esta responsabilidade poderá ser alocada no escopo de novos contratos de concessão. § 5º Para fins do disposto neste Decreto, as providências para extinção antecipada de contratos irregulares considerarão os conceitos e os procedimentos aplicáveis aos contratos de concessão, no que for cabível. § 6º A irregularidade do contrato não implica a interrupção automática do serviço, o titular do serviço público de saneamento básico poderá manter a prestação por meio do atual prestador pelo período necessário para o efetivo encerramento do contrato e para a transferência do serviço para novo prestador."

públicos de saneamento e as consequências jurídicas que lhe são inerentes. Como aspectos principais, destaca-se os seguintes:

(i) competência para verificação da irregularidade do contrato (art. 9º, § 1º): são competentes para a avaliação da regularidade do contrato o titular do serviço e a reguladora infranacional;

(ii) consequências normativas da verificação da irregularidade do contrato (art. 9º, §§ 1º a 5º): o titular do serviço possui a obrigação de tomar providências em face da eventual avaliação de irregularidades no ajuste, dentre as quais (a) atos preparatórios para a extinção do contrato; (b) indenização de ativos, especialmente os bens reversíveis e ainda não amortizados (art. 42, § 5º da Lei Federal n. 11.445/2007⁷), tal como indicado em norma de referência da ANA; e (c) estudos para concessão dos serviços e transição para uma forma regular de operação, no ponto, as regras aplicáveis são as dispostas na Lei Federal n. 8.987/1995.

(iii) continuidade da prestação dos serviços (art. 9º, § 6º): a irregularidade do contrato não implica a interrupção automática da prestação dos serviços, existindo a possibilidade de operação em caráter precário enquanto se espera pela regularização dos serviços.

4. Apoio da União Federal no Regime de Transição

Além do suporte econômico-financeiro da União Federal no setor (alocação de recursos públicos e disponibilização de linhas de crédito), prevê-se o apoio técnico federal em diversas etapas necessárias para a integral aplicação do *Novo Marco Regulatório do Saneamento Básico*.

Nessa esteira, o apoio técnico da União Federal está disposto no art. 10 do Decreto Federal n. 11.599/2023, com a seguinte lista de possíveis tarefas que receberão o suporte federal:

- (i) *definição das estruturas de prestação regionalizada;*
- (ii) *processo de adesão do titular do serviço público de saneamento básico a mecanismo de prestação regionalizada;*

7 "Art. 42 [...] § 5º A transferência de serviços de um prestador para outro será condicionada, em qualquer hipótese, à indenização dos investimentos vinculados a bens reversíveis ainda não amortizados ou depreciados, nos termos da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, facultado ao titular atribuir ao prestador que assumirá o serviço a responsabilidade por seu pagamento. (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020)"

(iii) estruturação da forma de exercício da titularidade e da governança em cada mecanismo de prestação regionalizada, de modo a se fixarem as responsabilidades de cada ente federativo e a melhor forma de gestão;

(iv) elaboração ou atualização dos planos municipais ou regionais de saneamento básico, que, em conformidade com os serviços a serem prestados, contemplarão todos os sistemas, considerados os ambientes urbano e rural, com, no mínimo, as seguintes metas: (a) expansão do acesso aos serviços; (b) redução de perdas na distribuição de água tratada; (c) qualidade na prestação dos serviços; (d) eficiência e uso racional da água, da energia e de outros recursos naturais; (e) reúso de efluentes sanitários; (f) aproveitamento de águas de chuva; (g) não intermitência do abastecimento; e (h) melhoria dos processos de tratamento;

(v) modelagem da prestação dos serviços em cada mecanismo de prestação regionalizada, considerados os ambientes urbanos e rurais, com base em estudos de viabilidade técnica, econômica e ambiental, e de operabilidade e manutenção dos sistemas, com prazo mínimo compatível com as metas de universalização do acesso ao saneamento básico;

(vi) definição da entidade de regulação e de fiscalização dos serviços públicos de saneamento básico, incluído o apoio à delegação, quando necessário;

(vii) elaboração ou atualização das normas de regulação e fiscalização, observadas as normas de referência para regulação dos serviços públicos de saneamento básico emitidas pela ANA, conforme a sua disponibilização;

(viii) alteração dos contratos existentes ou preparação de novos contratos, quando couber, com vistas à transição para o novo modelo de prestação, adotada a padronização de contrato proposta pela ANA, quando disponível, e aplicadas as metas definidas no plano regional de saneamento básico;

(ix) elaboração de edital, realização prévia de audiências e de consulta públicas, e realização de licitação para concessão dos serviços ou para alienação de controle acionário da empresa estatal prestadora dos serviços, aplicadas as metas definidas no plano regional de saneamento básico;

(x) apuração do valor de indenização dos investimentos vinculados a bens reversíveis não amortizados ou depreciados, se houver, na hipótese de substituição dos contratos vigentes por novos contratos de concessão, observadas as normas de referência para regulação dos serviços públicos

de saneamento básico emitidas pela ANA, conforme a sua disponibilização;

(xi) estruturação de política de recuperação de custos, em regime de eficiência, por meio da cobrança dos serviços de saneamento básico e da definição de diretrizes e critérios da estrutura tarifária e da tarifa social, observadas as normas de referência para regulação dos serviços públicos de saneamento básico emitidas pela ANA, conforme a sua disponibilização;

(xii) contratação de serviços especializados e acompanhamento das atividades, com o objetivo de promover a melhoria da gestão e a eficiência da prestação de serviços públicos de saneamento básico;

(xiii) capacitação de técnicos e gestores que atuam na prestação de serviços públicos de saneamento básico; e

(xiv) outras medidas acessórias necessárias, com vistas à universalização do acesso ao saneamento básico.

Como se observa, o apoio técnico ofertado pela União Federal aos titulares dos serviços é amplíssimo e dá conta desde o planejamento dos serviços públicos, por meio da elaboração de PMSBs, até a definição de objeto contratual para delegação dos serviços e elaboração de edital para procedimento licitatório.

No ponto, destaca-se o protagonismo recente do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES) na condução dos estudos para a licitação de projetos de saneamento básico. De 2020 para cá, o BNDES foi responsável pela modelagem (ou teve ativa participação no processo) dos principais contratos para prestação de serviços públicos de saneamento básico vigentes, dentre os quais: os três blocos de saneamento de Alagoas, a concessão de Cariacica/ES, os quatro blocos de saneamento do Rio de Janeiro (leilão Cedae/RJ), a Concessão do Estado do Amapá e a desestatização da Companhia Riograndense de Saneamento (Corsan/RS). Entende-se que a União Federal possui um papel essencial a ser exercido no processo de adaptação das operações vigentes, para fins de cumprimento dos objetivos do *Novo Marco Regulatório do Saneamento Básico*.

4.1 Transição para uma Forma Regular de Prestação dos Serviços

O apoio técnico da União Federal na transição de uma forma irregular de prestação dos serviços públicos de saneamento básico, para que possa ser considerada *regular*, está condicionado ao atendimento das diretrizes do *Novo Marco do Saneamento*, sob pena de ressarcimento das despesas incorridas na hipótese de descumprimento (art. 10, § 2º do Decreto Federal n. 11.599/2007⁸).

As diretrizes exigidas do titular do serviço na prestação de apoio técnico pela União Federal são as abordadas ao longo deste estudo, avaliadas em sede do art. 7º do Decreto Federal n. 11.599/2023. O atendimento daquelas exigências, contudo, não é pressuposto para a obtenção do apoio técnico da União Federal (art. 10, § 10º do Decreto Federal n. 11.599/2023), até porque o objetivo do suporte federal é auxiliar os titulares dos serviços a buscar um alinhamento com as diretrizes do *Novo Marco Legal*.

No processo de suporte técnico, prevê-se como “*medida acessória*” o acesso dos titulares dos serviços públicos com prestação irregular a aportes e financiamentos federais, desde que haja a comprovação da regularização dos serviços até a data limite de 31 de dezembro de 2025 (art. 11 do Decreto Federal n. 11.599/2023⁹).

5. Instrumentos de Adequação de Operações Vigentes de Saneamento Básico

Entende-se aqui a necessidade de regularizar e ou adequar as prestações quando, no estado atual da operação, essa não tiver a capacidade ou a obrigação expressa de, isoladamente, cumprir com as metas legais. Esse é o caso de contratos licitados ou contratos de programa que não possuem as metas de universalização em suas

8 “Art. 10 [...] § 2º O apoio técnico e financeiro da União ficará condicionado ao compromisso de conclusão das atividades de que trata o caput pelo titular do serviço público de saneamento básico, que ressarcirá as despesas incorridas na hipótese de seu descumprimento.”

9 “Art. 11. As medidas acessórias de que trata o inciso XIV do caput do art. 10 incluem o acesso, pelos titulares dos serviços públicos de saneamento básico com contratos irregulares, a recursos públicos federais ou financiamentos com recursos da União ou geridos ou operados por órgãos ou entidades da União para investimentos de capital nos serviços durante o período de transição para prestação regular, desde que assumam o compromisso de, até 31 de dezembro de 2025, comprovar a regularização da prestação do serviço.”

cláusulas de serviço, o que pode demandar diferentes soluções técnicas, tal como a aditivação contratual.

Diante de situações jurídicas que exigem adaptação ou regularização de operações, o *Novo Marco* disponibiliza instrumentos jurídicos de transição para prestações regulares e aderentes às metas legais, são esses: (a) a celebração de termo aditivo em contratos de programa (art. 11-B, § 1º da Lei Federal n. 11.445/2007); (b) a definição sobre a forma de cumprimento de metas de universalização remanescentes para contratos licitados em vigor (art. 11-B, § 2º da Lei Federal n. 11.445/2007); (c) a segregação da outorga de uso de recursos hídricos detida por companhias estaduais para fins de concessão de outras atividades atreladas e celebração de contratos de interdependência (art. 12 da Lei Federal n. 11.445/2007); e (d) a alienação do controle acionário de empresas públicas e sociedades de economia mista e consequente substituição dos contratos de programa por contratos de concessão de serviços públicos (art. 14 da Lei Federal n. 14.026/2020). A seguir, analisa-se cada um desses instrumentos jurídicos de regularização (ou adequação) das operações de saneamento básico ao *Novo Marco Regulatório*.

5.1 Celebração de Termo Aditivo em Contratos de Programa

Daqui para frente, não caberá mais a celebração de contrato administrativo ou de convênio entre o titular do serviço e outro ente federativo sem a realização de procedimento competitivo.¹⁰ A regra geral é a concessão (Lei n. 11.445/2007, art. 10), e apenas

10 Tal entendimento fica ainda mais evidenciado pelas razões de veto ao art. 16 da Lei Federal n. 14.026/2020, que permitia a renovação dos contratos de programa vigentes e a formalização de situações de fato de prestação de serviços por meio do contrato de programa: “A propositura legislativa, ao regularizar e reconhecer os contratos de programa, situações não formalizadas de prestação de serviços públicos de saneamento básico por empresa pública ou sociedade de economia mista, bem como possibilitar a prorrogação por 30 anos das atuais avenças, prolonga de forma demasiada a situação atual, de forma a postergar soluções para os impactos ambientais e de saúde pública decorrentes da falta de saneamento básico e da gestão inadequada da limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos. Ademais, a proposta, além de limitar a livre iniciativa e a livre concorrência, está em descompasso com os objetivos do novo marco legal do saneamento básico que orienta a celebração de contratos de concessão, mediante prévia licitação, estimulando a competitividade da prestação desses serviços com eficiência e eficácia, o que por sua vez contribui para melhores resultados.” Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Msg/VEP/VEP-396.htm. Acesso em: 28 fev. 2021.

excepcionalmente pode-se utilizar as ferramentas disponíveis na Lei n. 14.133/2021 (Decreto Federal n. 11.599/2023, art. 2º, inciso I, § 1º).

Apesar da vedação expressa da celebração de contratos de programa, o *Novo Marco Legal do Saneamento Básico*, face à necessidade de manutenção de escala para a prestação de serviço de caráter contínuo e essencial, estabeleceu período de transição do modelo anterior — de contratos de programa — para o modelo proposto pela Lei Federal n. 14.026/2020, que destaca os contratos de concessão. Isso porque o §3º do art. 10 da Lei n. 11.445/2007 dispõe que os “[...] *contratos de programa regulares vigentes permanecem em vigor até o advento do seu termo contratual*”. Dessa forma, as companhias estaduais têm a possibilidade de garantir a manutenção temporária da sua base de contratos, sem a alternativa de ampliar os prazos já estabelecidos. O dever de incorporar as metas sem o direito de reequilibrar o contrato, reitera-se, não é coerente com a proximidade teórica entre contratos de programa e contratos de concessão, ambos submetidos ao art. 23 da Lei Federal n. 8.987/1995 e ao Plansab. No entanto, isso está muito claro no desenho legal proposto, foi a vontade manifestada pela combinação entre Poder Executivo e Poder Legislativo, no contexto daquele período (2019-2022). Ademais, pode ser importante ressaltar que, mesmo com a modificação da liderança política no Poder Executivo (2023-2026), pela relevância do Poder Legislativo neste processo, a regra do jogo neste aspecto não foi alterada.

Em verdade, importante recuperar esse ponto, as metas do art. 11-B da Lei Federal n. 11.445/2007 já deveriam ser uma referência para os contratos de programa desde o Plansab, com tarifas ajustadas ao novo desafio. Todavia, esses ajustes não ocorreram no tempo devido, também por problemas de governança nos exemplos de *gestão associada* (CF/88, art. 241 e Lei Federal n. 11.107/2005). Na experiência prática de análise destes contratos, no exemplo Corsan, os contratos de programa estavam muito mais próximos dos convênios, bem mais distantes da complexidade natural de um contrato de concessão, o que sugeria um desalinhamento com a legislação vigente à época: falta de transparência em relação aos investimentos, matriz de risco e entregas objetivas que precisavam seguir um cronograma.

Em outras palavras, daqui para frente, os contratos de programa, para cumprirem metas legais do *Marco Legal do Saneamento*, dependerão da estipulação de ajustes na relação contratual entre a companhia estadual e os municípios, com as mediações da reguladora infranacional. Nessa esteira, a alteração de impacto econômico-financeiro mais significativa era a inclusão das metas de universalização elencadas pelo art. 11-B da Lei Federal n. 11.445/2007¹¹, quais sejam: disponibilidade de água potável para 99% da população e de rede de esgotamento sanitário para 90% da população até 31 de dezembro de 2033 (o que foi negligenciado em muitos casos).

Além disso, o §1º do art. 10-A da Lei n. 11.445/2007¹² impôs o dever de previsão de cumprimento de metas:

[...] de redução de perdas na distribuição de água tratada, de qualidade na prestação dos serviços, de eficiência e de uso racional da água, da energia e de outros recursos naturais, do reúso de efluentes sanitários e do aproveitamento de águas de chuva, em conformidade com os serviços a serem prestados.

O tema da redução de perdas, da qualidade da prestação dos serviços, da eficiência e do uso racional da água, da eficiência energética, da água de reúso, apenas para exemplificar, progressivamente vão se transformar em pontos de atenção desses contratos, na medida em que as reguladoras também atentarem para estes aspectos do conceito de serviço de saneamento básico. São metas obrigatórias, mas para o serviço de abastecimento de água e de esgotamento sanitário se atribuiu os compromissos mais imediatos;

11 "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."

12 "Art. 10-A. Os contratos relativos à prestação dos serviços públicos de saneamento básico deverão conter, expressamente, sob pena de nulidade, as cláusulas essenciais previstas no art. 23 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, além das seguintes disposições: I - metas de expansão dos serviços, de redução de perdas na distribuição de água tratada, de qualidade na prestação dos serviços, de eficiência e de uso racional da água, da energia e de outros recursos naturais, do reúso de efluentes sanitários e do aproveitamento de águas de chuva, em conformidade com os serviços a serem prestados."

e como se apontou anteriormente, a Lei Federal n. 11.445/2007, no art. 11-B, § 1º, havia fixado o dia 31 de março de 2022 apenas para estas duas atividades.

As consequências jurídicas do não cumprimento do prazo para a formalização dos termos aditivos serão objeto de reflexão em tópico específico; de qualquer forma, adianta-se que o direito positivo não previu o descumprimento do prazo como motivo de encerramento automático dos acordos vigentes. Ainda que o texto legal sugira uma obrigação definitiva, ultrapassado este prazo, não se pode cogitar que a melhor resposta para o problema criado seja a descontinuidade do serviço. Ao contrário, aumenta a pressão para que se realinhe os pactos existentes com o patamar atual de exigências explicitadas na legislação setorial.

A existência de termo aditivo é um problema para as companhias estaduais que estejam em processo de comprovação da capacidade econômico-financeira para concretizar as metas de universalização nos ciclos estabelecidos em lei. Isso se dá porque as companhias estaduais não terão condições de comprovar a saúde financeira dos ajustes enquanto estiverem pendentes as inclusões das cláusulas de serviço adicionais, como visto no capítulo sobre a análise do Decreto Federal n. 11.598/2023 e a regulamentação do art. 10-B da Lei Federal n. 11.445/2007.

Reitera-se que a inclusão das metas de universalização e as demais previstas pelo §1º do art. 11-B da Lei n. 11.445/2007 deve ser formalizada por meio de termo aditivo ao contrato de programa, informação extraída da leitura conjunta do *caput* do art. 10-B e do § 3º do art. 11-B, ambos dispositivos da Lei n. 11.445/2007. O *caput* do art. 10-B destaca que:

Os contratos em vigor, incluídos aditivos e renovações, autorizados nos termos desta Lei [...] estarão condicionados à comprovação da capacidade econômico-financeira da contratada [...] com vistas a viabilizar a universalização dos serviços na área licitada até 31 de dezembro de 2033.

Analisa-se, conjuntamente, o que está disposto no § 3º do art. 11-B:

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 art. [...].

Por isso, vedada a celebração de novos contratos de programa ou a renovação dos existentes¹³, o meio permitido pela legislação para incorporação das metas é o do termo aditivo ao contrato de prestação de serviços que esteja em vigor.

Trata-se de um termo aditivo que propõe uma readequação sem desnaturar o conteúdo da relação contratual; todavia, é preciso destacar: não se caracteriza pela mera *inclusão* das metas no contrato de programa. O atendimento integral das determinações do *Novo Marco* significa a assunção da responsabilidade, pelo operador dos serviços, de realizar a expansão da infraestrutura necessária ao cumprimento das metas de universalização, o que pode exigir mobilização de recursos significativos (Capex). Com a modificação dos investimentos previstos na relação contratual deve-se revisar a política tarifária e os subsídios e subvenções elencados.

5.1.1 Cronograma de Metas de Universalização

A Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico (ANA), por meio da NR n. 02/2021 (Resolução ANA n. 106/2021) definiu a padronização do conteúdo mínimo do termo aditivo para a inclusão das metas de universalização dos serviços de saneamento básico, em relação aos componentes do abastecimento de água e coleta e tratamento de esgotamento sanitário. Cuida-se do exercício, pela ANA, da competência de redação de normas de referência sobre temas sensíveis à prestação dos serviços públicos, em uma tentativa de padronização nacional das diretrizes regulatórias, prevista no art. 22, inciso I da Lei n. 11.445/2007¹⁴ c/c art. 4-A da Lei n. 9.984/2000¹⁵.

13 “Art. 16. Os contratos de programa vigentes e as situações de fato de prestação dos serviços públicos de saneamento básico por empresa pública ou sociedade de economia mista, assim consideradas aquelas em que tal prestação ocorra sem a assinatura, a qualquer tempo, de contrato de programa, ou cuja vigência esteja expirada, poderão ser reconhecidas como contratos de programa e formalizadas ou renovados mediante acordo entre as partes, até 31 de março de 2022. Parágrafo único. Os contratos reconhecidos e os renovados terão prazo máximo de vigência de 30 (trinta) anos e deverão conter, expressamente, sob pena de nulidade, as cláusulas essenciais previstas no art. 10-A e a comprovação prevista no art.10-B da Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007, sendo absolutamente vedada nova prorrogação ou adição de vigência contratual.”

14 “Art. 22. São objetivos da regulação: I - estabelecer padrões e normas para a adequada prestação e a expansão da qualidade dos serviços e para a satisfação dos usuários, com observação das normas de referência editadas pela ANA; ”

15 “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

Especificamente sobre a produção da referida norma, tem-se a previsão legal no art. 4-A, §1º, inciso III da Lei n. 9.984/2000¹⁶.

Nessa esteira, o art. 3º da Norma de Referência ANA n. 02/2021 restringiu o objeto de padronização ao seguinte:

*Art. 3º Os aditivos aos Contratos de Programa e de Concessão necessários ao atendimento do previsto no Art.11-B, §1º da Lei n. 11.445/2007 deverão ter por **objeto a inclusão de cláusulas para incorporação das metas contratuais** previstas no caput do referido artigo [grifamos].*

A consequência disso para os contratos de programa é o dever de alteração do instrumento com a substituição das metas existentes, se já não compatíveis com a Lei n. 14.026/2020¹⁷. O mero quantitativo de atendimento (99% de água tratada e 90% de coleta e tratamento de esgoto) não é suficiente para o devido cumprimento da obrigação legal; além disso, impõe-se a demonstração de um planejamento com cronograma de realização das metas. Cuida-se, como refere o *caput* do art. 11 da Lei n. 11.445/2007, de aspectos que aferem a validade do contrato.

De qualquer forma, o enfoque da NR ANA n. 02/2021 foi no estabelecimento das metas de universalização e eficiência de que trata o art. 11-B da Lei n. 11.445/2007, sobretudo na disposição de critérios para a avaliação do cumprimento dos índices de cobertura na prestação dos serviços.

Assim, o art. 5º da NR ANA n. 02/2021 estabelece a previsão de “*metas finais e intermediárias de universalização*”, cujo cumprimento será verificado anualmente pela entidade reguladora. Quanto ao ponto, entende-se que a aludida disposição faça remissão implícita ao art. 11, inciso V da Lei n. 11.445/2007, que refere a existência

fiscalizadoras, observadas as diretrizes para a função de regulação estabelecidas na Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007.”

16 “Art. 4º-A [...] § 1º Caberá à ANA estabelecer normas de referência sobre: 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;”

17 É preciso fazer a ressalva de que a solução para a incorporação das metas nos contratos de concessão licitados anteriormente à Lei n. 14.026/2020 é outra, cujo procedimento está estipulado pelo art. 11-B, § 2º da Lei n. 11.445/2007.

obrigatória de um “*cronograma de universalização dos serviços*”¹⁸, até porque não se inclui, por exemplo, o cumprimento de porcentagem específica em determinado ano anterior a 2033.

Aspecto relevante da diretriz regulatória é a definição do conceito de “*área de abrangência do prestador de serviço*”, na forma do art. 2º, inciso III da NR ANA n. 02/2021. Observa-se:

Art. 2º Para os efeitos desta norma, aplicam-se os seguintes conceitos e definições: [...]

III – Área de Abrangência do Prestador de Serviços: Área geográfica, definida em contrato ou outro instrumento legal, na qual o Prestador de Serviços obriga-se a prestar os serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário, considerados de forma individual ou conjunta, conforme definição do objeto do contrato;

Isso porque tal conceito dialoga com a previsão dos indicadores para o teste de conformidade das metas de universalização, consoante art. 6º da NR ANA n. 02/2021, de modo que os aludidos indicadores para fins de cumprimento das metas de universalização se relacionam à “*área de abrangência do prestador de serviço*”. Atenta-se:

Art. 6º As cláusulas relativas às metas de universalização previstas no Art. 11-B da Lei n. 11.445/2007 deverão prever meios para aferição e comprovação de seu atingimento, por meio do acompanhamento periódico dos seguintes indicadores:

*I – indicador de universalização do abastecimento de água: Índice de economias residenciais atendidas com rede de abastecimento de água na **área de abrangência do prestador de serviços**;*

*II – indicador de universalização de coleta de esgotos sanitários: Índice de economias residenciais atendidas com rede coletora de esgoto na **área de abrangência do prestador de serviços**;*

*III – indicador de universalização de tratamento de esgotos sanitários: Índice de economias residenciais atendidas com rede coletora e tratamento de esgoto na área de **abrangência do prestador de serviços**. [grifamos].*

18 “Art. 11. São condições de validade dos contratos que tenham por objeto a prestação de serviços públicos de saneamento básico: [...] V - a existência de metas e cronograma de universalização dos serviços de saneamento básico.”

Ressalta-se que o método e as fórmulas necessárias para que a entidade reguladora realize o cálculo dos indicadores estão previstos em anexo da Norma de Referência, conforme parágrafo único do art. 6º¹⁹, já avaliados ao longo deste trabalho.

Outrossim, para fins de cumprimento das metas de universalização na área de abrangência do prestador de serviços, a NR ANA n. 02/2021 garante que serão considerados os métodos alternativos e descentralizados, bem como soluções individualizadas, desde que devidamente atestados pela reguladora infranacional. Isso é o que dispõe o parágrafo único, incisos I e II do art. 7º, *in verbis*:

Art. 7º [...]

Parágrafo único. A entidade reguladora poderá considerar, para fins de comprovação do cumprimento das metas de universalização:

I – domicílios que sejam atendidos por métodos alternativos e descentralizados por ela autorizados, para os serviços de abastecimento de água ou de coleta e tratamento de esgoto em áreas rurais, remotas ou em núcleos urbanos informais consolidados pertencentes à Área de Abrangência do Prestador de Serviços;

II – na ausência de redes públicas, soluções individuais devidamente reguladas, que não se enquadrem no inciso anterior, para abastecimento de água ou afastamento e destinação final dos esgotos, na área de abrangência do prestador de serviços.

Para que não haja dúvidas sobre o dever de cumprimento das metas de universalização em cada um dos Municípios, apesar da disposição similar na Lei n. 11.445/2007²⁰, o art. 8º da NR ANA n. 02/2021²¹ diz que o termo aditivo deve prever a conformidade da operação com as metas mesmo no caso de prestação regionalizada

19 “Art. 6º [...] Parágrafo único. As definições, fórmulas e origem das informações necessárias para o cálculo dos indicadores são estabelecidos no anexo 1 a esta Norma de Referência.”

20 “Art. 11-B [...] § 6º As metas previstas neste artigo deverão ser observadas no âmbito municipal, quando exercida a titularidade de maneira independente, ou no âmbito da prestação regionalizada, quando aplicável.”

21 “Art. 8º Os aditivos aos Contratos de Programa e de Concessão deverão prever que as metas contidas no Art. 11-B da Lei n. 11.445/2007 serão observadas no âmbito municipal, quando exercida a titularidade de maneira independente ou, no caso de Prestação Regionalizada, em cada um dos municípios que a compõem.”

(unidade regional, bloco de referência, região metropolitana, aglomerações urbanas e microrregiões).

Destaca-se que os contratos de programa já têm metas próprias, calcadas nos respectivos planos municipais de saneamento (quando existentes e atualizados), com nomenclaturas particulares e dentro do padrão de investimentos esperado anteriormente ao *Novo Marco*. Esses planos de investimentos devem ser atualizados em sede do termo aditivo quando necessário, caso não prevejam as cláusulas de serviço referentes às metas de universalização. Na prática dessas relações, municípios e operadores, com a participação das entidades reguladoras, cooperarão para aperfeiçoar o caderno regulatório que emprestará estabilidade ao setor. Os Planos Municipais são documentos móveis, assim como os contratos e as normas das reguladoras, visto que são vínculos de longo prazo para uma realidade que é cambiante. Também, neste aspecto, o Direito Administrativo Brasileiro, assim como outros campos do conhecimento jurídico o fizeram, evoluiu muito.

Os contratos de concessão não são mais fotografias, que captam o acordo de vontades que resultou da conclusão de um processo licitatório e a possível assinatura do documento. Não seria um exagero dizer, até porque já existe um relativo consenso sobre isso, o contrato de concessão é um filme, que pode inclusive terminar com outros atores ocupando o papel principal (Lei n. 8.987/1995, arts. 27, 27-A, 28, 28-A).

5.1.2 Modificações Adicionais no Ajuste

Destaca-se que as modificações ora citadas não estão contempladas pelo prazo do § 1º do art. 11-B da Lei Federal n. 11.445/2007. Isso foi esclarecido após a redação da NR ANA n. 02/2021 e do andamento da própria agenda regulatória da entidade reguladora nacional, que somente em 2024 emitiu normas de referências essenciais sobre os temas contemplados pelo art. 10-A da Lei Federal n. 11.445/2007 em prazo condizente ao do § 1º do art. 11-B da Lei Federal n. 11.445/2007, tais como: (i) alocação de riscos contratuais; e (ii) metodologia de cálculo de eventual indenização por ativos não amortizados.

Desde logo, é preciso dizer novamente, há diversos modelos de contratos de programa no país, cujo conteúdo, complexidade e abrangência se distinguem. Por isso, em alguns casos, o



aperfeiçoamento de alguns pontos será essencial para pacificar conflitos regulatórios, seja pela materialização de riscos inerentes à operação, seja no encerramento do ajuste. Nas hipóteses em que os temas já estejam contemplados nos contratos de programa, entende-se que a regulação contratual deve prevalecer sobre a regulação discricionária, enquanto decorrência da segurança jurídica e do ato jurídico perfeito.

5.1.2.1 Fontes de Receitas Alternativas

Nessa toada, os incisos do art. 10-A da Lei n. 11.445/2007 indicam um rol de cláusulas essenciais aos contratos de prestação de serviços públicos de saneamento básico. Por conseguinte, são pontos que, em algum momento, devem estar contemplados em contratos de prestação de serviços públicos futuros, inclusive para contratos de programa que estejam em processo de adequação ao *Novo Marco Regulatório do Saneamento Básico* (mesmo após os prazos delimitados pela lei). O inciso I, como referido, trata das metas do *Novo Marco Legal*. O inciso II, por sua vez, destaca a inclusão de:

Art. 10-A. Os contratos relativos à prestação dos serviços públicos de saneamento básico deverão conter, expressamente, sob pena de nulidade, as cláusulas essenciais previstas no art. 23 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, além das seguintes disposições: [...] II - possíveis fontes de receitas alternativas, complementares ou acessórias, bem como as provenientes de projetos associados, incluindo, entre outras, a alienação e o uso de efluentes sanitários para a produção de água de reúso, com possibilidade de as receitas serem compartilhadas entre o contratante e o contratado, caso aplicável; (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020).

Cuida-se da possibilidade de obtenção de receitas alternativas, para além da cobrança de preços públicos pela prestação dos serviços, uma cláusula usual nos contratos de concessão de serviços (comum, patrocinada ou administrativa), que passa a ser essencial ao contrato de programa.

A água de reúso, o tratamento de efluentes, as ações para controlar perdas hídricas e o reflorestamento, seja utilizando infraestrutura cinza, seja verde, podem representar novos fornecedores e novos contratos para a cadeia produtiva do saneamento. A comercialização de água de reúso e o tratamento de efluentes

industriais são mercados que serão desenvolvidos pelas concessionárias do setor de saneamento. Dessa forma, reitera-se, está previsto no art. 10-A, inciso II, da Lei Federal n. 11.445/2007, a exigência da previsão contratual das possíveis fontes de receitas alternativas à atividade principal concedida ao prestador. Dependendo das cláusulas contratuais e na medida em que essas receitas adquirirem expressão, pode-se estabelecer gatilhos que compartilhem esses resultados positivos com o poder concedente e os usuários.

Percebe-se, portanto, um estímulo da nova legislação para que os contratos de concessão estejam abertos para receitas alternativas, socializando os ganhos econômicos para além do concessionária (Lei n. 8.987/1995, art. 11).²² Ademais, segue essa mesma lógica o *caput* do artigo 49-A da Lei Federal n. 11.445/2007²³, incluído pela Lei Federal n. 14.546/2023, ao atribuir à União o papel de estimular e incentivar o uso das águas pluviais e o reúso das águas cinzas em atividades que não exijam padrões de potabilidade.

Vale ressaltar, há um papel fundamental atribuído às agências reguladoras, qual seja, regulamentar as atividades que exploram receitas alternativas por estarem associadas aos serviços principais de saneamento, estes que são de interesse público. Dentro deste assunto, cabe valorizar a experiência da Agência Reguladora de Serviços Públicos do Estado de São Paulo (Arsesp), cumprindo este papel. E, em sua Terceira Revisão Tarifária Ordinária, a Arsesp, por meio da Nota Técnica Preliminar n. 0005²⁴, definiu o critério e o percentual de compartilhamento das receitas associadas às águas de reúso pela Sabesp. A agência reguladora propôs um compartilhamento de 10% das receitas associadas ao reúso a serem destinadas à modicidade tarifária, ficando o restante para a companhia.

Entretanto, ao determinar a classificação e os critérios de compartilhamento das receitas alternativas da Sabesp, a Nota

22 Art. 11. No atendimento às peculiaridades de cada serviço público, poderá o poder concedente prever, em favor da concessionária, no edital de licitação, a possibilidade de outras fontes provenientes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, com ou sem exclusividade, com vistas a favorecer a modicidade das tarifas, observado o disposto no art. 17 desta Lei.

23 Art. 49-A. No âmbito da Política Federal de Saneamento Básico, a União estimulará o uso das águas de chuva e o reúso não potável das águas cinzas em novas edificações e nas atividades paisagísticas, agrícolas, florestais e industriais, conforme regulamento (Incluído pela Lei nº 14.546, de 2023).

24 ARSESP. **Nota Técnica n. 05/2021**. Disponível em: <https://www.arsesp.sp.gov.br/ConsultasPublicasBiblioteca/NTF-0005-2021.pdf>. Acesso em: 05 mar. 2024.

Técnica Final n. 0083 classifica as receitas alternativas em: (i) receitas complementares; (ii) receitas acessórias; (iii) receitas de projetos associados; e (iv) receitas de sociedades de propósito específico (SPE). As receitas correspondentes ao compartilhamento anteriormente mencionado do reúso das águas dizem respeito ao segundo tipo (receitas acessórias). De acordo com a nota:

*São receitas provenientes de atividades relacionadas indiretamente ao objeto dos contratos de programa ou de prestação de serviços. Para serem executadas dependem da estrutura colocada à disposição da Sabesp no exercício de sua atividade principal. Entretanto, tais atividades não são caracterizadas como essenciais à prestação adequada dos serviços constantes do objeto principal dos contratos.*²⁵

Faz-se relevante a classificação ao analisar-se novamente o projeto Aquapolo Ambiental S/A, considerado o maior empreendimento da América do Sul e um dos maiores do mundo em produção de água de reúso. O Aquapolo é uma sociedade de propósito específico resultante da parceria entre a Sabesp e a GS Inima Industrial, responsável por fornecer o efluente tratado pela ETE-ABC da Sabesp para o Polo Petroquímico de Capuava e algumas indústrias da Região do ABC Paulista²⁶. A Companhia Estadual possui 49% da participação acionária da SPE e, conforme a nota que classifica as receitas alternativas, não haverá compartilhamento das receitas que provém das SPEs, diferentemente das receitas acessórias, com percentual de compartilhamento já definido.

Um panorama sobre os aspectos legais do tema águas de reúso pode ser traçado devido à vasta documentação difusa responsável por orientar essa prática. Nacionalmente, as atualizações feitas pela Lei Federal n. 14.026/2020 no Marco do Saneamento (11.445/2007), ao referir-se ao serviço de esgotamento sanitário, trata da disposição final adequada dos esgotos sanitários com vista à produção de água de reúso ou seu lançamento ambientalmente adequado ao meio ambiente²⁷. Além desse dispositivo, o artigo 49-

25 ARSESP. **Nota Técnica n. 83/2020**. Disponível em: <https://www.arsesp.sp.gov.br/ConsultasPublicasBiblioteca/NT.F-0083-2020.pdf> Acesso em: 05 mar. 2024

26 Mais informações disponíveis em: <http://www.aquapolo.com.br/>.

27 Art. 3º Para fins do disposto nesta Lei, considera-se: (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020) I - saneamento básico: conjunto de serviços públicos, infraestruturas e instalações operacionais de: [...] b) esgotamento sanitário: constituído pelas atividades e pela disponibilização e manutenção de infraestruturas e instalações

A, desta mesma lei, como citado anteriormente, confere à União o papel de estimular o uso de águas de reúso — essa como responsável pela Política Federal de Saneamento Básico. No nível federal, há alguns documentos de caráter regulatório que abordam a prática de reúso, como (i) a Resolução n. 54/2005 do Conselho Nacional de Recursos Hídricos; (ii) a Resolução n. 430/2011 do CONAMA; (iii) as diretrizes voluntárias do Programa de Pesquisas em Saneamento Básico (Prosab); e (iv) O Programa de Desenvolvimento do Setor Água (INTERÁGUAS). No nível estadual, alguns estados, como Bahia, Ceará, São Paulo, Minas Gerais e Rio Grande do Sul, produziram regulamentos internos de reúso de água para diversos fins, com o objetivo de reduzir a pressão sobre os mananciais e contribuir para o uso mais equilibrado do recurso natural, o que também ocorre com o controle das perdas.

As receitas acessórias são uma forma de incentivar a exploração econômica de ativos públicos, tendo-se, como contrapartida, o compartilhamento da receita bruta obtida com o Poder Público. Assim, aspecto definitivo para a exploração econômica das águas de reúso seria a realização de um estudo jurídico sobre o regime das receitas acessórias em determinado ajuste público, levando em consideração a realidade local do prestador e a viabilidade econômico-financeira dessa exploração. Boas modelagens devem abrir espaço para a entrada de novos negócios na operação, o que significa o reforço das receitas acessórias com prováveis benefícios para os usuários desta modalidade. A inovação, com ou sem o emprego de tecnologia, permite compartilhar ganhos econômicos para a concessionário e o poder concedente.

O aproveitamento da água de reúso, e sua possível condição de *receita alternativa*, dependerá de uma satisfatória relação de custo-benefício. Ainda que pareça uma estratégia racional — o denominado *uso inteligente da água* —, é fundamental que o mercado e a sociedade estejam engajados. É preciso, evidentemente, compatibilizar a qualidade da água com a futura utilização (Norma ABNT n. 13.969/1997), nos termos da Lei n. 9.433/1997, art. 20, I). O uso intensivo de tecnologia pode melhorar a condição do efluente aumentando a credibilidade do produto, não apenas para o mercado

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 [grifamos]** (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020).

agrícola. O uso mais eficiente da água, por ser um recurso limitado e de valor econômico, deve ser incentivado, e, no caso específico do *reúso da água para fins não potáveis*, revela-se a existência de uma hierarquia para o consumo de água de melhor qualidade: o consumo humano e a dessedentação dos animais.

Seja o reúso indireto da água, seja o reúso direto planejado — para a indústria e a irrigação —, sempre será preciso compatibilizar a utilização do insumo com a nível exigido de tratamento. Em outras palavras:

“[...] o reúso em processos industriais, como, por exemplo, em sistemas de resfriamento semi-aberto, são relativamente simples, devendo produzir efluentes capazes de evitar corrosão ou formação de depósitos, crescimento de microrganismos e formação excessiva de espuma. Em outras aplicações, tais como água para a produção de vapor, para lavagem de chaminés e para processos industriais específicos como manufatura de papel e papelão, indústria têxtil, de material plástico e de produtos químicos, petroquímicas, curtumes, construção civil, exige determinada qualidade do efluente final, podendo envolver sistemas de tratamento avançados e demandar, conseqüentemente, níveis de investimento elevados. Dependendo das características dos efluentes e dejetos líquidos e da eficiência da remoção dos poluentes que se deseja obter, é definido o nível de tratamento a ser atingido no processo de reúso: preliminar, primário, secundário e terciário ou avançado”²⁸.

No caso específico das operadoras dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário, existe a perspectiva de desenvolver o mercado de *venda de água de reúso* para as indústrias.

28 Em síntese, “O reúso para fins industriais propicia o controle de qualidade da água, de acordo com a sua finalidade, e mantém o processo produtivo regularmente abastecido ao reaproveitar o efluente produzido pela própria indústria, ou mesmo um efluente terceirizado. Esta prática, além de economicamente vantajosa, acompanha a tendência mundial de preservação das reservas de água bruta, como medida preventiva contra o caos absoluto que a escassez provocaria. Portanto, uma indústria que substitui o descarte do esgoto por um tratamento no qual é transformado em água não potável e é assim reutilizado dentro da própria indústria executa o que se chama de reciclagem da água”. COSTA, Regina Helena Pacca Guimarães. *Reúso*. In: TELLES, Dirceu D’Alckmin; COSTA, Regina Helena Pacca Guimarães. **Reúso da Água: conceitos teorias e práticas**. 2ª ed. São Paulo: Blucher, 2010, p. 182.

As ETEs podem comercializar os efluentes tratados que são compatíveis para o uso de água não potável.

Dentro do contrato maior de concessão, na perspectiva de uma plataforma capaz de absorver outras atividades, para além do abastecimento de água e esgotamento sanitário, pode-se avaliar o plano de investimento para tornar a *venda da água de reúso* uma alternativa de receita sustentável, no aspecto social, ambiental e econômico.

5.1.2.2 Metodologia para Indenização de Ativos Não Amortizados

Seguindo-se na análise do art. 10-A da Lei Federal n. 11.445/2007, o inciso III impõe a incorporação de metodologia de cálculo de eventual indenização com relação aos bens reversíveis e não amortizados. Aqui, fala-se sobretudo na infraestrutura disponibilizada para a prestação dos serviços de água e esgoto. Veja-se:

Art. 10-A. [...]

III - metodologia de cálculo de eventual indenização relativa aos bens reversíveis não amortizados por ocasião da extinção do contrato; (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020).

Esse é um ponto importante, porque os contratos de programa terão, de fato, o seu fim, pelo advento do seu termo, sem possibilidade de renovação, ou pela incapacidade de demonstração da capacidade econômico-financeira de responder pelas metas legais. Ressalta-se tal informação porque antes, dentro do modelo Planasa, não se tinha como horizonte o eventual encerramento do contrato: as relações eram contínuas, tendo em vista a natureza monopolista da atividade e a ausência de *players* de mercado suficientes para estimular a troca voluntária do modelo de prestação de serviços — de gestão associada para a licitação. Assim, a metodologia para mensuração da indenização pelos bens reversíveis não amortizados, incidente justamente ao fim do contrato, não constituía uma preocupação real da companhia e do município.

Com o novo estado de coisas inaugurado pela Lei Federal n. 14.026/2020, a forma de cálculo do valor indenizatório passa a ter maior relevo, tanto que foi objeto da NR ANA n. 03/2023 (Resolução n. 161 da ANA).

O dilema quanto ao tópico é reflexo da pulverização regulatória do setor. Isso porque parcela dos contratos de programa, de forma genérica, remetem a metodologia de cálculo à entidade reguladora, que varia entre Estados-membros ou entre municípios da mesma unidade federativa. A padronização da metodologia de indenização ainda depende de adesão pelas entidades reguladoras infranacionais, com alto risco de judicialização do tema, caso haja conflitos entre a regulação contratual e a regulação discricionária.

5.1.2.3 Cláusula de Repartição de Riscos

O inciso IV do art. 10-A da Lei n. 11.445/2007, por seu turno, dispõe sobre a condição obrigatória de existência de alocação de riscos nos contratos para prestação de serviços públicos de saneamento. Observa-se:

Art. 10-A. [...]

IV - repartição de riscos entre as partes, incluindo os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária. (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020).

O uso de técnicas de repartição de riscos em contratos públicos foi incorporado na legislação brasileira por meio da Lei Federal n. 11.079/2004, como cláusula essencial dos contratos de concessão qualificáveis como parcerias público-privadas, na forma da Lei n. 11.079/2004. Tal regra está disposta no art. 5º, inciso III desse diploma legal²⁹. Desse modo, a interpretação usual era de que a repartição de riscos era uma peculiaridade das PPPs, sendo, inclusive, inadequada às concessões comuns (Lei Federal n. 8.987/2004), consoante posicionamento do Manual de Contabilidade Aplicada ao Setor Público³⁰. Esse entendimento foi modificado pela prática

29 "Art. 5º As cláusulas dos contratos de parceria público-privada atenderão ao disposto no art. 23 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, no que couber, devendo também prever: [...] III – a repartição de riscos entre as partes, inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária;"

30 "Parceria público-privada (PPP) é uma modalidade especial de contrato administrativo de concessão de serviço público, com eventual execução de obras ou fornecimento de bens. A PPP se diferencia da concessão comum por envolver contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado e repartição de riscos entre as partes." BRASIL. MINISTÉRIO DA FAZENDA – SECRETARIA DO TESOURO NACIONAL. **Manual de Contabilidade Aplicada ao Setor Público**. 8ª Edição, 2019. Disponível em: https://www.cnm.org.br/cms/images/stories/Links/20122018_CPU_MCASP_8_ed_-_publicacao_com_capa_2vs.pdf. Acesso em: 03 maio 2021.

da modelagem jurídica de contratos públicos, que passou a adotar cláusulas de repartição de riscos em contratos de concessão comum³¹. Atualmente, a Lei Federal n. 14.133/2021 (Nova Lei de Licitações) possibilita o uso da técnica de repartição de riscos para todos os contratos administrativos tradicionais (art. 22 da Lei Federal n. 14.133/2021³²), e a exige expressamente para contratações integradas e semi-integradas (art. 22, § 3º da Lei Federal n. 14.133/2021³³).

A partir do *Novo Marco Regulatório do Setor*, impôs-se aos contratos de prestação de serviços públicos de saneamento, incluindo-se os contratos de programa, a obrigatoriedade de alocação de riscos. O termo aditivo, por conseguinte, poderá contemplar tal demanda legal, seja para estabelecer uma matriz de riscos própria, seja para sinalizar para adesão à matriz de riscos proposta pela reguladora nacional, mediante norma de referência. É preciso atentar-se à medida que atribui maior segurança jurídica na prestação dos serviços públicos, uma vez que as ocorrências no curso da relação contratual estariam resolvidas dentro do próprio instrumento: é o meio pelo qual persegue-se a estabilização dos litígios, ainda que a repartição de riscos, isoladamente, seja insuficiente.

Recentemente, a ANA publicou a Norma de Referência ANA n. 05/2024 tratando sobre a matriz de riscos para contratos de prestação de serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário, que deverá ser adotada pelos futuros contratantes³⁴.

31 Como exemplo, cita-se a recente concessão comum do Terminal Rodoviário de Cuiabá, com previsão de cláusula de repartição de riscos. Ressalta-se que se trata de uma concessão não qualificada como PPP, cujo objeto não é a prestação de serviços públicos de saneamento básico – fora da incidência do Novo Marco Regulatório. GOVERNO DO ESTADO DE MATO GROSSO. **Minuta de Contrato – Concorrência Pública n. 003/2020**. Maio/2020. Disponível em: <http://www.sinfra.mt.gov.br/documents/363190/14569659/ANEXO+I+-+MINUTA+DE+CONTRATO+30.08.pdf/d65a5052-2ab0-5b90-8ab4-0a87028dcd46>. Acesso em: 03 maio 2021.

32 “Art. 22. O edital poderá contemplar matriz de alocação de riscos entre o contratante e o contratado, hipótese em que o cálculo do valor estimado da contratação poderá considerar taxa de risco compatível com o objeto da licitação e com os riscos atribuídos ao contratado, de acordo com metodologia predefinida pelo ente federativo.”

33 “Art. 22. [...] § 3º Quando a contratação se referir a obras e serviços de grande vulto ou forem adotados os regimes de contratação integrada e semi-integrada, o edital obrigatoriamente contemplará matriz de alocação de riscos entre o contratante e o contratado.”

34 BRASIL. **Resolução ANA n. 178/2024**. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-ana-n-178-de-15-janeiro-de-2024-537591455>. Acesso em: 16 jan. 2024.

Refere-se, outrossim, que a divisão de riscos dentro do contrato de programa é comumente precária. Como dito, as companhias estaduais e municípios costumavam (i) atribuir a responsabilidade para a agência reguladora de decidir, na omissão do contrato, sobre as circunstâncias suportadas pelo operador ou pelo titular dos serviços, e quais eventualmente ensejariam ou não a revisão de tarifas; e (ii) prever a alocação de riscos de forma esparsa no contrato e em poucas hipóteses. A Lei Federal n. 14.026/2020, por sua vez, busca trazer maior previsibilidade à operação dos serviços, constituindo um ganho objetivo na segurança jurídica da relação contratual.

Em relação a matéria, cabe dizer que há boas modelagens de cláusula de repartição de riscos em contratos de prestação de serviços públicos, ainda que sempre haja espaço para o aprimoramento, que será fruto da coleta de experiências nas operações mais recentes, tendo em vista que o direito não é capaz de prever todas as possibilidades de litígios contratuais, de riscos e de eventos de incerteza contratual. Como exemplos de modelagens, cita-se os três blocos de saneamento de Alagoas, a concessão de Cariacica/ES, os quatro blocos de saneamento do Rio de Janeiro (leilão Cedae/RJ) e a Concessão do Estado do Amapá, todos decorrentes de estudos protagonizados pelo BNDES.

5.1.2.4 Mecanismos Privados de Resolução de Conflitos: Mediação e Arbitragem

Por fim, salienta-se a discricionariedade existente na inclusão dos mecanismos privados de resolução de conflitos, quais seja, a de medição ou arbitragem nos contratos de prestação de serviços

"Art. 14. A presente Norma de Referência aplica-se aos contratos existentes não-licitados, em atendimento ao estabelecido no art. 13, § 1º, inciso I, da Lei nº 11.107, de 6 de abril de 2005.

Art. 15. As entidades reguladoras infranacionais deverão propor, para os contratos existentes não-licitados que não possuam matriz de riscos, um regulamento para aplicação no próximo ciclo tarifário, por meio de ato normativo observando os termos desta Norma de Referência. § 1º Para o ato normativo a que se refere o caput, a entidade reguladora deve utilizar a matriz de riscos proposta no Anexo I desta Norma de Referência. § 2º O regulamento de que trata o caput deste artigo será usado para disciplinar os pedidos de reequilíbrio econômico-financeiro no ciclo tarifário seguinte à sua publicação, não havendo necessidade de alteração dos contratos existentes não-licitados.

Art. 16. As entidades reguladoras infranacionais que possuem regulamento sobre repartição de riscos deverão revisá-lo por meio de ato normativo, observando os termos desta Norma de Referência, para disciplinar os pedidos de reequilíbrio econômico-financeiro no próximo ciclo tarifário."

públicos de saneamento básico, incluindo os contratos de programa, conforme disposto pelo art. 10-A, § 1º da Lei n. 11.445/2007:

Art. 10-A. Os contratos relativos à prestação dos serviços públicos de saneamento básico deverão conter, expressamente, sob pena de nulidade, as cláusulas essenciais previstas no art. 23 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, além das seguintes disposições: (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020)

[...]

§ 1º Os contratos que envolvem a prestação dos serviços públicos de saneamento básico poderão prever mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes do contrato ou a ele relacionadas, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020)

Além do artigo acima transcrito, a Lei n. 9.984/2000 (alterada pela Lei n. 14.026/2020) também dispôs sobre o papel da ANA estipular instância administrativa de ação arbitral. Atenta-se:

Art. 4º-A. A ANA instituirá normas de referência para a regulação dos serviços públicos de saneamento básico por seus titulares e suas entidades reguladoras e fiscalizadoras, observadas as diretrizes para a função de regulação estabelecidas na Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007. (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020).

[...]

§ 5º A ANA disponibilizará, em caráter voluntário e com sujeição à concordância entre as partes, ação mediadora ou arbitral nos conflitos que envolvam titulares, agências reguladoras ou prestadores de serviços públicos de saneamento básico. (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020).

Assim, o *Novo Marco Regulatório do Saneamento Básico* permite a utilização de diferentes formas de resolução privada de conflitos, todas de caráter voluntário. Nessa esteira, dispõe-se sobre a mediação, de modo que tanto a ANA quanto as reguladoras locais e regionais (o que não é propriamente uma novidade para as reguladoras subnacionais³⁵) possam criar estruturas internas de

35 Como exemplo, cita-se a mediação de conflitos no contrato de programa da COR-SAN/RS, realizada pela AGERGS/RS, agência reguladora do setor no Estado do Rio Grande do Sul.

resolução de conflitos regulatórios e operacionais entre titulares e operadores dos serviços. No caso da ANA, Gustavo Justino de Oliveira e Kaline Ferreira propõem que a reguladora nacional terá um papel de exercício de “*autoridade moral*” nos conflitos mediados, com a incumbência de propor soluções concretas ao litígio³⁶.

O tema da arbitragem nos dispositivos elencados, por sua vez, é um pouco mais profundo. Para os autores supracitados, os dispositivos da Lei Federal n. 11.445/2007 e da Lei n. 9.984/2000 referem situações diversas. Por um lado, no art. 4º-A, § 5º da Lei n. 9.984/2000, a “*ação arbitral*” da ANA terá natureza de “*arbitramento*” de conflitos (arbitragem atípica) dentro do âmbito administrativo da reguladora, cujo resultado será uma decisão administrativa, a qual poderá ser submetida à jurisdição estatal para controle de legalidade — do mesmo modo que um ato administrativo ou mesmo um processo administrativo ordinário, com apreciação de eventuais vícios ou nulidades. De outro lado, tem-se a arbitragem do art. 10-A, § 1º da Lei Federal n. 11.445/2007, essa com natureza de mecanismo extrajudicial de resolução de conflitos (arbitragem comercial): por meio de cláusula compromissória³⁷ (art. 4º da Lei n. 9.307/1996), as partes acordam pela substituição da jurisdição estatal pela ferramenta privada heterocompositiva, sem possibilidade, em regra, de posterior submissão ao Poder Judiciário³⁸⁻³⁹.

Não há dúvida de que os mecanismos privados de resolução de conflitos elencados nos dispositivos (mediação, arbitragem atípica e arbitragem comercial) poderão ser incorporados aos contratos

36 “Assim, além de assistir aos diálogos e às negociações, esses entes influenciam na tomada de decisão, gerando opções e apontando soluções viáveis aos envolvidos no conflito.” OLIVEIRA, Gustavo Justino de; FERREIRA, Kaline. A Mediação e a Arbitragem dos Conflitos no Setor de Saneamento Básico à Luz da Lei Federal 14.026/2020. In: DE OLIVERIA, Carlos Roberto e GRANZIERA, Maria Luiza Machado. **Novo Marco do Saneamento Básico no Brasil**. Indaiatuba: Foco, 2021, p. 22.

37 A cláusula compromissória pode ser simples ou escalonada. Na cláusula compromissória simples, escolhe-se diretamente pelo mecanismo arbitral; ao passo que na cláusula compromissória escalonada, estabelece-se ferramentas de mediação ou negociação anteriores à arbitragem.

38 Art. 31 da Lei n. 9.307/1996: “Art. 31. A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo.”

39 A diferenciação exposta é mais bem explicada por Gustavo Justino de Oliveira e Kaline Ferreira em: OLIVEIRA, Gustavo Justino de; FERREIRA, Kaline. A Mediação e a Arbitragem dos Conflitos no Setor de Saneamento Básico à Luz da Lei Federal n. 14.026/2020. In: DE OLIVERIA, Carlos Roberto; GRANZIERA, Maria Luiza Machado. **Novo Marco do Saneamento Básico no Brasil**. Indaiatuba: Foco, 2021, p. 26-35.

de programa. Existe tanto a previsão realizada pela Lei Federal n. 14.026/2020 quanto pela própria Lei Federal n. 9.307/1996, cujo art. 1º, § 1º destaca que “A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem [...]”, motivo pelo qual a legislação possibilita, de forma expressa, que as companhias estaduais (entes da Administração Indireta) possam escolher pela ferramenta.

No momento, a previsão legal sobre os mecanismos privados de resolução de conflitos é bastante genérica: ainda não se sabe quais serão os limites, por exemplo, da arbitragem atípica, da arbitragem comercial e da mediação para os contratos de saneamento. Tudo isso, espera-se, será mais bem explicado pela agenda regulatória da ANA, que prevê a redação de norma de referência sobre “Procedimentos para mediação e arbitragem”. Antes da norma de referência, é possível que a arbitragem seja incluída nos contratos de prestação de serviços públicos de saneamento básico, inclusive nos contratos de programa. Reitera-se que a medida é voluntária (pode ou não ser incorporada ao instrumento contratual) e que não há prazo para a sua incorporação ao contrato.

Para Gustavo Justino e Kaline Ferreira, os objetivos específicos da adoção dos mecanismos privados de resolução de conflitos pelo *Novo Marco Regulatório do Saneamento* são os seguintes:

[...] (i) reforçar a gestão eficiente dos contratos, pois fortalece o dever de aderência e de compliance das partes em relação às cláusulas e obrigações contratuais; (ii) atrair investimentos nacionais e estrangeiros do setor privado, com a abertura da competição para novos e melhores players; (iii) reduzir custos de transação, desde que sua previsão esteja combinada à existência de uma adequada matriz de risco (partilha de responsabilidades), e possa ser discutida em procedimentos prévios de MIPs e MPIMs; (iv) estimular obtenção de propostas mais vantajosas formuladas pelos licitantes e (v) prevenir litígios contratuais decorrentes de inexecução intencional de cláusulas e obrigações contratuais.⁴⁰

Fala-se também em uma análise casuística em que há contratos de programa no Brasil que já preveem todos os temas abordados ao longo do tópico 5.1.2, quais sejam: repartição de riscos,

40 OLIVEIRA, Gustavo Justino de; FERREIRA, Kaline. A Mediação e a Arbitragem dos Conflitos no Setor de Saneamento Básico à Luz da Lei Federal 14.026/2020. In: DE OLIVERIA, Carlos Roberto e GRANZIERA, Maria Luiza Machado. **Novo Marco do Saneamento Básico no Brasil**. Indaiatuba: Foco, 2021, p. 32-33.

metodologias para a indenização de ativos ainda não amortizados, fontes alternativas e mecanismos privados de resolução de conflitos. Em tais casos, evidentemente, não há necessidade de abordagem específica por meio de celebração de termo aditivo, ao menos enquanto imposição legal.

Finalmente, salienta-se que o contrato de programa — assim como os demais contratos de prestação de serviços públicos de saneamento básico — serão instrumentos móveis, no sentido de que estarão submetidos à constante atividade regulatória. Nesse aspecto, menciona-se o fato o andamento da agenda regulatória da ANA. Portanto, a tarefa de atualização dos contratos de prestação de serviços públicos de saneamento, inclusive de contratos de programa, será constante, enquanto o setor estiver desenvolvendo a sua estabilidade regulatória.

5.1.3 Reequilíbrio Econômico-Financeiro de Contratos de Programa

Sobretudo diante da incorporação das metas de universalização aos contratos vigentes por comando legal expresso, defende-se que tal circunstância caracteriza aumento de custos de operação e de investimento por fato do príncipe⁴¹. Por isso, como consequência, verifica-se a necessidade de repactuar o equilíbrio econômico-financeiro dos ajustes, tratando-se a repactuação de ato de natureza vinculada.

O conteúdo da repactuação não é um ato de natureza vinculada: o meio de reestabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos é medida discricionária; todavia, refere-se uma discricionariedade bastante reduzida⁴² pelo caráter técnico do

41 "Para os fins do tratamento dos riscos contratuais, o advento da imposição de novas metas de universalização caracteriza-se como um 'fato do príncipe' ou mesmo como uma alteração unilateral do contrato. Segundo a legislação, a responsabilidade sobre as consequências da materialização deste risco, no silêncio do contrato, está alocada à Administração Pública (art. 9º, §§1º e 2º, Lei n. 8.987/95; art. 65, II, 'd' da Lei n. 8.666/93)." GUIMARÃES, Fernando Vernalha. Apontamentos sobre o Decreto n. 10.710/2021 e a Comprovação da Capacidade Econômico-financeira dos Prestadores de Serviço de Saneamento Básico para Viabilizar a sua Universalização. In: GUIMARÃES, Fernando Vernalha (Coord.). **O Novo Direito do Saneamento Básico**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2022, p. 171.

42 Nesse sentido, Maria Sylvia Zanella di Pietro afirma que o mérito administrativo, e a própria discricionariedade, foram reduzidos diante do entendimento, após o regime jurídico inaugurado pela Constituição Federal de 1988, de que a Administração Pública está submetida à legalidade em seu sentido amplo: "Resumidamente,

comando legal, dependente da demonstração da viabilidade econômico-financeira (art. 10-B da Lei Federal n. 11.445/2007) das projeções de investimentos para fins de universalização dos serviços. Isso porque a universalização dentro do prazo previsto em lei, como diretriz nacional, é um dos requisitos para a avaliação da eficiência da prestação dos serviços (art. 6º, §1º da Lei Federal n. 8.987/1995) e, ao fim, para a própria mensuração da satisfação do interesse público.

Portanto, a condução de alternativas estatais que violam a diretriz nacional de universalizar os serviços não são admitidas pela Lei n. 14.026/2020; dentre essas, inclui-se a manutenção de prestações que não prevejam medidas para a universalização dos serviços ou mesmo decisões dotadas de caráter subjetivo, sem apresentação de estudos técnicos, em manifesto descumprimento da necessidade de avaliar as consequências do ato administrativo, nos termos da Lei Federal n. 13.655/2018. Daí, afirma-se que a discricionariedade existente no contexto das tratativas para a adequação dos contratos de programa vigentes, com a consequente recomposição das condições dos ajustes, seria delimitada por critérios técnicos⁴³, que envolvessem, indispensavelmente, avaliações econômico-financeiras,

afirma-se que o mérito administrativo é o aspecto do ato administrativo relativo à conveniência e oportunidade; só existe nos atos discricionários. [...] A ampliação da legalidade trouxe como consequência a redução da discricionariedade e a ampliação do controle judicial sobre aspectos que antes eram considerados como mérito. Por outras palavras, o que ocorreu foi uma sensível redução do mérito administrativo, porque aspectos que eram considerados como mérito, insuscetíveis de controle judicial, passaram a ser vistos como de legalidade, em sentido amplo." DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 28ª Ed. São Paulo: Atlas, 2015, 260-261.

- 43 Refere-se a noção de "discricionariedade vinculada", conceito amplamente admitido, inclusive pelas Cortes Superiores, a exemplo do trecho do voto do Exmo. Sr. Ministro Luiz Fux, em sede de julgamento do Temas de Repercussão Geral n. 784 (Recurso Extraordinário n. 837.311). Veja-se: "[...] a discricionariedade aqui salientada é aquela consentânea com o Direito Administrativo contemporâneo, ou seja, não é livre e irrestrita, mas vinculada a certas premissas [...]. Assim, a discricionariedade vinculada a que se aduz não é dimensionada, apenas, pelos parâmetros de oportunidade e conveniência de agir do administrador, mas deve basear-se no dever de boa-fé da Administração Pública, além de pautar-se por um incondicional respeito aos direitos fundamentais, e, verbi gratia, aos princípios da eficiência, impessoalidade, moralidade e da proteção da confiança, todos inerentes a um Estado de Direito. Ressalte-se, ademais, que o parâmetro "discricionariedade vinculada" não consiste em uma contradição em termos. Não significa afirmar que inexistia juízo de conveniência para uma escolha diante de opções válidas *prima facie*. Por outro lado, a discricionariedade, no estado Democrático de Direito, está sempre vinculada à força normativa dos direitos fundamentais e dos princípios republicanos [...]." RE 837311, Relator(a): LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 09/12/2015, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-072 DIVULG 15-04-2016 PUBLIC 18-04-2016.



pois expressa a viabilidade da operação das atividades dentro do parâmetro de eficácia exigido pelo *Novo Marco Legal*.

O regime de gestão associada, cuja regulação se aproxima em alguns aspectos ao da regulação dos contratos de concessão (art. 13, §1, inciso I da Lei n. 11.107/2005⁴⁴), possuía, até a superveniência do *Novo Marco Regulatório do Saneamento Básico*, instrumentos de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro análogos aos utilizados nos vínculos regulados pela Lei n. 8.987/1995, quais sejam:

(i) a revisão tarifária, na forma do art. 9º, §§ 2º, 3º e 4º da Lei n. 8.987/1995⁴⁵;

(ii) a redução de encargos da operadora dos serviços, tais como a reavaliação das obrigações de investimento, a revisão do cronograma de obras e dos valores pagos em decorrência da outorga;

(iii) a compensação por meio do pagamento de indenização pela Administração Pública; e

(iv) a extensão do prazo do ajuste, ou seja, a prorrogação com a finalidade de reestabelecimento da equação econômico-financeira, para fins de alongar o período de amortização dos investimentos⁴⁶⁻⁴⁷.

44 "Art. 13. Deverão ser constituídas e reguladas por contrato de programa, como condição de sua validade, as obrigações que um ente da Federação constituir para com outro ente da Federação ou para com consórcio público no âmbito de gestão associada em que haja a prestação de serviços públicos ou a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal ou de bens necessários à continuidade dos serviços transferidos. § 1º O contrato de programa deverá: I – atender à legislação de concessões e permissões de serviços públicos e, especialmente no que se refere ao cálculo de tarifas e de outros preços públicos, à de regulação dos serviços a serem prestados; e [...]”

45 "Art. 9º A tarifa do serviço público concedido será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação e preservada pelas regras de revisão previstas nesta Lei, no edital e no contrato. [...] § 2º Os contratos poderão prever mecanismos de revisão das tarifas, a fim de manter-se o equilíbrio econômico-financeiro. § 3º Ressalvados os impostos sobre a renda, a criação, alteração ou extinção de quaisquer tributos ou encargos legais, após a apresentação da proposta, quando comprovado seu impacto, implicará a revisão da tarifa, para mais ou para menos, conforme o caso. § 4º Em havendo alteração unilateral do contrato que afete o seu inicial equilíbrio econômico-financeiro, o poder concedente deverá restabelecê-lo, concomitantemente à alteração.”

46 “A revisão tarifária, porém, não é nem o único, nem sempre o mais conveniente método de recomposição do equilíbrio. O reequilíbrio pode ser buscado mediante extensão ou o encurtamento de prazo de concessão (pois o tempo de exploração impacta o balanço contratual), mediante o incremento ou o alívio de investimentos do particular, ou mesmo por meio de indenização compensatória paga por uma das partes.” MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Concessões**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 195.

47 O Decreto Federal n. 7.624/2011, que regulamenta as condições de exploração da

A escolha do método a ser utilizado para a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dependia, evidentemente, da análise do caso concreto. Desde logo, para a hipótese do art. 10-B c/c 11-B da Lei n. 14.026/2020, destaca-se a impossibilidade de reduzir encargos da operadora dos serviços, tendo em vista que a obrigatoria aditivação dos contratos tem como finalidade justamente a incorporação de investimentos e de exigências mais robustas na avaliação da eficácia da prestação dos serviços, o que aumenta os custos da exploração do serviço.

As alternativas da revisão tarifária e da contraprestação pública, por sua vez, sofrem dificuldades no processo de repactuação dos ajustes. Com relação ao eventual aumento de tarifas, a precificação dos investimentos necessários para a universalização e cumprimento das metas da Lei Federal n. 14.026/2020 pode gerar um novo valor muito acima do padrão esperado para fins de atendimento do dever de modicidade tarifária (art. 6º, §1º da Lei Federal n. 8.987/1995⁴⁸), situação que talvez impossibilite o método para a recomposição da equação econômico-financeira⁴⁹. No que se refere à escolha pela contraprestação pública (subsídios, aportes públicos ou indenização), trata-se de medida que exige previsão

infraestrutura aeroportuária pela iniciativa privada por meio da concessão, prevê expressamente a extensão do prazo como forma de amortização dos investimentos: “Art. 18. Sem prejuízo do disposto no art. 7º, caberá ao poder concedente estabelecer a forma pela qual será recomposto o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão, em favor do poder concedente ou do concessionário, podendo ser utilizadas as seguintes medidas, individual ou conjuntamente, sem a exclusão de outras cabíveis: I - revisão do valor das tarifas; II - alteração do prazo da concessão, observado o disposto no art. 6º ; III - alteração das obrigações contratuais da concessionária; IV - revisão da contribuição devida pelo concessionário, no caso de concessão comum; e V - revisão da contraprestação pecuniária do parceiro público, no caso de parceria público-privada”.

48 “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.”

49 “O aumento de tarifas, como é sabido, tem forte repercussão social, além de impactar a própria fruição do serviço (o que tem reflexo, em alguma medida, na redução de receitas). Para serviços essenciais como o saneamento básico, é uma via que sofre ainda as limitações da modicidade tarifária.” GUIMARÃES, Fernando Vernalha. Apontamentos sobre o Decreto n. 10.710/2021 e a Comprovação da Capacidade Econômico-financeira dos Prestadores de Serviço de Saneamento Básico para Viabilizar a sua Universalização. In: GUIMARÃES, Fernando Vernalha (Coord.). **O Novo Direito do Saneamento Básico**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2022, p. 175.

orçamentária em um contexto de significativa compressão fiscal dos municípios.

É em contextos como esse em que métodos de recomposição com menor repercussão social e impacto orçamentário ganham relevo. A prorrogação dos contratos, por consequência, é medida que viabiliza a manutenção das condições iniciais do ajuste sem prejudicar a modicidade tarifária e o orçamento público. Todavia, é preciso realizar uma breve distinção no contexto do *Novo Marco Regulatório do Saneamento Básico*: a ampliação do contrato de programa para fins de manutenção da equação econômico-financeira é vedada, salvo na hipótese de desestatização da operadora dos serviços, nos termos do art. 14 da Lei Federal n. 14.026/2020.

Quanto ao impeditivo legal de extensão dos contratos de programa como forma de reequilibrar a equação econômico-financeira pela incorporação das metas, a vedação estava disposta no Decreto Federal n. 10.710/2021 na forma do seu art. 7º, §3º, inciso I⁵⁰. Isso, contudo, não indica a possibilidade de reequilíbrio econômico-financeiro de contratos de programa por meio de aditamento e ampliação do prazo de vigência; pelo contrário, a Lei Federal n. 11.445/2007 c/c Lei Federal n. 14.026/2020 vedam essa possibilidade⁵¹. No ponto, salienta-se a proibição de formalização (e renovações/prorrogações) de contratos de programa: (i) pelo *caput* do art. 10 da Lei Federal n. 11.445/2007⁵²; e (ii) pelos efeitos tácitos do veto ao art. 16 da Lei Federal n. 14.026/2020⁵³.

50 "Art. 7º Os estudos de viabilidade de que trata o art. 6º deverão: [...] § 3º Os estudos de viabilidade não poderão prever: I - no caso de contrato de programa, ampliação de seu prazo de vigência;"

51 MOREIRA, Egon Bockmann. **O Novo Marco Legal do Saneamento e a Impossibilidade de Prorrogação de Contratos de Programa**. Disponível em: <https://zenite.blog.br/o-novo-marco-legal-do-saneamento-e-a-impossibilidade-de-prorrogaao-de-contratos-de-programa/>. Acesso em: 05 fev. 2022.

52 "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).

53 "A propositura legislativa, ao regularizar e reconhecer os contratos de programa, situações não formalizadas de prestação de serviços públicos de saneamento básico por empresa pública ou sociedade de economia mista, bem como possibilitar a prorrogação por 30 anos das atuais avenças, prolonga de forma demasiada a situação atual, de forma a postergar soluções para os impactos ambientais e de saúde pública decorrentes da falta de saneamento básico e da gestão inadequada

Por outro lado, ressalta-se que a hipótese de reequilíbrio econômico-financeiro por meio de ampliação do prazo contratual está reservada para contratos de concessão de serviços públicos, nos termos do art. 11-B, § 2º, inciso III da Lei Federal n. 11.445/2007 e do art. 14, § 2º da Lei Federal n. 14.026/2020⁵⁴.

Destarte, o reequilíbrio econômico-financeiro decorrente da inclusão das metas de universalização ao contrato de programa e outros instrumentos congêneres pode ser realizado por meio de: (i) repactuação tarifária; ou (ii) aporte financeiro do titular do serviço. No atual momento, é difícil mencionar o mecanismo da redução de encargos, porque o *Novo Marco Regulatório do Saneamento Básico*, pelo contrário, exige o crescimento das cláusulas de serviço.

5.1.4 Consequência Normativas do Não Aditamento Contratual no Prazo Legal

Em diferentes localidades, os contratos de programa não foram aditivados para incluir as metas de universalização dentro do prazo legal, qual seja, o de 31 de março de 2022. Assim, questiona-se quais seriam as consequências jurídicas da não inclusão das metas dentro do prazo legal. Entende-se que a resposta para essa dúvida é que os contratos não aditivados continuam pendentes de incorporação das metas de respectivo equilíbrio econômico-financeiro e, caso não sejam considerados irregulares no procedimento de comprovação da capacidade econômico-financeira, podem ser compatibilizados aos comandos da Lei Federal n. 14.026/2020 em futuras negociações entre titulares dos serviços e operadores dos

da limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos. Ademais, a proposta, além de limitar a livre iniciativa e a livre concorrência, está em descompasso com os objetivos do novo marco legal do saneamento básico que orienta a celebração de contratos de concessão, mediante prévia licitação, estimulando a competitividade da prestação desses serviços com eficiência e eficácia, o que por sua vez contribui para melhores resultados.” BRASIL. Mensagem de Veto n. 396, de 15 de julho de 2020. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Msg/VEP/VEP-396.htm. Acesso em: 03 maio 2022.

- 54 “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. [...] § 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.”



serviços, geralmente intermediadas em processos administrativos conduzidos pelas agências infranacionais.

Veja-se que há uma lógica nos comandos legais do *Novo Marco Legal*: os contratos de programa vigentes terão validade e eficácia até os seus respectivos termos contratuais, desde que comprovada a capacidade econômico-financeira das prestadoras de serviço. Como meio para equacionar cláusulas de serviço e cláusulas econômicas, a lei garante a repactuação dos ajustes por meio de termo aditivo, oportunidade na qual se estabelece as novas condições contratuais, sobretudo porque os contratos de programa, em sua maioria, não apresentam uma equação econômico-financeira clara. Portanto, essa falha contratual será superada pela superveniência da Lei Federal n. 14.026/2020.

Com base em tal procedimento que se passou a compreender que os contratos de programa necessitavam de uma redefinição, ou mesmo de uma definição⁵⁵, do seu equilíbrio econômico-financeiro, na mesma conjuntura de negociação entre titular do serviço e operador do serviço para a inclusão das metas de universalização (o termo aditivo do art. 11-B, §1º da Lei n. 11.445/2007). Isso porque seria possibilitada a previsão de repactuação tarifária e aportes públicos como contraprestação à superveniência da necessidade de expansão da infraestrutura, nos termos do Decreto Federal n. 10.710/2021 e do Decreto Federal n. 11.598/2023.

A redefinição, ou mesmo a definição, do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos vigentes no contexto de inclusão das metas de universalização se ampara: (i) na previsão expressa do Decreto Federal n.10.710/2021 e do Decreto Federal n. 11.599/2023, como citado; e (ii) na Lei Federal n. 8.987/1995, especialmente nos artigos 9º e 10º, que regulamentam a revisão de tarifas e a manutenção das condições do ajuste.

Equaciona-se os contratos vigentes, por meio de termo aditivo, para que passem a ser monitorados e fiscalizados naquilo que lhes cabe, que é a meta de universalizar os serviços até 2033. Esse é o procedimento previsto pelo *Novo Marco Legal* para os contratos de programa vigentes. Dito isso, qualquer movimento que crie óbice à execução de todo esse processo é uma forma de negar vigência à Lei Federal n. 14.026/2020 e, por consequência, de descumprir

55 Tendo em vista que em nenhum momento a equação econômico-financeira foi expressamente pactuada.

a diretriz última de universalizar os serviços, especialmente nos casos em que o titular do serviço crie empecilhos para o cumprimento do dever legal de incluir as metas de universalização e reequilibrar as cláusulas econômicas.

Diante disso, não existe espaço, dentro da legalidade, para o movimento pela negativa de aditivar os contratos vigentes. O art. 11-B, §1º da Lei Federal n. 11.445/2007 é categórico ao determinar a inclusão das metas de universalização até a data de 31 de março de 2022, a qual pressupõe a recomposição econômico-financeiro do ajuste, por fato do príncipe. O grande ponto em tal conjuntura é a compreensão de que o comando legal de aditivar os ajustes vigentes não podem ser utilizados pelos titulares do serviço como meio para precarizar os instrumentos contratuais e, ao fim, buscar a extinção desses. As alternativas existentes devem ser promovidas com base nas soluções jurídicas típicas, como é o caso da encampação do contrato.

O dever compartilhado entre titular do serviço e prestador do serviço de aditivar os contratos vigentes na busca de viabilizar as condições para a execução dos investimentos necessários à universalização dos serviços não cria uma “*alternativa*” aos titulares do serviço, no sentido de que o descumprimento doloso do comando legal acarrete a extinção do ajuste e a possibilidade de estruturação de uma nova solução para a prestação dos serviços públicos. Não se trata, assim, de uma janela, em que o titular do serviço opta por aditivar e continuar a relação jurídica ou em não aditivar e romper o ajuste.

A negativa de aditivação do contrato de programa com a finalidade de rompimento do respectivo ajuste deveria ter como base ou como ato contínuo a encampação dos serviços, na forma do art. 35, inciso II c/c art. 37 da Lei Federal 8.987/1995⁵⁶. Isso porque a não incorporação das metas de universalização, nesse contexto, configura ato lesivo à Administração Pública, na espécie desvio de finalidade, nos termos do art. 2º, parágrafo único, alínea “e” da Lei n. 4.717/1965⁵⁷.

56 “Art. 35. Extingue-se a concessão por: [...] II - encampação; Art. 37. Considera-se encampação a retomada do serviço pelo poder concedente durante o prazo da concessão, por motivo de interesse público, mediante lei autorizativa específica e após prévio pagamento da indenização, na forma do artigo anterior.”

57 Art. 2º São nulos os atos lesivos ao patrimônio das entidades mencionadas no artigo anterior, nos casos de: [...] e) desvio de finalidade. Parágrafo único. Para a

Conspirar contra a evolução regulatória dos contratos de programa, sem claros movimentos no sentido de exaurir os pontos de negociação, não pode surgir como argumento central para discussões judiciais que objetivem declarar a precariedade do vínculo.

Não apenas o acordo, mas igualmente o não acordo, precisam de um registro histórico, de um conjunto de motivações técnicas, demonstrando que o interesse público em sentido estrito esteve protegido. Quando se estuda o modelo proposto pelo *Novo Marco*, todo o cenário montado conspira na direção dos arranjos coletivos, o que cobra, para todos os que decidem por outro caminho, a comprovação técnica do acerto futuro dessa decisão.

Salienta-se que a finalidade e o alcance do art. 11-B, §1º da Lei n. 11.445/2007, a respeito da aditivação do contrato, é definida pelo legislador, não pelo agente administrativo⁵⁸, e o movimento pela precarização do contrato com a finalidade de rompimento confronta o art. 17 da Lei n. 14.026/2020⁵⁹. Por conseguinte, o uso do referido dispositivo com fim diverso daquele determinado pelo *Novo Marco Regulatório do Saneamento Básico* caracteriza ato administrativo omissivo ou comissivo praticado em desvio de finalidade, sendo, portanto, nulo.

A propósito, a lesão do ato administrativo em tal hipótese se confirma com o descumprimento do processo previsto pelo *Novo Marco Regulatório* para garantir as condições necessárias à universalização dos serviços, a diretriz última da nova lei. Reitera-se: a finalidade do referido dispositivo legal é o aprimoramento dos contratos de programa vigentes, não a precarização da operação dos serviços. A negativa de aditivação, por sua vez, em sentido contrário ao *Novo Marco Legal*, cria óbice à estruturação das condições necessárias para a expansão dos investimentos, sendo desatendido o seu fim público.

conceituação dos casos de nulidade observar-se-ão as seguintes normas: [...] e) o desvio de finalidade se verifica quando o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência.

58 "[...] em sentido estrito, finalidade é o resultado específico que cada ato deve produzir, conforme definido na lei; nesse sentido, se diz que a finalidade do ato administrativo é sempre a que decorre explícita ou implicitamente da lei". DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**. 12ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p 253.

59 "Art. 17. Os contratos de concessão e os contratos de programa para prestação dos serviços públicos de saneamento básico existentes na data de publicação desta Lei permanecerão em vigor até o advento do seu termo contratual."

Por isso, reafirma-se que a utilização do art. 11-B, § 1º da Lei Federal n. 11.445/2007 como medida para precarizar e, ato contínuo, extinguir os contratos de programa vigentes é ato lesivo à Administração Pública, na espécie desvio de finalidade, sendo, por conseguinte, nulo e passível de controle de legalidade pelo Poder Judiciário.

Isso porque existe mecanismo típico para romper o contrato de programa vigente sem que haja a demonstração de nulidade ou de descumprimento contratual pela Administração Pública, qual seja, o da encampação. Essa forma de extinção do contrato, por sua vez, exige procedimento próprio: a lei autorizativa específica, a exposição do motivo de interesse público e o pagamento de indenização prévia e ampla ao prestador dos serviços, envolvendo danos, lucros cessantes e os créditos pelos bens reversíveis ainda não amortizados.

Quanto ao tema, resgata-se o que foi dito anteriormente: a discussão sobre a adequação dos contratos de programa vigentes ao *Novo Marco Regulatório do Saneamento* não atribui à Administração Pública pleno exercício da discricionariedade, em termos de conveniência e oportunidade. No ponto, exige-se da Administração Pública o posicionamento técnico no que se refere à sua conduta para promover todas as condições necessárias à qualificação dos serviços. Há, assim, substancial limitação para o titular do serviço no momento da formulação da política pública: não se admite condutas oportunistas, carentes de fundamentação técnica.

A negativa de aditativa do contrato ou mesmo o processo formal de encampação deve estar embasado em motivo que atenda ao interesse público; nesse aspecto, o titular do serviço deveria apresentar estudos técnicos demonstrativos de que a alternativa articulada seja, em termos econômico-financeiros, mais atrativa do que a continuidade do ajuste vigente, sobretudo para fins de universalização da infraestrutura. Obviamente, esses estudos precisariam levar em conta custos de transação e o pagamento da indenização prévia e ampla para o prestador do serviço.

A ausência de exposição de motivo de interesse público, condiscente com o dever de universalização dos serviços, gera, inclusive, a possível discussão judicial a respeito da legalidade da encampação, por eventual nulidade, configurando-se ato administrativo

lesivo à Administração Pública, na espécie vício de motivo (art. 2º, alínea “d” da Lei n. 4.717/1965⁶⁰).

É preciso esclarecer que o prazo disposto no art. 11-B, §1º da Lei Federal n. 11.445/2007, qual seja, o de 31 de março de 2022, também não poderá ser oposto contra o prestador dos serviços como medida para descontinuar o contrato. Pelos fundamentos acima percorridos, a data final descrita na lei não é argumento: (i) para que a Administração Pública deixe de incluir as metas de universalização; (ii) para que a Administração Pública busque tornar o contrato vigente nulo.

Vislumbra-se situação na qual, a despeito da omissão do titular do serviço na aditativação do contrato e respectivo reequilíbrio econômico-financeiro, o prestador do serviço seja cobrado pelas metas de universalização dentro da área de abrangência do contrato⁶¹, com base nos §§ 5º a 7º do art. 11-B da Lei Federal n. 11.445/2007⁶², na lógica de que o descumprimento geraria caducidade. Este ponto tem como premissa o entendimento de que as metas de universalização, independentemente da inclusão formal como dispositivo contratual, estarão contempladas à operação e à própria regulação do contrato.

60 “Art. 2º São nulos os atos lesivos ao patrimônio das entidades mencionadas no artigo anterior, nos casos de: [...] d) inexistência dos motivos [...] Parágrafo único. Para a conceituação dos casos de nulidade observar-se-ão as seguintes normas: [...] d) a inexistência dos motivos se verifica quando a matéria de fato ou de direito, em que se fundamenta o ato, é materialmente inexistente ou juridicamente inadequada ao resultado obtido;”

61 Nos termos da Norma de Referência ANA n. 02/2021: “Art. 2º Para os efeitos desta norma, aplicam-se os seguintes conceitos e definições: [...] III – Área de Abrangência do Prestador de Serviços: Área geográfica, definida em contrato ou outro instrumento legal, na qual o Prestador de Serviços obriga-se a prestar os serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário, considerados de forma individual ou conjunta, conforme definição do objeto do contrato;”

62 “Art. 11-B [...] § 5º O cumprimento das metas de universalização e não intermitência do abastecimento, de redução de perdas e de melhoria dos processos de tratamento deverá ser verificado anualmente pela agência reguladora, observando-se um intervalo dos últimos 5 (cinco) anos, nos quais as metas deverão ter sido cumpridas em, pelo menos, 3 (três), e a primeira fiscalização deverá ser realizada apenas ao término do quinto ano de vigência do contrato. § 6º As metas previstas neste artigo deverão ser observadas no âmbito municipal, quando exercida a titularidade de maneira independente, ou no âmbito da prestação regionalizada, quando aplicável. § 7º No caso do não atingimento das metas, nos termos deste artigo, deverá ser iniciado procedimento administrativo pela agência reguladora com o objetivo de avaliar as ações a serem adotadas, incluídas medidas sancionatórias, com eventual declaração de caducidade da concessão, assegurado o direito à ampla defesa.”

As metas de universalização de que trata o art. 10-B c/c o art. 11-B da Lei n. 11.445/2007 estarão automaticamente incluídas ao contrato, mesmo sem aditivação formal, como decorrência da força da regulação discricionária no setor de saneamento básico, pelo menos neste aspecto. Isso porque a universalização é a finalidade última do *Novo Marco Legal*, e sua oposição às operações locais não dependerá da expressão de vontade dos municípios.

Por isso, haverá, mesmo após o prazo de que trata o art. 11-B, §1º da Lei Federal n. 11.445/2007, uma pendência de reequilíbrio econômico-financeiro entre os titulares do serviço e os prestadores, em razão de que a regulação setorial cobrará destes o cumprimento das metas de universalização, ainda que não formalizado termo aditivo. Em tal situação, a Administração Pública, mesmo após a data final de 31 de março de 2022, segue com a obrigação regulatória de equacionar cláusulas de serviço e cláusulas econômicas, sob pena de enriquecimento ilícito.

No ponto, destaca-se que o art. 11-B, § 1º da Lei Federal n. 11.445/2007 não descreve uma consequência jurídica para a não incorporação das metas de universalização dentro do prazo legal. O art. 9º do Decreto Federal n. 11.599/2023, ao tratar do tema da irregularidade de contratos e operações, tampouco prevê a irregularidade do contrato não aditivado no prazo do art. 11-B, § 1º da Lei Federal n. 11.445/2007. Reitera-se que é responsabilidade do titular do serviço, enquanto planejador da política pública, definir o método de cumprimento das metas legais e realizar os atos administrativos necessários para tanto (art. 9º do Decreto Federal n. 11.559/2023). O que o atual sistema legal prevê para o setor de saneamento básico é a irregularidade do contrato/operação reprovado no procedimento de comprovação da capacidade econômico-financeira de cumprimento das metas.

Na linha construída neste livro, entende-se: (i) pela ilegalidade da conduta administrativa de negativa do titular de serviço de aditar o contrato com a finalidade de precarizar o contrato de programa vigente e, ato contínuo, extingui-lo; (ii) o meio adequado de rompimento do ajuste é a encampação, que pressupõe lei autorizativa específica, procedimento formal com exposição do motivo de interesse público e indenização prévia e ampla ao prestador de serviços; (iii) a negativa de aditar o contrato ou a encampação deve ser acompanhada de estudos técnicos que demonstrem

a viabilidade de medidas alternativas para a universalização dos serviços; e (iv) a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro deve ser realizada, mesmo na hipótese de transcurso do prazo de que trata o art. 11-B, §1º da Lei Federal 11.445/2007, sob pena de enriquecimento ilícito da Administração Pública.

5.2 Processo de Desestatização das Companhias Estaduais

Conforme citado ao longo deste livro, o *Novo Marco Regulatório do Saneamento Básico* incentivou a desestatização no setor, por meio do art. 14 da Lei Federal n. 14.026/2020. Claramente, o dispositivo permite que a operação dos serviços públicos de saneamento seja mantida mesmo após a alienação do controle acionário da empresa pública ou sociedade de economia mista, com a substituição dos contratos de programa vigentes por contratos de concessão de serviço público⁶³.

Na substituição dos contratos vigentes por contratos de concessão, a lei possibilita uma ampla redefinição das bases do ajuste, modificando-se prazo, objeto e cláusulas (de serviços e financeiras), desde que haja a anuência do titular do serviço. Em tal hipótese, reforça-se, a legislação permite a redefinição das bases do negócio, incorporando-se metas de universalização (caso não estejam contempladas pelo ajuste), materializando-se o reequilíbrio contratual mediante ampliação de prazo, repactuação tarifária ou aportes financeiros do titular do serviço.

Em uma visão geral do *Novo Marco Regulatório do Saneamento Básico*, bem como de seus decretos regulamentadores, especialmente o Decreto Federal n. 11.598/2023 (procedimento de comprovação da capacidade econômico-financeira do art. 10-B da Lei

63 Sustentam os autores que o incentivo à privatização também se revela pelos arts. 13, 14 e 18 da Lei n. 14.026/2020, visto que, “[...] as duas regras supramencionadas incentivam à privatização, à medida em 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. ARAGÃO, Alexandre Santos de; D’OLIVEIRA, Rafael Daudt. Considerações Iniciais sobre a Lei n. 14.026/2020: Novo Marco Regulatório do Saneamento Básico. In: GUIMARÃES, Fernando Vernalha (Coord.). **O Novo Direito do Saneamento Básico**: estudos sobre o novo marco legal do saneamento básico no Brasil (de acordo com a Lei nº 14.026/2020 e respectiva regulamentação). Belo Horizonte: Fórum, 2022, p. 31.

Federal n. 11.445/2007), a desestatização é mecanismo de presunção da capacidade econômico-financeira de empresas públicas e sociedades de economia mista estaduais ou distritais que eventualmente não tenham condições de cumprirem as metas de universalização (art. 17 do Decreto Federal n. 11.598/2023). No ponto, o decreto regulamentador estipula como prazo limite para o encerramento dos processos de desestatização a data de 31 de dezembro de 2024.

Assim, para companhias estaduais que estejam com dificuldades de comprovar a capacidade econômico-financeira de cumprimento das metas legais, a desestatização é uma alternativa para que essa não perca os seus principais ativos, no caso, os contratos de programa vigentes, em decorrência de eventual reprovação no procedimento do art. 10-B da Lei Federal n. 11.445/2007.

De qualquer forma, entende-se que o ciclo de desestatização das companhias estaduais não se encerra na data do Decreto Federal n. 11.598/2023, porque empresas públicas e sociedades de economia mista aprovadas no processo de comprovação da capacidade econômico-financeira podem ser desestatizadas, mas com modelagens e objetivos diversos daquelas que se utilizam da alternativa para manterem os seus ativos. Em diferentes modelagens, a desestatização poderá ser vista como uma ferramenta de captação de investimentos e obtenção de *know-how* privado para atingir outros objetivos, tais como: a redução da tarifa, a qualificação dos serviços e o adiantamento do cronograma de universalização. Tudo dependerá da análise do projeto.

5.2.1 Desestatização no Novo Marco do Saneamento Básico

O *Novo Marco Regulatório do Saneamento Básico*, a partir das mudanças estabelecidas a partir da Lei n. 14.026/2020, prevê a possibilidade de desestatização dos serviços. Trata-se do disposto pelo art. 14 da Lei n. 14.026/2020, regra que excetua algumas das exigências legais para a continuidade dos contratos de programa.

Observa-se o *caput* do art. 14 da Lei n. 14.026/2020:

Art. 14. Em caso de alienação de controle acionário de empresa pública ou sociedade de economia mista prestadora de serviços públicos de saneamento básico, os contratos de

programa ou de concessão em execução poderão ser substituídos por novos contratos de concessão, observando-se, quando aplicável, o Programa Estadual de Desestatização.

Como depreende-se do dispositivo acima transcrito, permite-se a alienação do controle acionária das empresas estatais (em geral, sociedades de economia mista), sem que isso acarrete a perda dos contratos vigentes, incentivando a transição do modelo de gestão associada para a prestação indireta por meio de uma concessão. A grande novidade do dispositivo, como já dito, é a manutenção dos contratos de programas vigentes até a efetiva troca por um contrato de concessão, permitindo-se assim a preservação e a continuidade da relação jurídica entre a companhia e o titular do serviço.

Sobre a manutenção dos contratos de programa na mudança do controlador, é preciso lembrar que o § 6º do art. 13 da Lei Federal n. 11.107/2005 (Lei dos Consórcios Públicos) vedava essa hipótese: o contrato de programa seria extinto quando a contratada deixasse de integrar a administração indireta do ente federativo com o qual firmara-se o acordo interfederativo. Entretanto, tal dispositivo foi revogado pela Lei Federal n. 14.026/2020, observa-se:

Art. 13. Deverão ser constituídas e reguladas por contrato de programa, como condição de sua validade, as obrigações que um ente da Federação constituir para com outro ente da Federação ou para com consórcio público no âmbito de gestão associada em que haja a prestação de serviços públicos ou a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal ou de bens necessários à continuidade dos serviços transferidos.

[...]

§ 6º O contrato celebrado na forma prevista no § 5º deste art. será automaticamente extinto no caso de o contratado não mais integrar a administração indireta do ente da Federação que autorizou a gestão associada de serviços públicos por meio de consórcio público ou de convênio de cooperação (revogado pela Lei Federal n. 14.026/2020).

Anteriormente, a desestatização das companhias estaduais era desacreditada em razão da regra anteriormente válida, uma vez que o valor — os principais ativos — das empresas estatais era formado por sua base de contratos. Logo, não havia interesse de

promover a troca de controle, na medida em que essa ação encerraria os vínculos sem esclarecer como dar-se-ia essa transição.

Com a superveniência da Lei Federal n. 14.026/2020, ao contrário, o que se destacou outras vezes, a desestatização é incentivada. No atual regime, a substituição dos contratos de programa por contratos de concessão de serviços públicos, na troca de controle acionário da companhia estatal, permite a extensão do vínculo e a reconstrução do seu ponto de equilíbrio, com a inserção de cláusulas regulamentares e cláusulas financeiras.

Em um primeiro momento, poder-se-ia afirmar que a alienação da empresa pública ou da sociedade de economia mista estaria condicionada à manifestação de vontade dos entes federativos com os quais a companhia estadual detém relações jurídicas⁶⁴. Todavia, o § 1º do art. 14 da Lei n. 14.026/2020 é claro ao determinar que a decisão político-administrativa é do controlador (o Estado-membro), não dos titulares do serviço (em regra, os Municípios), veja-se:

Art. 14 [...]

§ 1º Caso o controlador da empresa pública ou da sociedade de economia mista não manifeste a necessidade de alteração de prazo, de objeto ou de demais cláusulas do contrato no momento da alienação, ressalvado o disposto no § 1º do art. 11-B da Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007, fica dispensada anuência prévia da alienação pelos entes públicos que formalizaram o contrato de programa.

Com a regra do *Novo Marco Regulatório*, a anuência dos titulares só será exigida caso haja a proposta de alteração das bases do contrato: de prazo, de objeto ou das demais cláusulas. Nesse caso, o prazo de manifestação da decisão do ente público referente à proposta é de 180 dias:

64 Esse é o pensamento exposto por analogia à regra do art. 27 da Lei Geral de Concessões (Lei n. 8.987/1995), segundo a qual a alienação do controle da concessionária depende de prévia anuência do Poder Concedente: "Art. 27. A transferência de concessão ou do controle societário da concessionária sem prévia anuência do poder concedente implicará a caducidade da concessão. § 1º Para fins de obtenção da anuência de que trata o caput deste art., o pretendente deverá: (Renumerado do parágrafo único pela Lei nº 11.196, de 2005) I - atender às exigências de capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal necessárias à assunção do serviço; e II - comprometer-se a cumprir todas as cláusulas do contrato em vigor".



Art. 14. [...]

§ 2º Caso o controlador da empresa pública ou da sociedade de economia mista proponha alteração de prazo, de objeto ou de demais cláusulas do contrato de que trata este art. 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 art., para manifestarem sua decisão.

§ 4º A decisão referida no § 3º deste art. deverá ser tomada pelo ente público que formalizou o contrato de programa com as empresas públicas e sociedades de economia mista.

A consequência normativa do silêncio administrativo, qual seja, a ausência de manifestação do titular do serviço dentro do prazo de 180 dias, configura hipótese de anuência tácita:

Art. 14 [...]

§ 5º A ausência de manifestação dos entes públicos que formalizaram o contrato de programa no prazo estabelecido no § 3º deste art. configurará anuência à proposta de que trata o § 2º deste artigo.

Entende-se que o dispositivo tenha a finalidade de evitar atrasos no processo de desestatização, cujo sucesso ou insucesso é primordial para o cumprimento de outras exigências legais, que também têm prazos específicos. No ponto, cabe destacar que a Lei n. 14.026/2020 permite a alteração dos contratos vigentes, com possibilidade de dilação dos prazos. Essa, inclusive, é a única hipótese de aumento do prazo de operações que, originalmente, eram regidas por contratos de programa, mas que passam a ser consideradas contratos de concessão após a alienação do controle acionário da empresa pública ou da sociedade de economia mista. Aqui, pontua-se que o regime regulatório dos contratos vigentes no momento posterior à mudança do controle acionário, independentemente de prévia anuência do titular do serviço (art. 14, § 2º da Lei Federal n. 14.026/2020) e do vínculo jurídico anterior à desestatização, será único, qual seja, o da Lei Geral de Concessões (Lei n. 8.987/1995). Assim, todos os contratos de programa serão considerados, para todos os efeitos, contratos de concessão de

serviços públicos licitados, seja por leilão, no modelo de venda total das ações da companhia, ou na oferta pública inicial de ações (IPO), hipótese de inexigibilidade de licitação, nos termos da Lei Federal n. 9.491/1997.

Na substituição dos contratos vigentes por contratos de concessão de serviços públicos, reitera-se, a lei possibilita uma ampla redefinição das bases do ajuste, modificando-se prazo, objeto e cláusulas (de serviços e financeiras), desde que haja a anuência do titular do serviço. Em tal hipótese, reforça-se, a legislação permite a reformulação das bases do negócio, incorporando-se metas de universalização (caso não estejam contempladas pelo ajuste), materializando-se o reequilíbrio contratual com ampliação de prazo, repactuação tarifária ou aportes financeiros do titular do serviço. No limite, com a correta motivação, até variações de escopo, desde que tudo esteja abrangido pelo conceito de *serviço de saneamento básico*, podem ser discutidas nessas transições.

Além disso, um dos principais estímulos à desestatização é a existência de uma presunção relativa de capacidade técnica e econômico-financeira dos contratos de programa das companhias estaduais que estiverem adotando as medidas para a troca do seu controle acionário (art. 17 do Decreto Federal n. 11.598/2023).

O art. 14 da Lei n. 14.026/2020 admite a hipótese de desestatização das companhias estaduais, e legitima a substituição dos contratos de programa por contratos de concessão de serviços públicos, quando se permite a alteração de prazo, obrigações e cláusulas novas, desde que haja a anuência do titular do serviço. Para todos os efeitos, as operações serão, ainda, consideradas regidas por contratos licitados, seja por leilão, no modelo de venda total das ações da companhia, na oferta pública inicial de ações (IPO) ou na oferta secundária de ações (*Follow On*). Para a regra atual, a decisão pela desestatização é do controlador da empresa, e a não adesão dos titulares dos serviços à decisão político-administrativa não extingue o contrato de programa.

Dentro do raciocínio geral do *Novo Marco Regulatório do Saneamento*, o dispositivo estimula processos de desestatização, porquanto muitos dos problemas enfrentados pelas companhias estaduais para a manutenção da sua base de contratos estarão mitigados a partir da decisão de alienar o controle acionário, especialmente com relação ao procedimento de demonstração da

viabilidade econômico-financeira prevista no Decreto Federal n. 11.598/2023.

5.3 Forma de Prestação dos Serviços Remanescentes em Contratos Licitados

O art. 11-B, § 2º da Lei Federal n. 11.445/2007 impõe ao titular do serviço alternativas para decidir o meio pelo qual as metas legais serão cumpridas, sendo elas:

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).

[...]

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

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

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

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

De acordo com esta regra, os contratos de prestação de serviços públicos de saneamento básico celebrados por meio de procedimentos licitatórios que possuam metas diversas das dispostas pelo *Novo Marco Regulatório do Saneamento Básico* podem ser aditados para inclusão das metas de universalização, a depender da decisão do titular do serviço. Aqui, cabe uma ressalva: o aditamento contratual do art. 11-B, § 2º, inciso III da Lei Federal n. 11.445/2007

não é obrigatório, tal medida depende de uma escolha técnica do titular do serviço pela incorporação das metas de universalização ao contrato de concessão vigente. Isso porque os incisos I e II, § 2º do art. 11-B da Lei Federal n. 11.445/2007 explicitam que o titular do serviço possui uma escolha técnica (discricionariedade tecnicamente limitada) de: (i) prestar diretamente a parcela remanescente de serviço; (ii) realizar uma licitação complementar para o atingimento da totalidade da meta; ou (iii) promover o aditamento de contratos já licitados, em comum acordo com a contratada, e o reequilíbrio econômico-financeira correspondente.

Na conjuntura da desestatização das companhias estaduais, cabe a reflexão, a alteração da modalidade de prestação de serviços para o regime da concessão de serviços públicos (Lei Federal n. 8.987/1995) pode exigir adaptações e complementações no instrumento contratual, especialmente para incluir as exigências do art. 10-A⁶⁵ e art. 11-B, ambos da Lei Federal n. 11.445/2007, e do art. 23 da Lei Federal n. 8.987/1995⁶⁶.

65 "Art. 10-A. Os contratos relativos à prestação dos serviços públicos de saneamento básico deverão conter, expressamente, sob pena de nulidade, as cláusulas essenciais previstas no art. 23 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, além das seguintes disposições: (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020) I - metas de expansão dos serviços, de redução de perdas na distribuição de água tratada, de qualidade na prestação dos serviços, de eficiência e de uso racional da água, da energia e de outros recursos naturais, do reúso de efluentes sanitários e do aproveitamento de águas de chuva, em conformidade com os serviços a serem prestados; (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020) II - possíveis fontes de receitas alternativas, complementares ou acessórias, bem como as provenientes de projetos associados, incluindo, entre outras, a alienação e o uso de efluentes sanitários para a produção de água de reúso, com possibilidade de as receitas serem compartilhadas entre o contratante e o contratado, caso aplicável; (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020) III - metodologia de cálculo de eventual indenização relativa aos bens reversíveis não amortizados por ocasião da extinção do contrato; e (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020) IV - repartição de riscos entre as partes, incluindo os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária. (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020)".

66 "Art. 23. São cláusulas essenciais do contrato de concessão as relativas: I - ao objeto, à área e ao prazo da concessão; II - ao modo, forma e condições de prestação do serviço; III - aos critérios, indicadores, fórmulas e parâmetros definidores da qualidade do serviço; IV - ao preço do serviço e aos critérios e procedimentos para o reajuste e a revisão das tarifas; V - aos direitos, garantias e obrigações do poder concedente e da concessionária, inclusive os relacionados às previsíveis necessidades de futura alteração e expansão do serviço e conseqüente modernização, aperfeiçoamento e ampliação dos equipamentos e das instalações; VI - aos direitos e deveres dos usuários para obtenção e utilização do serviço; VII - à forma de fiscalização das instalações, dos equipamentos, dos métodos e práticas de execução do serviço, bem como a indicação dos órgãos competentes para

O tema do aditamento contratual após a desestatização da companhia estadual tem alguns aspectos jurídicos-institucionais que devem ser avaliados. Primeiro, poder-se-ia debater sobre o dever de licitar o ajuste para a incorporação das metas, na lógica de que a privatização da companhia não teria eficácia perante os titulares do serviço, de modo que esses teriam a obrigação de promover uma nova licitação.

Entretanto, esse tema é superado pelo art. 11-B, § 2º da Lei Federal n. 11.445/2007⁶⁷. De acordo com o dispositivo legal, a licitação não é obrigatória; na realidade, o titular do serviço possui uma escolha técnico-administrativa, que possibilita promover o aditamento de contratos já licitados, em comum acordo com a contratada, e o reequilíbrio econômico-financeira correspondente (inciso III).

Assim, para todos os contratos licitados, inclusive para os contratos de programa — que passam a ser considerados contratos de concessão de serviços públicos — submetidos ao processo de desestatização, a parcela remanescente de serviços pode ser capturada pela operação vigente por meio de aditamento contratual. Caso essa não seja a decisão técnica do titular do serviço, existe a alternativa de licitação complementar e de prestação direta da parcela remanescente, sem prejudicar o contrato licitado, que permanece inalterado.

exercê-la; VIII - às penalidades contratuais e administrativas a que se sujeita a concessionária e sua forma de aplicação; IX - aos casos de extinção da concessão; X - aos bens reversíveis; XI - aos critérios para o cálculo e a forma de pagamento das indenizações devidas à concessionária, quando for o caso; XII - às condições para prorrogação do contrato; XIII - à obrigatoriedade, forma e periodicidade da prestação de contas da concessionária ao poder concedente; XIV - à exigência da publicação de demonstrações financeiras periódicas da concessionária; e XV - ao foro e ao modo amigável de solução das divergências contratuais."

- 67 "Art. 11-B [...] § 2º Contratos firmados por meio de procedimentos licitatórios que possuam metas diversas daquelas previstas no caput deste artigo, inclusive contratos que tratem, individualmente, de água ou de esgoto, permanecerão inalterados nos moldes licitados, e o titular do serviço deverá buscar alternativas para atingir as metas definidas no caput deste artigo, incluídas as seguintes: (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020) I - prestação direta da parcela remanescente; (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020) II - licitação complementar para atingimento da totalidade da meta; e (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020) III - aditamento de contratos já licitados, incluindo eventual reequilíbrio econômico-financeiro, desde que em comum acordo com a contratada"(Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020).

5.4 Segregação da Outorga de Recursos Hídricos e Relação de Interdependência

O art. 12 da Lei Federal n. 11.445/2007⁶⁸ e o art. 3º do Decreto Federal n. 11.445/2007⁶⁹ dispõem que, nos serviços públicos de saneamento básico em que houver mais de um prestador executando atividade interdependente, a relação jurídica entre prestadores será regulada por “*contrato de interdependência*”. Entende-se que a preocupação com a formalização da relação de interdependência de prestadores de serviços é condizente com o princípio da integração de infraestruturas e dos serviços com a gestão eficiente dos recursos hídricos (art. 2º, inciso XII da Lei Federal n. 11.445/2007),

68 “Art. 12. Nos serviços públicos de saneamento básico em que mais de um prestador execute atividade interdependente com outra, a relação entre elas deverá ser regulada por contrato e haverá entidade única encarregada das funções de regulação e de fiscalização. § 1º A entidade de regulação definirá, pelo menos: I - as normas técnicas relativas à qualidade, quantidade e regularidade dos serviços prestados aos usuários e entre os diferentes prestadores envolvidos; II - as normas econômicas e financeiras relativas às tarifas, aos subsídios e aos pagamentos por serviços prestados aos usuários e entre os diferentes prestadores envolvidos; III - a garantia de pagamento de serviços prestados entre os diferentes prestadores dos serviços; IV - os mecanismos de pagamento de diferenças relativas a inadimplemento dos usuários, perdas comerciais e físicas e outros créditos devidos, quando for o caso; V - o sistema contábil específico para os prestadores que atuem em mais de um Município. § 2º O contrato a ser celebrado entre os prestadores de serviços a que se refere o caput deste artigo deverá conter cláusulas que estabeleçam pelo menos: I - as atividades ou insumos contratados; II - as condições e garantias recíprocas de fornecimento e de acesso às atividades ou insumos; III - o prazo de vigência, compatível com as necessidades de amortização de investimentos, e as hipóteses de sua prorrogação; IV - os procedimentos para a implantação, ampliação, melhoria e gestão operacional das atividades; V - as regras para a fixação, o reajuste e a revisão das taxas, tarifas e outros preços públicos aplicáveis ao contrato; VI - as condições e garantias de pagamento; VII - os direitos e deveres sub-rogados ou os que autorizam a sub-rogação; VIII - as hipóteses de extinção, inadmitida a alteração e a rescisão administrativas unilaterais; IX - as penalidades a que estão sujeitas as partes em caso de inadimplemento; X - a designação do órgão ou entidade responsável pela regulação e fiscalização das atividades ou insumos contratados. § 3º Inclui-se entre as garantias previstas no inciso VI do § 2º deste artigo a obrigação do contratante de destacar, nos documentos de cobrança aos usuários, o valor da remuneração dos serviços prestados pelo contratado e de realizar a respectiva arrecadação e entrega dos valores arrecadados. § 4º No caso de execução mediante concessão de atividades interdependentes a que se refere o caput deste artigo, deverão constar do correspondente edital de licitação as regras e os valores das tarifas e outros preços públicos a serem pagos aos demais prestadores, bem como a obrigação e a forma de pagamento”.

69 “Art. 3º Nos serviços públicos de saneamento básico em que houver mais de um prestador executando atividade interdependente, a relação jurídica entre eles deverá ser regulada por contrato, na forma prevista no art. 12 da Lei nº 11.445, de 2007”.

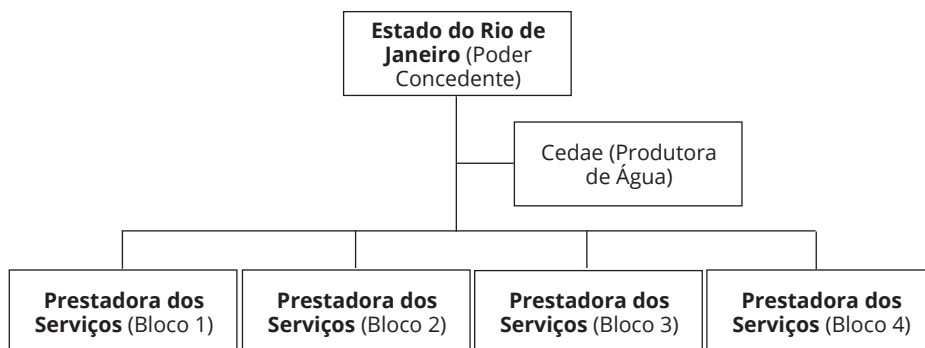


diretriz que pressupõe planejamento conjunto das operações de serviços públicos.

Um exemplo prático de relação de interdependência pode ser observado no Contrato de Concessão de Serviços Públicos de Fornecimento de Água e Esgotamento Sanitário no Estado do Rio de Janeiro, decorrente do Edital de Concorrência Internacional n. 01/2020, também conhecido usualmente como *“leilão da Cedae”*. Nos contratos decorrentes do leilão, a Cedae (Companhia Estadual de Águas e Esgotos do Rio de Janeiro) continua responsável por toda a cadeia de atividades para a produção de água necessária à Concessionária, por meio do contrato de produção de água (firmado com o Estado do Rio de Janeiro) e o contrato de interdependência (celebrado com a Concessionária).

Nessa modelagem de concessão, utilizou-se da previsão do art. 10-A, § 2º da Lei Federal n. 11.445/2007⁷⁰ para segregar a outorga de recursos hídricos para produção de água detida pela Cedae dos serviços de distribuição de água para o usuário final, estes operados pelas concessionárias. Assim, identifica-se uma relação de interdependência entre a Cedae, produtora de água, e as concessionárias, distribuidoras de água para o usuário final.

Diante disso, ilustra-se a relação de interdependência entre a Cedae e as prestadoras de serviços de distribuição de água da seguinte forma:



Fonte: Elaborado pelo autor.

70 "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).

As relações de interdependência, serão reguladas por entidade única, dotada da competência para regular e fiscalizar tal vínculo jurídico (art. 12, § 1º da Lei Federal n. 11.445/2007), cujo objetivo, é o melhor funcionamento da prestação dos serviços, pensado de forma conjunta. Com base nessa lógica, a entidade de regulação tem competência para regular os seguintes aspectos da relação de interdependência: (i) as normas técnicas relativas à qualidade, quantidade e regularidade dos serviços prestados aos usuários e entre os diferentes prestadores envolvidos; (ii) as normas econômicas e financeiras relativas às tarifas, aos subsídios e aos pagamentos por serviços prestados aos usuários e entre os diferentes prestadores envolvidos; (iii) a garantia de pagamento de serviços prestados entre os diferentes prestadores dos serviços; (iv) os mecanismos de pagamento de diferenças relativas a inadimplemento dos usuários, perdas comerciais e físicas e outros créditos devidos, quando for o caso; e (v) o sistema contábil específico para os prestadores que atuem em mais de um Município.

A título exemplificativo, a fórmula paramétrica para o reajuste tarifário no contrato de concessão do Estado do Rio de Janeiro prevê a variação do valor da água cobrado pela Cedae como fator para o cálculo da tarifa reajustada. A partir disso, reforça-se a importância da regulação eficaz das relações de interdependência, a qual impacta diretamente no valor da tarifa praticada.

Sobre o "*contrato de interdependência*", o art. 12, § 2º da Lei Federal n. 11.445/2007 elenca o conteúdo mínimo das cláusulas contratuais, as quais devem regular os seguintes pontos: (i) as atividades ou insumos contratados; (ii) as condições e garantias recíprocas de fornecimento e de acesso às atividades ou insumos; (iii) o prazo de vigência, compatível com as necessidades de amortização de investimentos, e as hipóteses de sua prorrogação; (iv) os procedimentos para a implantação, ampliação, melhoria e gestão operacional das atividades; (v) as regras para a fixação, o reajuste e a revisão das taxas, tarifas e outros preços públicos aplicáveis ao contrato; (vi) as condições e garantias de pagamento; (vii) os direitos e deveres sub-rogados ou os que autorizam a sub-rogação; (viii) as hipóteses de extinção, inadmitida a alteração e a rescisão administrativas unilaterais; (ix) as penalidades a que estão sujeitas as partes em caso de inadimplemento; e (x) a designação do órgão ou entidade responsável pela regulação e fiscalização das atividades ou insumos contratados.

Em suma, o Novo Marco Regulatório exige a formalização das relações de interdependência entre prestadores dos serviços, concretizada por meio da indicação de entidade reguladora (art. 12, § 1º da Lei Federal n. 11.445/2007) e de celebração de contrato de interdependência (art. 12, § 2º da Lei Federal n. 11.445/2007). Entende-se que esse regramento é mais um indicativo expresso da interconexão entre os serviços de saneamento básico, o que exige planejamento conjunto, mesmo quando prestados por operadores diferentes. Cuida-se de mais uma alternativa para as companhias estaduais que estiverem com dificuldades de superar as exigências da Lei Federal n. 14.026/2020, de modo a permanecerem operantes, ainda que com um escopo reduzido, por meio de um contrato de produção de água, conjugado a um contrato de interdependência com os demais prestadores de serviços.



Capítulo IX

Participação Privada e Saneamento Básico no Brasil

1. Perspectivas para o Saneamento Básico no Brasil

Na ordem constitucional brasileira vigente, o poder público é o responsável por controlar os processos de decisão envolvendo as políticas de educação, saúde, segurança, meio ambiente e saneamento. No caso específico do saneamento — a concepção, o financiamento, a regulação, a fiscalização e a operação do sistema, mesmo que esses estágios estejam divididos ou subdivididos —, a União, os estados, o Distrito Federal e os municípios precisam preservar e exercer o protagonismo das decisões no limite de suas competências, o que não é algo totalmente preciso, mesmo que existam linhas de raciocínio propostas pela legislação e mediadas pelo Poder Judiciário, merecendo destaque as deliberações mais recentes do STF (STF, ADI ns. 6.912, 6.492, 6.356, 6.583 e 6.882 no ano de 2021).

Consolidando-se o formato proposto pelo *Novo Marco Legal do Saneamento* — nos serviços de abastecimento de água potável e esgotamento sanitário —, no mesmo estado conviverão contratos de programa (até o advento do termo contratual) e contratos de concessão (por exemplo, depois da privatização de uma companhia estadual) por dentro de unidades regionais ou blocos de referência, além das alternativas conhecidas (o caso das microrregiões, uma modalidade bastante utilizada). Assim como é possível a continuidade de experiências em municípios isolados quando esta for a convicção daquele governo. Em geral, o processo de desestatização das companhias estaduais implicará na transição dos contratos de programa para os contratos de concessão (Lei n. 14.026/2020, art. 14). Com a privatização de uma companhia estadual, os contratos de programa assumem a condição de contratos de concessão

licitados, o que lhes abre as possibilidades oferecidas pela Lei n. 11.445/2007, art. 11-B, §2º, inciso III. Assim, o modelo regulatório predominante será o da regulação contratual, porque os contratos de concessão foram licitados no procedimento competitivo para a desestatização da empresa pública ou da sociedade de economia mista.

O Plano Plurianual e a Lei Orçamentária Anual são os instrumentos que revelam, a cada novo ciclo, a agenda política do Estado, que pode sempre desenvolver, com maior ou menor prioridade, determinados setores da economia nacional.¹ O Estado social e o Estado minimalista, ou modelos híbridos, que combinem intervenção estatal, competição e mercado de capitais, nas suas diferentes abordagens, podem fazer entregas eficientes para a população.

Assim como as políticas de educação e saúde, a renovação de hegemonias políticas, característica de um Estado Democrático de Direito pode determinar que grupos representativos de interesses diversos assumam o controle das estruturas burocráticas de poder, o que, inevitavelmente, acaba definindo o desenho, o modelo, o modo de execução de um serviço público.

Nesse quadro, existem inúmeros possíveis arranjos capazes de preservar as diretrizes constitucionais e legais a partir do uso de estratégias que aperfeiçoem o estado de coisas atual,² engajando a reflexão coletiva, o debate público e democrático e o controle social por meio de instâncias formais ou informais de participação.³ Independentemente dos modelos adotados pelos titulares e da orientação nacional, é sempre a partir do filtro de um processo transparente e democrático que surgirá a opção pelo modelo público, público-público, público-privado ou exclusivamente privado, quanto ao operador do sistema.⁴ Conforme já ressaltado não se

1 HELLER, Léo; MORAES, Luiz Roberto Santos; BRITTO, Ana Lucia; BORJA, Patrícia Campos; REZENDE, Sonaly Cristina. **Panorama do Saneamento Básico no Brasil: Análise Situacional dos Programas e Ações Federais**, Volume III, Brasília, Ministério das Cidades/Secretaria Nacional de Saneamento Ambiental, 2011, p. 228.

2 REZENDE, Sonaly Cristina; HELLER, Léo. **O Saneamento no Brasil: políticas e interfaces**. 2. ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2008, p. 318-336.

3 ALTH, Fernando. Saúde e Saneamento no Brasil: Aspectos Conceituais e Regulatórios e os Desafios para a Adoção de Políticas Públicas Intersetoriais no País. In: MOTA, Carolina. (coord.). **Saneamento Básico no Brasil: aspectos jurídicos da Lei Federal n. 11.445/2007**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 258.

4 TRINDADE, Karla Bertocco. A Construção de um Novo Modelo Institucional para o Saneamento no Estado de São Paulo. In: MOTA, Carolina. (coord.). **Saneamento**

deve pressupor a existência de um tipo ideal sem que se avalie o conjunto de circunstâncias observadas no caso concreto.

Salientamos que os municípios, titulares dos serviços de saneamento básico, são marcados por realidades muito próprias, de geografia, de cultura, de urgências nas respostas que decorrem de uma política pública com essa relevância. Por isso, não é simples uniformizar a base regulatória no nível nacional, sabendo-se que existe um espaço de autonomia para as reguladoras infranacionais.

O grau de isolamento urbano, a densidade populacional, a suficiência de recursos hídricos, a infraestrutura existente e a capacidade administrativa e financeira são alguns dos elementos básicos que justificam desenhos tão diversos⁵. Mesmo existindo um esforço no sentido de uma padronização, na interpretação e aplicação da legislação setorial, a partir da disseminação de boas práticas, sempre haverá um espaço para o ajuste, a personalização dessa base regulatória.

Uma certa homogeneidade de orientação, um padrão regulatório a ser alcançado a partir das normas de referência produzidas pela ANA — e o seu catálogo de boas práticas — colabora para a organização do sistema de regulação das subnacionais, auxiliando na hierarquização das escolhas de investimento público ou privado, rumo à universalização de estruturas de maneira inclusiva. Mesmo sabendo-se que a ação normativa da agência nacional não é vinculante para os reguladores subnacionais, pois, se assim fosse determinado pelo *Novo Marco*, existiria um risco elevado de inconstitucionalidade da proposta.

Como ressaltou-se em diferentes momentos desse livro, verifica-se hoje uma tendência generalizada à transição do modelo majoritariamente público na direção do privado — ou, pelo menos, a possibilidade de uma convivência distribuída de forma equilibrada entre os dois campos. Na verdade, a urgência determinada pelo agravamento da crise fiscal do Estado tornou obrigatório pensar o sistema de saneamento brasileiro integrando a capacidade de investimento do campo privado.

Básico no Brasil: aspectos jurídicos da Lei Federal n. 11.445/2007. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 311.

5 CUNHA, Alexandre dos Santos et al. Poder Concedente e Marco Regulatório no Saneamento Básico. *Cadernos Direito GV*, v. 2, São Paulo, mar. 2006, p. 38.

Esse era um dos pontos controvertidos na ADI n. 6.536, julgada pelo STF, no ano de 2021. Uma das alegações dos autores da ação é a de que a estratégia de abertura para a iniciativa privada seria um meio inadequado para atingir o fim constitucionalmente exigido da promoção da universalização do serviço de saneamento.⁶ Entretanto, cumpre destacar, que a constituição não impõe a exclusividade da prestação estatal de serviços públicos. Diante disso, pode-se argumentar que a decisão de abrir o setor para o investimento privado recai na esfera da discricionariedade legislativa, como defendeu a Advocacia-Geral da União (AGU) em manifestação a respeito da referida ADI:

Deve-se ter em vista que, sobretudo quando articulado sob parâmetros normativos com alto coeficiente de indeterminação, como é o caso dos autos, o exercício da jurisdição constitucional deve ser norteado por uma premissa de autocontenção. Salvo nas hipóteses de violação flagrante às regras e princípios inscritos na Constituição da República, é indispensável que haja deferência à legitimidade político-democrática dos agentes públicos eleitos, assegurando-lhes a manutenção de seu espaço de deliberação.⁷

A AGU sustentou a plausibilidade do novo modelo como meio para a universalização apontando as principais estratégias trazidas na Nova Lei:

I. Metas contratuais de universalização, de acordo com o art. 11-B da Lei n. 11.445/2007, cuja redação foi dada pelo Novo Marco Legal do Saneamento;

II. Conferir transparência na celebração dos contratos e, com isso, trazer eficiência para o setor, através da obrigatoriedade da licitação, conforme a nova redação do art. 10 da Lei n. 11.445/2007.

III. Uniformização do ambiente regulatório encabeçada pela Agência Nacional de Águas, que com suas novas atribuições emitirá normas de referência para todo o Brasil.

6 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.536/DF**. Petição Inicial (e-STF, doc. 1), p. 41.

7 São citadas, corroborando esse entendimento sobre a deferência ao Poder Legislativo, as decisões do STF nas ADI n. 6.299, ADI n. 5.062, ADI n. 5.794 e ADI n. 5.062. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.536/DF**. Manifestação AGU (e-STF, doc. 59), p. 15.

Diante disso, a AGU considerou o *Novo Marco* como capaz de mudar a realidade da política pública no Brasil atualmente:

Os instrumentos previstos na legislação ora impugnada apontam para a construção de uma nova realidade no setor em análise e foram criados a partir da constatação da ineficiência do atual modelo. De fato, a Lei nº 14.026/2020 é um marco promissor para a universalização adequada do abastecimento de água e do saneamento básico no país.⁸

Importante reafirmar, o STF confirmou a constitucionalidade do *Novo Marco Legal do Saneamento*, reunindo as ADIs ns. 6.492, 6.356, 6.583 e 6.882, entendendo ser opção legítima do Congresso Nacional formar um convencimento por mudanças legislativas capazes de auxiliar na universalização do serviço e reduzir as desigualdades sociais e regionais existentes no nosso país. Antes protagonizado pelas autarquias municipais e pelas companhias estaduais — o modelo Planasa —, cada vez mais os titulares têm se direcionado à delegação da operação para empresas privadas,⁹ como demonstramos ao longo do trabalho.

Diante da incapacidade do Estado de responder às demandas de investimento no setor, a conversão majoritária das administrações para o modelo privado tem se mostrado uma tendência.¹⁰ Essa incapacidade é ressaltada no que se refere ao tratamento do esgoto: são alarmantes os índices apresentados em 2022 pelo Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento (SNIS), segundo os quais apenas 56% da população total é atendida com coleta de esgoto, e

8 Ibidem, p. 23-24.

9 No mês de outubro de 2020, ocorreram importantes processos concorrenciais nos estados de Alagoas e Espírito Santo, já sob as metas de universalização previstas no Novo Marco Legal do Saneamento. Em ambos os casos se apresentaram sete disputantes, indicando o interesse dos players privados em participar do setor de saneamento no Brasil. A Sabesp, companhia estadual de São Paulo, em consórcio, também se envolveu nos processos licitatórios, o que futuramente será uma realidade em outras licitações, que podem ser atrativas para empresas estatais de diferentes regiões do país.

10 A Sanessol, concessionária do grupo Iguá Saneamento e Aviva Ambiental no município de Mirassol/SP, no que tange às metas de universalização, é uma grande referência da participação privada no setor. Em 16 anos de concessão, a Sanessol apresenta atualmente 100% de atendimento e tratamento de água e esgotamento sanitário, adequando-se ao que estipula o Novo Marco do Saneamento com base no SNIS 2021 e 2022. Em relação aos índices de esgoto tratado, a empresa avançou 95 pontos percentuais desde que iniciou os seus trabalhos. Teve também um avanço de 32% nos índices de coleta de esgotamento.



apenas 52,2% do esgoto total gerado é adequadamente conduzido e tratado,¹¹ um dos fatores mais evidentes da necessidade de mudança de paradigma e foco em relação a essa política pública.

O despejo do esgoto em corpos hídricos sem o adequado tratamento diminui o oxigênio dissolvido (causando inclusive a mortandade de peixes), produz a eutrofização (excesso de nutrientes) e o consequente desequilíbrio do meio aquático. Além disso, a contaminação por organismos patogênicos está relacionada ao aumento de doenças de veiculação hídrica em determinadas comunidades. Daí a importância das diretrizes para o lançamento de efluentes estabelecidas pela Resolução n. 430/2011 do CONAMA, visto que a poluição dos corpos receptores pode prejudicar determinados usos, como o abastecimento de água potável para consumo humano, dessedentação animal ou irrigação. Na verdade, toda privação de infraestrutura de saneamento tem repercussão direta no estado de saúde da população.

A propósito, mesmo em períodos de estabilidade na economia, quando se imaginaria uma expansão das estruturas de saneamento em relação ao acesso à água potável e ao serviço de esgotamento sanitário, isso não ocorreu. Da mesma maneira, pouco se evolui em relação ao serviço de limpeza urbana e o manejo de resíduos sólidos (Lei Federal n. 12.305/2010, o Planares e a NR ANA n. 07/2024). Assim, impõe-se o pragmatismo direcional ao propósito último das políticas de saneamento: universalizar e qualificar o serviço de saneamento para todas as populações até 2033 (ou 2040), sendo uma questão coadjuvante se isso dependerá de uma operação do sistema pelo público ou pelo privado, ou, ainda, por um modelo misto, atento às sensibilidades específicas de cada comunidade¹². A análise de *Value for Money* (Lei Federal n. 11.079/2004,

11 SISTEMA NACIONAL DE INFORMAÇÕES SOBRE SANEAMENTO (SNIS). **Diagnóstico Temático Serviços de Água e Esgoto 2022**. Brasília, dez. 2023. Disponível em: <https://www.gov.br/cidades/pt-br/aceso-a-informacao/acoes-e-programas/saneamento/snis/produtos-do-snis/diagnosticos-snis>. Acesso em: 21 fev. 2024.

12 Para Gabriel Galípulo, a" [...] confortável crença em solucionar problemas sociais e econômicos pela eliminação do público ou do privado só subsiste em elevado grau de abstração, capaz de proporcionar uma distância segura do problema. [...] Privatizar ou conceder não representa a eliminação da presença do Estado naquela atividade. Contratos de concessão ou parceria público-privada podem proporcionar bons incentivos à iniciativa privada para o alcance do interesse público, mas dependem da atuação do Estado, seja na regulação ou no fomento das atividades empresariais diretas, para alcançarem seus objetivos. O Estado atua na economia mesmo quando executa um programa de privatização, que constituiria,

art. 1º, I) decorre da necessidade de uma motivação suficiente para legitimar a decisão do gestor público. A comparação entre o modelo tradicional utilizado pelo setor público para prestar determinada modalidade de serviço e uma PPP permite com maior nível de acerto a escolha pela opção mais vantajosa, especialmente quando se tem o cuidado de mensurar benefícios financeiros e não financeiros, a melhor razão custo-benefício, ou seja, o melhor valor público.

A participação privada nos setores de abastecimento de água e esgotamento sanitário intensificou-se desde a conclusão do Plano Nacional de Saneamento Básico e a regulamentação da Lei Federal n. 11.445/2007 (Decreto n. 7.217/2010). O que é algo bastante difundido no serviço de limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos, ainda que não tenha sido suficiente para acelerar o encerramento dos lixões e o desenvolvimento de novas rotas tecnológicas, nos termos da Lei Federal n. 12.305/2010 (Decreto n. 10.936/2022). O gráfico a seguir traz um panorama das concessões privadas no Brasil em saneamento básico entre 2013 e 2023, destacando-se uma nova realidade que vem se modificando cada vez mais com a implementação do Novo Marco Regulatório:¹³

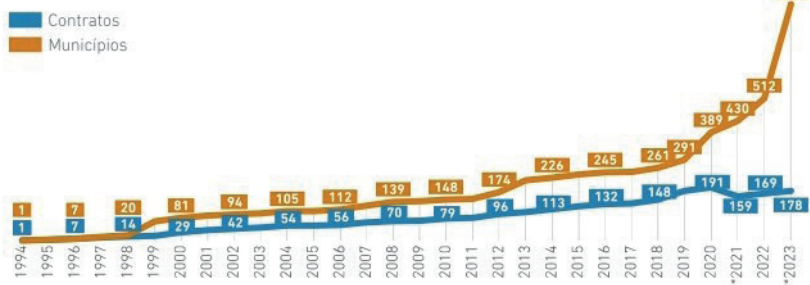
para muitos, a extinção da intervenção estatal na economia. A intenção dessa análise é desviar do debate que contrapõe público e privado e se deslocar para a investigação sobre eficiência, a partir da indicação das condições de contorno da lógica dos incentivos oferecidos pelas modalidades contratuais. [...] A modelagem contratual define incentivos, ao estabelecer o sistema de punições e recompensas, ou riscos e prêmios ao contratado. Seja para a contratação de pessoa física ou jurídica, estabelecer critérios de remuneração vinculados ao objetivo da contratação, para além de pagar o menor preço, costuma ser a condição determinante para o sucesso do projeto". GALÍPOLO, Gabriel Muricca. Incentivos Públicos e Privados. In: FAJARDO, G; COHEN, I; CARELLI, C. **INFRACAST: Concessões, Parcerias Público-Privadas e Privatizações**. Belo Horizonte: Fórum, 2022, p. 81.

- 13 Deve-se notar que, o gráfico mistura concessões de todas as sortes, incluindo plenas e parciais, PPPs e subdelegações (veremos essas modalidades adiante).



Evolução dos contratos privados por modalidade (2013-2023)

Fontes: SPRIS e SNIS



*O SNIS considera que os contratos da empresa Hidroforte localizados nos estados do Pará e de Tocantins seriam considerados uma única operação microrregional. A fim de compatibilizar as informações apresentadas no PANORAMA com os dados oficiais do governo federal, o Quadro de Concessões foi ajustado para abarcar o conceito adotado no SNIS.
 ** Estimativa 1º semestre de 2023 considerando os leilões realizados até o final de 2022.

Fonte: ABCON SINDCON — Panorama da Participação Privada no Saneamento 2023.¹⁴

Percebe-se que, em dez anos, o número de contratos privados no setor teve um aumento relevante de 103 para 178. Além disso, os efeitos da Lei Federal n. 14.026/2020 podem ser percebidos ao analisar o aumento de cobertura de atendimento por esses contratos desde a sua promulgação — aumentando de 389 para 850 municípios atendidos em três anos.

Ademais, não se pode, de maneira definitiva, afastar o Estado do processo. Isso porque, quando ausente a modulação pública que pense um planejamento mais amplo, vocacionado para realizar o interesse público, os objetivos da Constituição e da lei do setor podem não se concretizar. A universalização do serviço, caso o enfoque seja apenas em expansão das redes, não protege os usuários de uma política tarifária excludente, quando o processo for malconduzido pelos entes federativos. O Estado, por determinação constitucional e com extensa previsão na nova legislação, continuará sendo o regulador e o fiscalizador, na condição de curador do bem público. Os Tribunais de Contas, os Ministérios Públicos, entre outros órgãos de controle, precisarão ponderar em que medida é amplo seu poder de revisão das decisões do regulador e do poder concedente, quando desenvolvem-se no campo do poder discricionário em sentido estrito.

14 ABCON SINDCON. **Panorama da Participação Privada no Saneamento 2023:** a década do saneamento. Disponível em: <https://abconsindcon.com.br/panorama/>. Acesso em: 18 mar. 2024.

Nesta nova etapa, na primeira licitação de Alagoas, envolvendo a Região Metropolitana de Maceió, ocorrida em outubro de 2020, já sob as regras do *Novo Marco* — mas antes da deliberação do Congresso Nacional a respeito dos vetos presidenciais —, foi possível observar um número expressivo de interessados. Lembra Rodrigo de Pinho Bertoccelli que “[...] o primeiro bloco foi composto pela Região Metropolitana de Maceió (RMM); o segundo pelo Sertão e pelo Litoral; e o terceiro pela Zona da Mata, Vale do Paraíba e Região Norte do Estado [...]”.¹⁵ As licitações e contratações ocorreram entre os anos de 2020 e 2021, auxiliando nos projetos que surgiram logo depois, as concessões da Cedae no Rio de Janeiro (2021)¹⁶, da Ceasa no Amapá e da Cagece no Ceará.

15 Segundo o autor, o “[...] valor mínimo pela outorga do serviço apresentado no edital era de aproximadamente R\$ 15 milhões e a BRK Ambiental, vencedora do certame, fez uma oferta de R\$ 2 bilhões. Nos 35 anos da concessão, a nova concessionária deverá investir R\$ 2,5 bilhões em infraestrutura para alcançar a meta de 100% de fornecimento de água e 90% de coleta e tratamento de esgoto; R\$ 2 bilhões já devem ser aportados nos primeiros oito anos”. Além disso, “[...] O bloco da RMM representou um projeto-piloto da regionalização do saneamento básico no país. Os erros e acertos ajudaram a melhorar os outros projetos que já estavam em andamento com o apoio do BNDES, notadamente as concessões do Rio de Janeiro e Amapá e nos dois outros blocos de Alagoas[...]”. No Bloco A os municípios aderiram de forma obrigatória pois tratava-se de Região Metropolitana. Para os Blocos B e C, licitados e contratados em 2021, a opção foi pela Unidade Regional, o que pressupõe a adesão voluntária dos municípios envolvidos. BERTOCCELLI, Rodrigo de Pinho. **Prestação regionalizada de saneamento básico no Brasil: experiências concretas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2023, p. 111 e 114.

16 Neste caso, a “[...] modelagem do BNDES dividiu o Estado do Rio de Janeiro em quatro blocos e contou com um diferencial: a capital fluminense foi dividida em quatro áreas que compuseram cada um dos blocos, com possibilidade de adesão voluntária dos municípios de fora da Região Metropolitana, aumentando assim a atratividade para a iniciativa privada. Tal como Alagoas, o projeto foi desenvolvido de modo a segregar os serviços da seguinte maneira: (i) etapa upstream – captação, adução e tratamento da água; e (ii) etapa downstream – serviços de distribuição de água tratada ao usuário final, de coleta e tratamento de esgotos e de disposição final de efluentes”. Merece destaque o fato do modelo CEDAE também utilizar o contrato de interdependência, o que ocorreu em Alagoas. Destaca o autor essa semelhança em relação ao modelo de Alagoas, pois “[...] o vínculo jurídico entre a concessionária dos serviços – a CEDAE, as concessionárias privadas vencedoras da licitação e o ente regulador, foi instrumentalizado por meio de contrato de interdependência – figurando a Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro (AGENERSA) como interveniente nessa relação. Outra semelhança foi o papel do Estado no modelo jurídico. Partindo-se da premissa que os titulares do serviço são a região metropolitana em conjunto com os municípios, a modelagem fluminense estabeleceu uma delegação dos titulares ao Estado do Rio de Janeiro para que atuasse na condição de delegatário, o que justificou a celebração de convênios de cooperação com cada um dos entes federados que aderiram ao projeto”. Além disso, desde “[...] os mecanismos contratuais

A prestação de qualquer modalidade de serviço, para oferecer uma taxa de remuneração baixa depende de segurança jurídica, mormente para contratos de longo prazo. Ou seja, em um ambiente (político, econômico ou regulatório) instável, a tendência é haver uma menor competitividade e taxas de retorno mais altas para o investimento, visto que o risco sempre é precificado pelos concorrentes.

Tanto o aumento da produtividade quanto a redução de perdas físicas e comerciais em algumas localidades poderão não ser suficientes para contrabalançar o volume de investimentos projetado para que se propicie uma universalização sustentável no setor. Em outras localidades, inclusive, é possível que tais modificações imponham redução de tarifas, dependerá muito de cada uma das modelagens. Por isso, essas têm de ser construídas de maneira personalizada, calculando o impacto tarifário — sem dúvida alguma, a existência de projetos realistas é fundamental para o aperfeiçoamento dessa política pública.

Apenas para exemplificar, um excesso regulatório — contratual ou normativo — e o sobreamento de competências entre órgãos de controle — com riscos permanentes de análise do mérito da ação administrativa — produzem uma absurda perda de eficiência. A redundância entre os órgãos de controle (cada vez mais comum) impacta negativamente o setor, servindo como argumento de diminuição da competitividade nos processos licitatórios, verdade que já observa em outras áreas. O *Novo Marco* defende o contrário, ao incentivar a disputa para buscar eficiência, única possibilidade de acelerar a universalização sustentável. Um maior número *players* interessados em operar diretamente os sistemas ou investir no setor criará um contexto mais favorável para o desenvolvimento desse.

adotados até a redação de documentos, observa-se a influência positiva do modelo de Alagoas no Rio de Janeiro e em outros estados. Isso pode ser identificado, por exemplo: (i) na manutenção da companhia estadual como responsável pela captação da água bruta e no seu papel na relação contratual; (ii) pelo critério de julgamento, qualificações e garantias adotados na licitação; (iii) na utilização da B3 com plataforma para o certame, o que conferiu confiança ao mercado; (iv) no modelo de regulação contratual e na previsão de um verificador independente para apoio técnico ao ente regulador na aferição das metas de desempenho da concessionária; (v) na repartição equilibrada dos riscos contratuais; (vi) na remuneração vinculada ao cumprimento de metas; (vii) na previsão de arbitragem, entre outros aspectos". BERTOCCELLI, Rodrigo de Pinho. **Prestação regionalizada de saneamento básico no Brasil: experiências concretas.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2023, p. 121-124.

Mesmo assim, no atual ambiente, é inviável que, num país marcado pelas desigualdades regionais e locais, como o Brasil, ainda que se tenha optado pela desestatização progressiva da operação do sistema de saneamento, não haja preocupação com a manutenção de uma ampla rede de subsídios (art. 29, § 2º e art. 31, ambos da Lei Federal n. 11.445/2007¹⁷), de proteção social, seja na forma direta ou cruzada. Isso precisa ser protegido nas modalidades construídas pelos estruturadores de projetos, sob pena da universalização não alcançar áreas rurais ou de periferia, tornando-se uma experiência incompleta, especialmente porque a concessão de serviços públicos sempre seguirá a lógica do equilíbrio econômico-financeiro (art. 37, inciso XXI da Constituição Federal c/c art. 9º da Lei n. 8.987/1995) para garantir o princípio da continuidade (art. 6º da Lei n. 8.987/1995). Nas palavras de Marcello Caetano:¹⁸

[...] as prestações feitas pelos serviços públicos aos utentes podem ser gratuitas ou onerosas. Quando onerosas implicam a retribuição por aqueles que as recebem mediante o pagamento de um preço. O preço pode ser calculado de modo a cobrir todo o custo das prestações e os encargos do serviço ou só parte deles: no primeiro caso será um preço económico, no segundo um preço político. Os preços políticos são fixados para beneficiar o público, facilitando a utilização do serviço de maneira a assistir os mais pobres ou a promover e difundir a higiene, comodidade ou cultura. Não bastando então o produto das receitas próprias dos serviços públicos para cobrir as suas despesas, tem a Administração de preencher o déficit com subsídios provenientes das receitas gerais

17 "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: (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020) [...] § 2º Poderão ser adotados subsídios tarifários e não tarifários para os usuários que não tenham capacidade de pagamento suficiente para cobrir o custo integral dos serviços" (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020).

"Art. 31. Os subsídios destinados ao atendimento de usuários determinados de baixa renda serão, dependendo da origem dos recursos: (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020) I - (revogado); (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020) II - tarifários, quando integrarem a estrutura tarifária, ou fiscais, quando decorrerem da alocação de recursos orçamentários, inclusive por meio de subvenções; e (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020) III - internos a cada titular ou entre titulares, nas hipóteses de prestação regionalizada" (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020).

18 CAETANO, Marcello. **Manual de Direito Administrativo**, Volume II. Coimbra: Edições Almedina, 2008, p. 1083.

obtidas através dos impostos, o que quer dizer, que pagam todos os contribuintes parte dos benefícios colhidos pelos utentes, ou até a totalidade, se as prestações forem gratuitas.

Necessita-se, portanto, como dito mais de uma vez, de uma desestatização que universalize, mas não exclua:¹⁹

Nem sempre o serviço público segue um único regime quanto à retribuição das suas prestações — de gratuidade ou de onerosidade. A preocupação de encontrar soluções equitativas conduz, em certas actividades, a distinguir os utentes consoante as suas possibilidades económicas, exigindo o preço justo daqueles que podem pagá-lo, pedindo um preço reduzido (e, portanto, político) dos que não tendo recursos que permitam pagar o custo da prestação todavia possuam capacidade para pagar parte dele, e fornecendo as prestações gratuitamente aos que não disponham de meios para pagamento.

É importante novamente ressaltar que nunca existirá uma perfeita estabilidade regulatória, nem técnica, nem económica, mas muito já se avançou desde a promulgação da Lei Federal n. 11.445/2007.

É razoável para o contexto aplicarem-se preços diferentes a grupos de consumidores-usuários conforme critérios de localização, renda, equipamentos públicos disponíveis e outros indicadores socioeconômicos. O subsídio cruzado impõe uma política de preços a partir de regras de compensação entre os administrados e as diferentes operações, permitindo que o sistema contemple os interesses dos usuários de diferentes classes sociais, o que dá a exata dimensão social dessa política pública:²⁰

Diz-se com frequência que os serviços públicos não devem ter carácter lucrativo, mas é necessário esclarecer o sentido da proposição. Se por lucro se entende a margem de benefício resultante da diferença entre o preço cobrado e a importância pela qual ficou ao serviço a prestação fornecida (o custo da produção), tem de rejeitar-se essa afirmação pois é aconselhável e até indispensável que nos serviços económicos se vendam as prestações por preços acima dos custos a fim de

19 Ibidem, p. 1085.

20 CAETANO, Marcello. **Manual de Direito Administrativo**, Volume II. Coimbra: Edições Almedina, 2008, p. 1084-1085. No mesmo sentido: SOLA, Juan Vicente. **Constitución y Economía**. Buenos Aires: LexisNexis, 2004, p. 732.

permitir o autofinanciamento destinado à renovação e ampliação do estabelecimento, interessar o pessoal na eficiência do trabalho e constituir reservas na previsão de tempos difíceis. [...] Quando se trata de preço político, o cálculo parte não do custo das prestações, mas das possibilidades do eventual consumidor.

Isso é o que se defende como meio essencial para garantir o direito de todos os seres humanos à água e ao esgotamento sanitário, o que serve para os demais subsistemas desta modalidade de serviço público. Com antecipação e durante a implantação dos modelos privados de operação desses serviços, é preciso dimensionar o impacto dessas mudanças. O protagonismo do Estado não se exaure, porque ele deve definir as políticas planejando o setor; sendo o regulador, ao definir a reguladora infranacional, e o financiador (mediante subsídios). Por tudo isso, percebe-se a relevância da Análise de Impacto Regulatório (AIR), como metarregulação da ação normativo-discrecional do Estado.

A operação por entidades privadas dos serviços de água e esgotamento sanitário, o que se acentuou bastante entre 2021 e 2023, pelo menos no Brasil, já apresenta os seus primeiros resultados, e o inventário dessas entregas pode ser importante para a montagem de propostas de investimento em outras localidades. No ponto que segue, examinaremos casos concretos, alguns extremamente bem-sucedidos e, outros, nem tanto, objetivando sistematizar os modelos existentes de prestação privada dos serviços de saneamento básico e diagnosticar os problemas mais comuns nas experiências que já tivemos com cada um desses formatos.

Existem companhias de saneamento e empresas privadas eficientes e ineficientes, o que pode ser explicado pelo contexto operacional²¹ então optar por um modelo público ou pela desestatização em diferentes níveis — inclusive a privatização — não necessariamente representará a descoberta de um tipo ideal. A questão principal é acertar o modelo compatível com uma determinada comunidade, respeitando a geografia, um diagnóstico da desigualdade e a força do Estado para, sozinho ou concretizando parcerias, responder pelas dívidas sociais²².

21 Fatores como: insegurança na realização de investimentos, regulação ineficiente, desequilíbrio contratual, dificuldades na execução de projetos etc.

22 O município de Itu, São Paulo, é um exemplo para o setor de saneamento básico

Quando a estruturação da proposta de investimento segue o Modelo de Cinco Dimensões (adaptação do Five Case Model para o contexto brasileiro), percorrendo a *dimensão estratégica*, a *dimensão econômica*, a *dimensão comercial*, a *dimensão financeira* e a *dimensão gerencial*, existe uma chance maior de encontrar-se a melhor resposta por tratar-se de ferramenta experimentada em diversos contextos.

No caso da base de contratos operada por companhias estaduais, sempre existiu a compreensão de que a política tarifária enfatizava a preocupação social de atender uma parte expressiva dos municípios, independentemente da eficiência econômica dessas operações. Naturalmente, a expansão e a manutenção da rede, no final das contas, dependeriam dos recursos públicos disponíveis, para além da receita decorrente das tarifas. Atualmente, não existem recursos estatais compatíveis com as exigências legais e ambiciosas de universalização do sistema, o que obriga o poder público, Executivo e Legislativo, a criar incentivos capazes de atrair investidores privados.

As metas determinadas pela nova redação da Lei Federal n. 11.445/2007 são desafiadoras e, provavelmente em 2033, ou 2040, serão construídos novos acordos. Não é apenas uma questão de disponibilidade de recursos para investimento e de uma governança mais eficiente dos operadores, pois são as tarifas pagas pelos usuários e uma eventual compensação pública que remuneram o capital privado. Dessa maneira, existirá um limite para o crescimento de desempenho e nível de entrega nessa política pública, caso não se amplie a base de usuários comprometidos com a

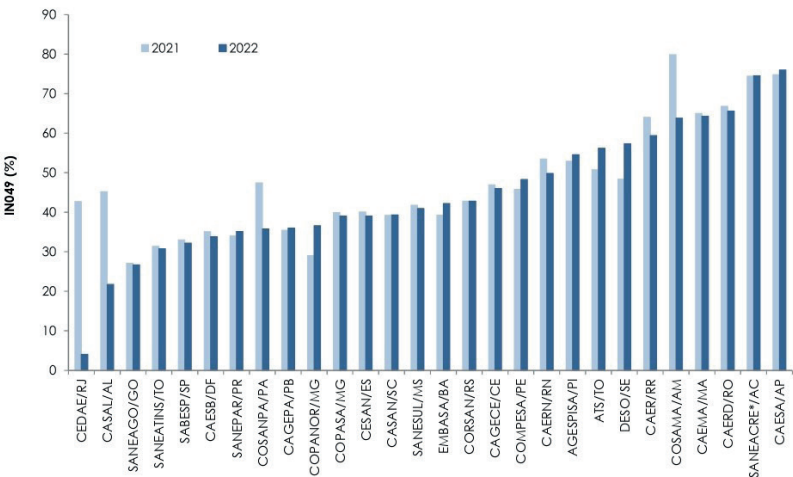
em sentido contrário ao processo de desestatização que vem acontecendo com a vigência do novo marco. Em 2007, o município optou pela concessão dos serviços de água esgoto para a concessionária Águas de Itu (Grupo Bertin S.A.). Entretanto, nos dez anos de prestação de serviços, a concessionária apresentou inconsistências no cumprimento do contrato, não cumprindo com as obrigações acordadas inicialmente. A falta de investimentos e a demora na entrega de infraestrutura resultaram em um longo racionamento de 11 meses e uma forte crise social para a população. Em decorrência disso, o município acabou intervindo administrativamente na empresa e, em 2017, retomou a operação dos serviços, criando uma autarquia municipal – a Companhia Ituana de Saneamento. Assim, a remunicipalização dos serviços de saneamento básico em Itu demonstra a necessidade de uma gestão de serviços que seja condizente com as necessidades e obrigações acordadas nos contratos, por meio de um arcabouço jurídico que crie um ambiente de segurança jurídica ao prestador de serviços e mecanismos de regulação responsáveis pela adequação da prestação de serviços às disposições contratuais e às normas de regulação.

sustentação econômico-financeira dos empreendimentos e caso o choque de gestão trazido pelo regime do direito privado nas relações jurídicas mostre-se insuficiente.

Por princípio, o acesso à água potável representa diretamente um ganho para o usuário, estando acostumado a pagar por isso. De outro lado, o serviço de coleta e tratamento de esgoto é percebido como um benefício de repercussão coletiva, sendo um exemplo mais evidente a despoluição dos rios. Também por tal motivo, é mais difícil engajar os usuários neste subsistema. De fato, em vários municípios, mesmo quando há uma estrutura instalada, muitas vezes não se consegue conectar o usuário à rede formal, e, menos ainda, cobrar pelo serviço. Isso, sem dúvida, representa uma perda econômica para qualquer operação que busque um ponto de equilíbrio. Verifica-se a perda física, que depende de reparos na própria rede, mas nota-se a perda comercial, decorrente das ligações clandestinas, ou, o que pode ser uma consequência, da não conexão dos consumidores com a infraestrutura instalada.

Confira-se, nesse sentido, o índice médio de perdas na distribuição (IN049 do SNIS) dos prestadores de serviços de abrangência regional para os anos de 2021 e 2022 e as médias do Brasil:

Índice de perdas na distribuição (IN049) dos prestadores de abrangência regional em 2021 e 2022



* Em 2022, o Departamento Estadual de Água e Saneamento do Acre (DEPASA) passou a se chamar Serviço de Água e Esgoto do Estado (SANEACRE).

Fonte: SNIS, 2022²³

23 SISTEMA NACIONAL DE INFORMAÇÃO SOBRE SANEAMENTO (SNIS). **Diagnóstico dos Serviços de Água e Esgoto 2022**, dez. 2023. Disponível em: <http://www.snis.gov.br/diagnosticos>. Acesso em: 22 fev. 2024.

É importante observar que, conforme dados de 2022, apenas três prestadores apresentam índice inferior a 30% (Cedae/RJ, 4,1%²⁴; Casal/AL, 21,73% e Saneago/GO, 26,71%), sendo que os outros dez prestadores apresentaram índices superiores a 30% e inferiores a 40% (Saneatins/TO, 30,7%; Sabesp/SP, 32,1%; Caesb/DF, 33,8%; Sanepar/PR, 35,1%; Cosanpa/PA, 35,7%; Cagepa/PB, 36%; Copanor, 36,5%; Copasa/MG, 39%; Cesan/ES, 39% e Casan/SC, 39,3%). Já na faixa de 40 e 50%, estão: Sanesul/MS, 40,9%; Embasa/BA, 42,2%; Corsan/RS, 42,7%; Cagece/CE, 46%; Compesa/PE, 48,2% e Caern/RN, 49,8%. Por fim, outros nove prestadores apresentaram índices superiores a 50%, são eles: Agespisa/PI, 54,5%; Ats/TO, 56,2%; Deso/SE, 57,3%; Caer/RR, 59,3%; Cosama/AM, 63,8%; Caema/MA, 64,3%; Caerd/RO, 65,5%; Saneacre/AC, 74,5% e Caesa/AP, 75,9%.²⁵

Desse modo, permanece a dúvida de como garantir a universalização, a sustentabilidade e a equidade para o sistema brasileiro de saneamento diante de uma população com renda per capita apresentando disparidades entre regiões do país, entre estados e dentro das cidades. Na verdade, e isto precisa ficar muito claro, combater o desperdício de água — seja por problemas estruturais de vazamento, por furto (as ligações diretas), fraude a partir de intervenções em hidrômetros ou erros de medição — melhorará a eficiência do sistema, mas não se sabe o quanto será suficiente.

A Companhia Espírito-Santense de Saneamento (Cesan), presente em 53 municípios, ainda no ano de 2023 ampliou os seus investimentos para modernizar a infraestrutura hídrica do Estado, inclusive utilizando-se de métodos não-destrutivos para a recomposição das redes. Na linha do *Novo Marco Legal do Saneamento*, também concentrou esforços na redução de perdas, produção de água de reúso, modernização dos processos das ETAs e ETEs e na

24 “[...] as elevadas reduções do IN049 na Cedae e na Casal podem ser explicadas pela nova configuração do sistema de abastecimento de água nos municípios atendidos por estas companhias em 2022. Em diversos municípios, tanto a Cedae quanto a Casal deixaram de ser responsáveis pela distribuição de água, ficando responsáveis apenas pela etapa de produção da água, ou seja, captação e tratamento. Nesse novo cenário, a Cedae e a Casal produzem água e exportam para as companhias microrregionais, que são responsáveis pela distribuição da água. Como as perdas de água ocorrem majoritariamente na etapa de distribuição, a redução do IN049 ocorrida nestas companhias era esperada.” Ibidem.

25 SISTEMA NACIONAL DE INFORMAÇÃO SOBRE SANEAMENTO (SNIS). **Série Histórica 2022**. Disponível em: <http://app4.mdr.gov.br/serieHistorica/>. Acesso em: 22 fev. 2024.

construção de uma usina fotovoltaica. A Companhia de Saneamento Ambiental do Distrito Federal (Caesb), da mesma forma, tem aumentado os seus investimentos na redução de perdas, na busca por eficiência energética e na ampliação e qualificação do serviço de esgotamento sanitário (Projeto de Lei n. 696/2023, que autoriza a Caesb a contrair uma operação de crédito externo junto ao Banco de Desenvolvimento Alemão).

2. Modelos de Participação da Iniciativa Privada

A concessão é instrumento de delegação por contrato da execução de serviço público pelo titular desse serviço. Deve dar-se sem exclusividade — quando possível —, a fim de estimular a competição entre interessados, o que costuma funcionar por si só como elemento de regulação da proporção entre tarifa e qualidade do serviço, o que pode ser identificado como um instrumento de *“regulação pela competição”*. Por isso, no plano ideal, a regra geral é a licitação.

No caso específico do serviço público de saneamento, em sua já destacada condição de monopólio natural, pelas razões aqui expostas de maneira exaustiva, o processo de disputa acontece apenas até a assinatura do contrato, o que eleva sobremaneira a responsabilidade do processo licitatório. A Constituição Federal, no art. 175, a Lei Federal n. 8.987/1995, a Lei Federal n. 11.079/2004, assim como o *Marco Legal do Saneamento*, de maneira pontual, todos ocupam-se da teoria geral e das questões de ordem prática que envolvem essa modalidade de delegação da responsabilidade de prestar serviço público no Brasil, mais precisamente, a concessão comum (Lei Federal n. 8.987/1995, art. 2º), além das hipóteses de concessão patrocinada e a concessão administrativa (Lei Federal n. 11.079/2004, art. 2º), o que será tratado posteriormente.

Pela concessão comum, da qual pretende-se falar agora, o agente privado recebe do titular o direito de prestação de serviços numa área por prazo determinado. O concessionário fica autorizado a utilizar a estrutura existente e deve investir para cumprir o cronograma de obras e metas, que constará no contrato, ao final do qual a propriedade da estrutura é revertida ao público. A regulação será direta, levada a cabo pela agência reguladora designada pelo titular do serviço. É o pagamento da tarifa pelo usuário a receita principal desse modelo de operação. Podem existir receitas acessórias (Lei Federal n. 8.987/1995, art. 11), cujo objetivo é,

quando possível, maximizar a exploração econômica do ativo público, existindo eventualmente o compartilhamento das receitas com o Poder Público, desde que haja previsão contratual.

Importante destacar ainda que toda concessão envolve a contratação com prazo determinado, e o esgotamento do prazo indica o seu encerramento. O advento do termo contratual extingue a concessão (Lei Federal n. 8.987/1995, art. 35, I). Como efeito imediato, extinta a delegação, retornam ao poder concedente todos os bens reversíveis (art. 23, X, da referida lei). A obra nova, os bens públicos que compuseram a estrutura disponibilizada ao particular para a prestação do serviço, os equipamentos adquiridos pela concessionária, tudo reverterá (ou incorporar-se-á) ao patrimônio público — e a discriminação dos bens revertidos aparece, usualmente, em memorial descritivo, previsto no contrato.

2.1 Concessões de Saneamento da Década de 1990

Há vários exemplos no contexto brasileiro presente de experiência de concessão dos serviços de saneamento, tanto parcial quanto total. O primeiro caso é o do Município de Limeira/SP. Em 1995, a Prefeitura Municipal de Limeira/SP apresentou projeto de lei à Câmara de Vereadores, que aprovou a realização de licitação para concessão não onerosa dos serviços de saneamento. A Companhia Brasileira de Projetos e Obras, do grupo Odebrecht e da francesa Suez Lyonnaise des Eaux, venceu o certame. Os serviços de água e esgoto foram delegados a ela, por um prazo inicial de trinta anos. O edital previa a universalização em até cinco anos, um período razoável, tendo em conta que a cobertura na cidade era já de 98% para os serviços de abastecimento de água e 93% para os serviços de esgotamento sanitário.²⁶

A empresa passou a operar em seguida, destacando-se pelo bom atendimento, foco na gestão das perdas e investimento em obras-chave para aprimorar o serviço, o que fez o município alcançar posição de destaque na gestão de perdas e terceira posição no ranking Trata Brasil do saneamento. De 1996 a 2013, o número absoluto de ligações de água aumentou em 21%, e o nível de perdas no sistema de abastecimento reduziu-se de 27,73% para 14,46%.²⁷

26 SANCHEZ, Oscar Adolfo. A Privatização do Saneamento. In: **São Paulo Perspec**, v. 15, n. 1, São Paulo jan./mar. 2001, p. 94.

27 SANTANA, Felipe Baldin. **Privatização do Saneamento Básico no Brasil**: um estudo de caso da cidade de Limeira/SP. Campinas: Universidade Estadual de Campinas, 2015, p. 26.

Quanto ao aspecto mais delicado, a tarifa, parte mais visível do relacionamento da concessionária com o público, o contrato previa o seu congelamento por seis anos. Até hoje, porém, a tarifa do município de Limeira para todos os serviços oferecidos está abaixo da média praticada no país, inclusive no próprio estado de São Paulo. Um estudo do caso de Limeira conclui que:

[...] a concessão do serviço de saneamento foi benéfica do ponto de vista a criar condições favoráveis à manutenção da operação de saneamento e se aproveitou dos investimentos massivos na expansão das redes de abastecimento de água e coleta de esgoto para seguir o movimento nacional na direção da universalização dos serviços de saneamento sem alterar expressivamente a política tarifária aplicada e elevando os níveis de serviço para excelência quando comparados a outros municípios e países do mundo.²⁸

Com base nos dados mais recentes do SNIS,²⁹ o município de Limeira tem os seus serviços urbanos de abastecimento de água e de coleta e tratamento de esgoto universalizados. No que tange às perdas, o município, em 2022, apresentou um percentual de apenas 20,19% de perdas de água.

No município de Cachoeiro de Itapemirim/ES, em 1998, a prefeitura, por meio da Concorrência Pública n. 06/97, selecionou uma empresa para prestar os serviços pelo prazo de trinta e sete anos e seis meses, contados a partir daquele momento, em substituição à autarquia municipal. Os usuários, em sua grande maioria, estavam insatisfeitos com a qualidade do antigo Serviço Autônomo de Água e Esgotos, cujos equipamentos e redes ficaram obsoletos devido à falta de investimentos.

Segundo depoimentos coletados pela pesquisa, não houve amplo debate na cidade com as comunidades afetadas, e as decisões de mudança de modelo processaram-se exclusivamente entre Prefeitura e Câmara de Vereadores. Ainda assim, notaram-se importantes avanços no processo. Foi, pela primeira vez, instituída uma política pública de saneamento, até então inexistente, na forma da Lei Municipal n. 4.797/1999.

28 Ibidem.

29 SISTEMA NACIONAL DE INFORMAÇÃO SOBRE SANEAMENTO (SNIS). **Série Histórica 2022**. Disponível em: <http://app4.mdr.gov.br/serieHistorica/>. Acesso em: 22 fev. 2024.

Outro ponto crucial, repetido em diversos municípios, é que, conquanto a agência reguladora tenha autonomia financeira, não dispõe de autonomia política, pois a ocupação dos cargos é controlada pela prefeitura, e os mandatos coincidem com os do executivo municipal. A despeito disso:

[...] há a percepção, por parte da população, de grande melhoria na qualidade dos serviços prestados após a privatização. Ante a precariedade do sistema e a ausência de recursos financeiros no período que a antecedeu, comparados aos investimentos com recursos públicos subsidiados que se seguiram, algumas falas deixam clara a mudança positiva.³⁰

Ocorreu, porém, sensível aumento nas tarifas cobradas, a fim de financiar a expansão da rede, em especial no serviço de esgotamento sanitário. De todas essas experiências, mais uma vez, evidencia-se que, não obstante, o modelo escolhido em determinada região seja a contratação de concessão pelo município diretamente com empresa privada, é essencial que tal contratação seja compatível com as políticas regionais e nacionais. Hoje, mais do antes, o marco legal do setor oferece alternativas para uma universalização sustentável, não apenas no aspecto ambiental, mas também econômico e social.

2.2 Domínio da Concessão no Ciclo de Universalização

Sobre esse ponto, insiste-se, são positivas as inovações legislativas introduzidas pelo *Novo Marco* (com a Lei Federal n. 14.026/2020), que privilegia o modelo de concessão. Tanto para os contratos vigentes quanto àqueles a serem futuramente celebrados, novos requisitos de validade foram instituídos (metas de melhoria de tratamento, redução de perdas, uso racional dos recursos etc.), com sanções mais palpáveis pelo seu não cumprimento, como a proibição de distribuição de lucros na hipótese de não cumprimento de metas contratuais (art. 11, § 5º da Lei Federal n. 11.445/2007). Reitera-se algumas das condições contratuais exigidas pelo *Novo Marco Regulatório do Saneamento Básico*:

30 OLIVEIRA, Thiago Guedes; REZENDE, Sonaly; HELLER, Léo. Privatização dos serviços de saneamento: uma análise qualitativa à luz do caso de Cachoeiro de Itapemirim. In: **Revista de Engenharia Sanitária e Ambiental**, v. 16, n. 4, out./dez., 2011, p. 400.

Lei n. 11.445/2007	Lei n. 14.026/2020
Art. 11. São condições de validade dos contratos que tenham por objeto a prestação de serviços públicos de saneamento básico: I - a existência de plano de saneamento básico; II - a existência de estudo comprovando a viabilidade técnica e econômico-financeira da prestação universal e integral dos serviços, nos termos do respectivo plano de saneamento básico; III - a existência de normas de regulação que prevejam os meios para o cumprimento das diretrizes desta Lei, incluindo a designação da entidade de regulação e de fiscalização; IV - a realização prévia de audiência e de consulta públicas sobre o edital de licitação, no caso de concessão, e sobre a minuta do contrato. § 1º Os planos de investimentos e os projetos relativos ao contrato deverão ser compatíveis com o respectivo plano de saneamento básico. § 2º Nos casos de serviços prestados mediante contratos de concessão ou de programa, as normas previstas no inciso III do caput deste art. deverão prever: I - a autorização para a contratação dos serviços, indicando os respectivos prazos e a área a ser atendida; II - a inclusão, no contrato, das metas progressivas e graduais de expansão dos serviços, de qualidade, de eficiência e de uso racional da água, da energia e de outros recursos naturais, em conformidade com os serviços a serem prestados; [...].	II - a existência de estudo que comprove a viabilidade técnica e econômico-financeira da prestação dos serviços, nos termos estabelecidos no respectivo plano de saneamento básico; [...] V - a existência de metas e cronogramas de universalização dos serviços de saneamento básico. [...] II - a inclusão, no contrato, das metas progressivas e graduais de expansão dos serviços, de redução progressiva e controle de perdas na distribuição de água tratada, de qualidade, de eficiência e de uso racional da água, da energia e de outros recursos naturais, em conformidade com os serviços a serem prestados e com o respectivo plano de saneamento básico; [...].

	§ 5º Fica vedada a distribuição de lucros e dividendos, do contrato em execução, pelo prestador de serviços que estiver descumprindo as metas e os cronogramas estabelecidos no contrato específico da prestação de serviço público de saneamento básico.

Além disso, como veremos adiante, será papel central da ANA, enquanto reguladora nacional, a padronização dos modelos básicos desses contratos e dos critérios de cálculo tarifário, bem como a fiscalização do seu cumprimento, diretamente ou mediante a aplicação de suas normas pelas agências regionalizadas. Na verdade, não é a intenção inicial que a ANA tenha relação direta com os operadores, ou seja, são as agências subnacionais que têm a responsabilidade dessa interação.

A abertura de mercado, um dos pilares do *Novo Marco Legal*, não apenas exige a licitação, mas que o contrato de concessão seja sempre formalizado se a operação do serviço for responsabilidade de pessoa jurídica que não integra a estrutura administrativa do titular. Afora a licitação, os contratos de concessão deverão submeter-se a um conjunto de cláusulas mínimas, como já dito, detalhadas na Lei Federal n. 8.987/1995, art. 23 e na Lei Federal n. 11.445/2007, art. 10-A e art. 11, com questões específicas do setor.

As disposições do art. 11 da Lei n. 11.445/2007, são classificadas como condição de validade, sendo um dos exemplos mais destacados, o que está disposto no inciso II, qual seja, a existência de estudo que comprove a viabilidade técnica e econômico-financeira da prestação dos serviços, de acordo com o PMSB ou com PRSB. No caso do art. 10-A, da Lei n. 11.445/2007, temos a lista de cláusulas que precisam também integrar os contratos de concessão nesta modalidade de serviço público, sob pena de nulidade, como o inciso I:

[...] metas de expansão dos serviços, de redução de perdas na distribuição da 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 [...].

Por último, no art. 23, da Lei n. 8.987/1995, as denominadas *cláusulas essenciais*, merecendo destaque o inciso V quando aborda:

[...] direitos, garantias e obrigações do poder concedente e da concessionária, inclusive os relacionados às previsíveis necessidades de futura alteração e expansão do serviço e consequente modernização, aperfeiçoamento e ampliação de equipamentos e instalações; [...].

Essas *cláusulas essenciais* deverão constar expressamente nos contratos de concessão, sob pena de nulidade. Evidentemente existem regras de transição que devem ser avaliadas para a incorporação de cláusulas essenciais que não estejam previstas no contrato em vigor.

Não se nega que o setor, em muitas localidades, nem sequer tem a prestação do serviço coberta por um contrato de concessão ou contrato de programa, e essa informalidade precisa ser superada, quando tecnicamente possível. O que o *Novo Marco Legal do Saneamento* vedou foi a:

[...] possibilidade de transferência direta da prestação do serviço de titularidade de um ente a uma empresa pública integrante da Administração Pública Indireta de outro ente, com o qual se firmou o convênio de cooperação. Esse expediente, que viabilizava a exploração indireta do serviço sem licitação, está previsto na Lei n. 11.107/2005, mas não consta do art. 241 da CF. Legítimo, portanto, que o legislador ordinário, que editou a previsão, possa restringi-la, atendidos critérios de razoabilidade e interesse público. A razoabilidade está em que os arts. 170, 173 e 175 da CF estabelecem como regra para a exploração indireta de serviços públicos a realização de prévia licitação e celebração de contratos de concessão. O legislador pretendeu conformar as práticas administrativas e negociais comumente adotadas no setor em questão, abandonando um modelo tipo por ineficiente e propenso a irregularidades, pela aplicação da regra de licitação e concessão de serviços.³¹

Como se ressaltou outras vezes, não será mais possível firmar contratos de programa em municípios que não aderiram a esse modelo. A alternativa que resta é assumir o serviço ou trabalhar com

31 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.492/DF**. Inteiro Teor do Acórdão (e-STF, doc. 41), p. 160.

a possibilidade de transferência da operação para terceiros depois de um processo licitatório. Mesmo assim, deve-se ter cautela em avaliar eventuais circunstâncias específicas do caso concreto, cuja decisão administrativa depende de estudos técnicos preparatórios para uma concessão ou para estruturação de prestações diretas.

Dentro deste assunto, pode-se considerar que os valores pagos pelos usuários desta modalidade de serviço público respondem pela infraestrutura instalada, pela qualidade e dimensão atual do serviço prestado. Assim sendo, em muitos casos, o desenvolvimento esperado para essa política pública poderá demandar novos aportes.

A operação mais eficiente dos sistemas, a reestruturação de políticas e custos relacionados aos recursos humanos, o enfrentamento das perdas físicas e das perdas econômicas, entre outras iniciativas, tentam minimizar os prováveis impactos na política tarifária vigente no setor. Segundo muitos estruturadores de projetos, é possível manter, melhorar e expandir, com a mesma política tarifária, a operação do sistema. Agora, a partir do art. 30, da Lei n. 11.445/2007, existem regras específicas para a construção desta política, respeitando uma linha de raciocínio construída desde o Planasa para o serviço de abastecimento de água, ou seja:

[...] adotou-se majoritariamente o modelo de tarifação em duas partes, com uma parte com franquia mínima de consumo somada a uma parte volumétrica crescente em blocos. Para a definição da parte fixa, adotou-se o critério de economias ou unidades em contraposição ao critério da ligação, o que prestigia a realidade dos usuários, a isonomia e a modicidade das tarifas. [...] Nesse sentido, a adoção do critério de economias mostra-se a mais adequada, já que implica a divisão dos custos pelo maior denominador possível, se comparado ao critério das ligações, o que implica a cobrança do menor valor possível dos usuários capaz de propiciar a recuperação dos custos.³²

A redução de perdas de água, em uma situação ideal, precisa ser combatida. Todavia, não é tão simples assim. O envelhecimento das tubulações, o que é um fato, não tem solução fácil na dinâmica

32 FROTA, Leandro Mello; HOSKEN, Rodrigo Santos. Breve análise acerca da estrutura tarifária de água, esgoto e tarifa social. In: ZULIANI, G; DAL POZZO, A. **Saneamento Básico: Uma Lei e um Marco**. Belo Horizonte: Fórum, 2023, p. 280–281.

dos grandes centros urbanos. Quando a captação é próxima, os custos de produção da água são menores, então essa manutenção, mesmo que ambientalmente correta, não se justifica do ponto de vista econômico. Ainda, a fraude nos hidrômetros ou as ligações diretas também geram perda de recursos, desequilibrando os contratos de programa, as políticas de subsídio e as concessões. Progressivamente, trabalha-se na direção de uma recuperação econômica sustentável de todo o sistema, superando as dificuldades já conhecidas com soluções criativas ou que envolvam incorporação de tecnologias inovadoras.

2.3 Parcerias Público-Privadas (PPPs)

As parcerias público-privadas não são práticas recentes dos governos; a literatura especializada aponta experiências similares que remontam ao século XVII, na Europa Continental. Porém, a origem dos projetos contemporâneos, tal qual os conhecemos hoje, normalmente é atribuída à constituição, no Reino Unido, da Private Finance Initiative (PFI),³³ em 1992, pelo governo John Major (1990-1997), do Partido Conservador.

No princípio, o discurso em prol da adoção do mecanismo de parceria entre o setor público e o setor privado para o desenvolvimento conjunto de projetos dava-se pela necessidade de angariar investimento privado no contexto de aprofundamento da dívida pública.

Com a ascensão do governo Tony Blair (1997-2007), do Partido Trabalhista, introduziu-se a narrativa de que as PPPs agregariam *value for money* (custo-benefício) pelos ganhos relativos à distribuição de riscos no exercício da atividade com o parceiro privado.³⁴

As PPPs tornaram-se experiências na Europa Continental, como observou-se na Alemanha, na Espanha, na Holanda, na França, em Portugal e na Suíça, chegando à América do Norte, com os Estados Unidos e o Canadá,³⁵ também à América Latina e ao Caribe, onde dezessete países apresentam ao menos uma unidade de PPP, dentre estes o Brasil, o Chile, a Colômbia, o México e o Peru.³⁶

33 O programa de estímulo de estruturação de PPPs no Reino Unido.

34 TEICHER et al. **Sharing Concerns: Country Case Studies in Public-Private Studies**. Newcastle: Cambrigde Scholars Publishing, 2019, p. 1-2.

35 Ibidem, p. 2-3.

36 GARCIA-KILROY; RUDOLPH. (coord.). **Financiamento Privado de Infraestruturas através de PPPs na América Latina e no Caribe**. Grupo Banco Mundial. Disponível em:

Seja para infraestrutura econômica ou social, de maior ou menor porte, a depender do contexto histórico de cada país, as PPPs podem se revelar uma ferramenta importante para acelerar o desenvolvimento social e econômico de região.

Em um primeiro momento, as PPPs foram utilizadas para a realização de projetos nos setores de transporte, energia e saneamento,³⁷ sob a defesa de que a atuação das entidades privadas com finalidade lucrativa representaria ganhos de eficiência e inovação, porquanto seriam pressionadas para diminuir os custos de operação como forma de garantia do que aqui denominamos *Taxa Interna de Retorno* (TIR), o retorno dos investimentos com a respectiva atividade. Da mesma maneira, o Estado eximir-se-ia de projetar, construir e gerir um projeto para o qual não possuía o conhecimento necessário.³⁸ Cuida-se de um mercado ativo: somente no ano de 2019, registrou-se a implementação de vinte e nove unidades de PPPs na União Europeia, somando transações com valores aproximados a 9,8 bilhões de euros, segundo levantamento do *European PPP Expertise Centre*.³⁹ Nos últimos anos, é de conhecimento público, com formatos diferentes a depender do sistema legal, essa dinâmica de parceria entre o poder público e a iniciativa privada segue sendo considerada uma ferramenta interessante para a contratação de infraestrutura e serviços.⁴⁰

<https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/26406/114418ovPT.pdf>. Acesso em: 30 jul. 2020.

37 ZERUNYAN, Frank Vram. Well-Designed Public Private Partnerships. In: CLARK, Robert; HAKIM, Simon (Coords.). **Public Private Partnerships: Construction, Protection and Rehabilitation of Critical Infrastructure**. Cham: Springer, 2019, p. 19–20.

38 "One of the many fundamentally attractive features of PPPs is their ability to save time, money, and effort in the government procurement process. Governments seeking to use the methodology may consolidate many otherwise significant and time-consuming activities into a single solicitation. In other words, instead of hiring a designer (architect), arranging for financing, soliciting bids for construction, overseeing construction, and ensuring maintenance and repair over the life cycle of the infrastructure, governments may hire a competent group or a qualified 'concessionaire' to perform all or some of these activities. Using this methodology, governments can focus on their core business of public safety and delivery of quality of life. Other potential benefits to governments include greater price and schedule certainty, innovations available in the private sector, and higher levels of maintenance." Ibidem, p. 20.

39 European Investment Bank. **Market Update: Review of the European PPP Market in 2019**. Disponível em: https://www.eib.org/attachments/epec/epec_market_update_2019_en.pdf. Acesso em: 30 jul. 2020.

40 Atuando em Piracicaba/SP desde 2012, a PPP entre o Serviço Municipal de Água

As parcerias público-privadas têm sido encaradas também como mecanismos viáveis para a promoção de políticas públicas de grande relevância social, objetivando ganhos na diminuição de desigualdade por meio do provimento de serviços públicos essenciais, em projetos de PPP denominadas de *PPPs de Infraestrutura Social*.⁴¹ Nessa esteira, as PPPs passaram a ser utilizadas para a consolidação de projetos em outras áreas — para além dos setores de transporte, saneamento e energia (usualmente denominadas de “*PPPs Econômicas*”) —, originalmente resguardadas à atuação direta do Estado *lato sensu*. Com isso, a discussão do uso desses modelos de parcerias passou a figurar como alternativa para a prestação de serviços sociais de saúde, educação e cultura. O debate tem se consolidado no Brasil, inclusive com algumas iniciativas concretas. Quando algumas condições são atendidas, a análise de custo-benefício pode demonstrar que o uso dessa metodologia de contratação é aquela que propicia maiores benefícios para a população, entregando eficiência e *Value for Money* (VfM).

Conforme já referido, a literatura internacional⁴²⁻⁴³⁻⁴⁴ destaca o Reino Unido como pioneiro na modelagem das novas estruturas

e Esgoto e a Agea Saneamento, que opera por meio da concessionária Mirante, alcançou um importante marco para o setor: a universalização dos serviços de água e esgoto. A PPP com a prestadora privada com foco na expansão das redes e no tratamento de esgoto atingiu a universalização em apenas dois anos de operação, dando um salto dos 80% de cobertura em 2012 aos 100% em 2014 (Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento). Além disso, a concessionária trata 100% do esgoto coletado por meio das 24 Estações de Tratamento de Esgoto que possui.

- 41 Nesse aspecto, cita-se a iniciativa do Global Infrastructure Hub, o estudo denominado “Inclusive Infrastructure and Social Equity”, um guia prático para estruturação de projetos em infraestrutura com objetivos voltados à promoção de políticas de diminuição das desigualdades sociais. Disponível em: https://cdn.gihub.org/umbraco/media/2437/gih_inclusiveinfrastructure_full-document_web_art_hr.pdf. Acesso em: 30 jul. 2020.
- 42 EUROPEAN COMMISSION. Expert Panel on Effective Ways of Investing in Health. **Health and Economics Analysis for an Evaluation of the Public-Private Partnerships in Health Care Delivery across Europe (2014)**. Disponível em: https://eupha.org/repository/sections/hsr/003_assessmentstudyppp_en.pdf. Acesso em: 05 ago. 2020.
- 43 TEICHER et al. **Sharing Concerns: Country Case Studies in Public-Private Studies**. Newcastle: Cambridge Scholars Publishing, 2019, p. 1-4.
- 44 WORLD HEALTH ORGANIZATION. **A Preliminary Reflection On The Best Practice In PPP In Healthcare Sector: A Review Of Different PPP Case Studies And Experiences (2012)**. Disponível em: https://www.unece.org/fileadmin/DAM/ceci/images/ICoE/PPPHealthcareSector_DiscPaper.pdf. Acesso em: 31 jul. 2020.



de parcerias público-privadas contemporâneas a partir da atuação do programa de financiamento do governo britânico, o PFI. Possui também o mercado mais maduro para a gestão de PPPs.⁴⁵ O Reino Unido, que adota sistema jurídico identificado à *common law*, não dispõe de um marco regulatório específico das parcerias público-privadas. O amparo jurídico para o desenvolvimento de PPPs, apesar de suas especificidades, reside na previsibilidade geral de que as autoridades locais podem contratar entidades privadas para a prestação de serviços públicos.⁴⁶ Inclusive, segundo o *Expertise PPP Centre*, trata-se de aspecto que atribui o balanço necessário entre flexibilidade e segurança jurídica para a estruturação de projetos de PPPs.⁴⁷ De toda forma, é preciso alguma cautela para analisar projetos em operação no exterior diante das diferenças que existem para o sistema legal brasileiro, mais conservador em relação as alternativas de projetos que reúnam o poder público e o setor privado.

Em Portugal, diferentemente do que foi observado no Reino Unido, há marco regulatório específico para as parcerias público-privadas, notadamente o Decreto-Lei n. 86/2003⁴⁸ e o diploma legal que o alterou, o Decreto-Lei n. 141/2006⁴⁹, os quais, em conjunto, configuraram até 2012 uma lei geral das PPPs. Ambos os decretos-lei foram revogados por outro documento legal, o Decreto-Lei n. 111/2012⁵⁰, que, como refere o seu preâmbulo, cria a Unidade Técnica de Acompanhamento de Projetos, responsável pela gestão coordenada de todas as PPPs de Portugal. Ainda, a Unidade Técnica “disciplina a intervenção do Estado, definição, concepção, preparação, concurso, adjudicação, alteração, fiscalização

45 European PPP Expertise Centre. **United Kingdom/England:** PPP Units and Related Institutional Framework (2012). Disponível em: https://www.eib.org/attachments/epec/epec_uk_england_ppp_unit_and_related_institutional_framework_en.pdf. Acesso em: 05 ago. 2020.

46 Local Government Act 1993.

47 European PPP Expertise Centre. **United Kingdom/England:** PPP Units and Related Institutional Framework (2012). Disponível em: https://www.eib.org/attachments/epec/epec_uk_england_ppp_unit_and_related_institutional_framework_en.pdf. Acesso em: 05 ago. 2020.

48 Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1237&tabela=leis. Acesso em: 12 ago. 2020.

49 Disponível em: <https://dre.pt/pesquisa/-/search/539230/details/maximized>. Acesso em: 12 ago. 2020.

50 Disponível em: <https://dre.pt/pesquisa/-/search/177863/details/maximized>. Acesso em: 12 ago. 2020.

e acompanhamento global das parcerias público-privadas". Esse novo marco regulatório das parcerias público-privadas enfoca "um melhor acompanhamento, por parte do Ministério das Finanças, do desenvolvimento dos projetos e, em particular, dos contratos de PPP já celebrados".⁵¹

São contratos de longo prazo, com financiamento privado, cuja remuneração depende do desempenho do ativo ou da qualidade do serviço prestado, prevendo compartilhamento de riscos ajustados ao escopo da relação. O custo do projeto tem nos usuários do serviço e nos pagamentos governamentais (com orçamento público) a forma de encontrar o ponto de equilíbrio de um contrato que protegerá o ativo público durante o seu ciclo de vida.

2.4 Tipologias de PPPs e Experiência Internacional

Há discussões a respeito da definição de parceria público-privada, normalmente divididas entre um conceito amplo, de acordo com a definição do Banco Mundial, e um conceito mais estrito, conforme os estudos desenvolvidos pelo Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID). De início, cabe transcrever os entendimentos de ambas as linhas de pensamento sobre a noção de parceria público-privada.

Segundo o "*PPP Knowledge Lab*", iniciativa criada em conjunto com o Banco Mundial, designa-se a nível internacional parceria público-privada o projeto que apresenta, conjuntamente, as seguintes características: (i) um contrato de longo prazo; (ii) envolvendo setor público e o setor privado; (iii) com finalidade de provimento de serviços públicos; (iv) no qual haja transferência significativa de risco e de encargos de gestão para o parceiro privado; (v) com remuneração atrelada ao desempenho (qualitativo e quantitativo) do parceiro privado na atividade⁵².

Para o BID, por outro lado, tem-se a visão de que PPPs constituem formas alternativas de contratação de desenvolvimento e

51 Ibidem.

52 "[...] a long-term contract between a private party and a government entity, for providing a public asset or service, in which the private party bears significant risk and management responsibility, and remuneration is linked to performance." WHAT are Public Private Partnerships? **World Bank Group**, 4 de dezembro de 2020. Disponível em: <https://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/overview/what-are-public-private-partnerships>. Acesso em: 21 fev. 2021.

gestão de infraestrutura, em ajustes que apresentam as seguintes características:

1) Contrato de longo prazo entre o poder público e uma parte privada; 2) Para o desenvolvimento (ou significativa melhoria ou revitalização) e gestão de um ativo público (inclusive, potencialmente, a gestão de um serviço público correlato); 3) No contrato, a parte privada arca com significativa responsabilidade pela gestão e pelos riscos ao longo da vida do contrato; 4) e oferece considerável parte do financiamento; 5) e a remuneração é consideravelmente vinculada ao desempenho e/ou à demanda ou uso do bem ou serviço, de forma a alinhar os interesses de ambas as partes.⁵³

As principais diferenças entre o conceito disposto pela BID para o do Banco Mundial residem no fato de que, naquele, exige-se financiamento substancial privado (capital privado em risco), transferência significativa de riscos para o parceiro privado e o desenvolvimento de uma nova infraestrutura — ou de uma renovação/remodelagem de ativo público pré-existente. Em termos gerais, a visão do BID é de que PPPs são instrumentos para a realização de projetos para enfrentamento de déficit de infraestrutura com investimento (capital em risco) e gestão privados (atrelado a risco de desempenho).

Dentro dessa visão, os parceiros privados seriam estimulados a oferecer ativos públicos de maior qualidade quando seu capital estivesse significativamente atrelado a riscos de desempenho (ocorrendo o alinhamento de interesses público e privados), o que significaria que apenas os ajustes que concentrassem, no mínimo, as tarefas de financiamento privado, desenho de projetos, construção e manutenção — originalmente, *Design, Build, Finance and Maintenance* (DBFM) — fossem PPPs. Dentro desse raciocínio, a operação (*operation*) de um serviço público correlato não integra obrigatoriamente o conceito de parceria público-privada.

53 APMG INTERNATIONAL. BERGERE, Francois et tal. DAL POZZO, Augusto Neves et tal [trad.]. **Certified PPP Professional (CP3P) Guide – 2016**. Disponível em: <https://ppp-certification.com/sites/www.pppcertification.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: 10 jan. 2023.

De acordo com a classificação proposta por Veronica Vecchi e Niccolò Cusumano com base em casos da experiência internacional, cujo critério de distinção é o escopo de serviços delegados na parceria público-privada, são cinco as tipologias de PPPs: (i) os *turnkey contracts: design, build and finance* (DBF) e *Build, Lease and Transfer* (BLT); (ii) os *operation and maintenance contracts* (O&M); (iii) os *managed equipment service* (MES); (iv) os *availability-based contracts: desing, build, finance, maintain and operate* (DBFMO); e (v) *concession contracts: build, operate and transfer* (BOT) e *build, own, operate and transfer* (BOOT)⁵⁴.

Nos *turnkey contracts*⁵⁵ (contratos “chave na mão”), uma empresa de engenharia e de construção fica responsável pela estruturação técnica, pela construção e pelo financiamento de uma infraestrutura nova ou mesmo pela remodelagem de uma já existente — requalificação do equipamento. Vecchi e Cusumano denominam essa modalidade de *design, build and finance* ou de *build, lease and transfer* ⁵⁶, ambos se enquadram no que a Organização Mundial de Saúde chama de *Infrastructural PPPs*⁵⁷.

No DBF, o parceiro privado fica encarregado de executar o projeto dentro dos padrões de qualidade, de orçamento e de prazo estipulados pela autoridade pública e passa a ser remunerado após a entrega do serviço, mediante pagamento da quantia integral da contraprestação acordada. No BLT, os encargos para o setor privado são os mesmos, a principal diferença é que a autoridade pública remunera o parceiro privado por meio de contrato de *leasing* com durabilidade entre 10 e 20 anos, havendo a transferência da propriedade da estrutura construída ao fim da última contraprestação.

54 VECCHI, Veronica e CUSUMANO, Niccolò. Choosing the Right PPP Model. In: VECCHI, Veronica e HELLOWELL, Mark (coords.). **Public-Private Partnerships in Health: Improving Infrastructure and Technology**. Palgrave Pivot: Cham, 2018, p. 15-43.

55 Jargão do mundo de negócios que designa a modalidade de aquisição na qual o provedor do serviço fica encarregado de entregá-lo em condições de uso, obedecendo-se critérios de qualidade e de prazos estipulados.

56 VECCHI, Veronica e CUSUMANO, Niccolò. Choosing the Right PPP Model. In: VECCHI, Veronica e HELLOWELL, Mark (coords.). **Public-Private Partnerships in Health: Improving Infrastructure and Technology**. Palgrave Pivot: Cham, 2018, p. 20-23.

57 WORLD HEALTH ORGANIZATION. **A Preliminary Reflection On The Best Practice In PPP In Healthcare Sector: A Review Of Different PPP Case Studies And Experiences** (2012). Disponível em: https://www.unece.org/fileadmin/DAM/ceci/images/ICoE/PPPHealthcareSector_DiscPaper.pdf. Acesso em: 25 fev. 2021.

Aspecto importante desse modelo é que os riscos inerentes a problemas de execução da obra e de eventuais atrasos ficam sob a responsabilidade do setor privado⁵⁸. O exemplo prático citado por Vecchi e Cusumano foi o *Bluewater Health Project*⁵⁹, envolvendo a expansão do *Bluewater Hospital*, na modalidade DBF, em Ontario, no Canadá.

Para o guia do BID, essa tipologia de contrato não poderia ser considerada uma PPP em razão da insuficiência na transferência de riscos para o parceiro privado. Nessa esteira, uma crítica possível a essa modalidade de ajuste é a inexistência de estímulos suficientes para que a qualidade da construção realizada pelo operador privado tenha como objetivo a diminuição de custos operacionais futuros, até porque esse é um risco que será suportado pelo poder público, uma vez que a gestão do ciclo de vida do ativo público não é de responsabilidade de quem o construiu.

Consoante Vecchi e Cusumano⁶⁰, nos contratos de O&M, por seu turno, o parceiro privado tem a obrigação de garantir a manutenção da estrutura física e dos equipamentos, podendo também se responsabilizar pela atualização e instalação dos equipamentos e eventualmente por serviços de reparos extraordinários. A remuneração fica atrelada à performance do parceiro privado em termos de prestação de serviço com a qualidade esperada, também, pela diminuição de custos operacionais — aqui, principalmente com relação aos equipamentos —, realizada por meio de contraprestações mensais ou anuais. O período usual de contrato observado pelos autores acima citados é de três a dez anos. Trata-se de parceria utilizada para a manutenção dos equipamentos de climatização dos estabelecimentos objeto de PPP. Anota-se que a contraprestação é pré-fixada durante todo o período contratual e, como o valor pode variar de acordo com a performance, o risco ligado ao bom funcionamento dos equipamentos é de responsabilidade do parceiro privado.

58 VECCHI, Veronica e CUSUMANO, Niccolò. Choosing the Right PPP Model. In: VECCHI, Veronica e HELLOWELL, Mark (coords.). **Public-Private Partnerships in Health: Improving Infrastructure and Technology**. Palgrave Pivot: Cham, 2018, p. 21.

59 O projeto foi articulado em 2007 pelo Poder Público de Ontario e a Ellis Don Corporation (companhia privada), em que este parceiro ficaria responsável pela entrega de nova estrutura com 7 (sete) andares até 2011, dentro das especificações acordadas. Ibidem.

60 2011, dentro das especificações acordadas. Ibidem, p. 22-23.

O exemplo citado por Vecchi e Cusumano é do *Inkosi Albert Luthuli Central Hospital*⁶¹, na cidade de Durban, na África do Sul, em que diferentes empresas ofertam os equipamentos dentro das suas respectivas áreas de atuação, mediante intermédio do parceiro privado da PPP. Tal como a modalidade do DBF, essa tipologia de ajuste não é considerada uma PPP para o BID, em razão da inexistência de construção ou requalificação de ativo público, de investimento privado (capital em risco) e de transferência substancial de riscos.

Conforme Vecchi e Cusumano⁶², os contratos de MES são essencialmente de equipamentos tecnológicos e se assemelham aos contratos de O&M porque se voltam para o provimento, instalação, manutenção e atualização dos equipamentos — podendo, ainda, incluir os equipamentos de tecnologia da informação. A diferença principal entre este modelo (MES) e o O&M é de que o Poder Público contrata, além dos serviços de manutenção dos equipamentos, todo o serviço de gestão estratégica desses ativos, no que diz respeito à tomada de decisões sobre quais equipamentos serão adquiridos.

Nesse aspecto, é possível que o parceiro privado disponibilize a força de trabalho para a instalação dos equipamentos, quando for julgado necessário. Inclusive, esta parceria é utilizada para gestão de equipamentos existentes no estabelecimento, cabendo ao parceiro privado também a manutenção e atualização periódica. Normalmente, os contratos têm durabilidade entre nove e quinze anos, com datas predeterminadas para atualização dos equipamentos. A remuneração, por sua vez, dá-se usualmente por contraprestação mensal ou anual.

O ponto crucial deste modelo é a definição do período entre as atualizações dos equipamentos: se forem muito curtos, a onerosidade do contrato recai demasiadamente sobre o parceiro privado; todavia, se forem longos demais, o ônus recai sobre o Poder Público, que corre o risco de fornecer tecnologia desatualizada no provimento dos serviços. O exemplo referido por Vecchi e

61 Neste caso, o Poder Público mantém Parceria Público-Privada com a Impilo Consortium, que fornece todos os serviços não-clínicos necessários para operação do complexo hospitalar. Há agenda pré-determinada de troca de equipamentos médicos a cada cinco anos e de troca dos equipamentos de tecnologia da informação (TI) a cada três anos. Dentro desse arranjo, a Siemens se responsabiliza pela atualização dos equipamentos médicos, a Drake & Scull, pela lavanderia e alimentação e a AME Austria, pela tecnologia da informação. *Ibidem*, p. 23.

62 *Ibidem*, p. 23-29.

Cusumano⁶³ é o do Hospital Universitário de Novara, na Itália, que adota este modelo para a gestão tecnológica de aproximadamente 3.000 mil equipamentos. Em sentido análogo aos contratos de O&M tradicionais, essa modalidade de avença não é considerada uma PPP para o guia do BID.

Nos *availability-based contracts*, o parceiro privado se responsabiliza pela estruturação técnica do projeto, pela construção, pelo financiamento e pela manutenção (DBFM) da infraestrutura e, em alguns casos, pela prestação de diversos serviços não-públicos (DB-FMO)⁶⁴. O setor público, por outro lado, retém a responsabilidade de prestar os serviços públicos (o *core service*). Cuida-se de modelo largamente aplicado no Reino Unido, na Austrália, no Canadá e na Itália⁶⁵. Somente no Reino Unido, mais de 100 unidades de PPPs foram estruturadas nessa moldura, por meio do incentivo do PFI⁶⁶. Em termos gerais, o parceiro privado normalmente é formado por um consórcio entre empresas de construção e empresas fornecedoras dos serviços não-públicos.

Quando há inclusão da operação de serviços não-públicos, a forma de remuneração preferencial se torna a da contraprestação mensal ou anual, meio pelo qual se abaterá o valor necessário para todas as obrigações do setor privado no projeto. Como exemplo, pode-se citar o University College London Hospital⁶⁷, em Londres, no

63 Ibidem, p. 29.

64 Ibidem, p. 29-33.

65 WORLD HEALTH ORGANIZATION. **A Preliminary Reflection On The Best Practice In PPP In Healthcare Sector:** A Review Of Different PPP Case Studies And Experiences (2012). Disponível em: https://www.unece.org/fileadmin/DAM/ceci/images/ICoE/PPPHealthcareSector_DiscPaper.pdf. Acesso em: 25 fev. 2021.

66 WRIGHT, Stephen; BARLOW, James; ROEHRICH, Jens K. Public-Private Partnerships for Health Services: Construction, Protection and Rehabilitation of Critical Healthcare Infrastructure in Europe. In: CLARK, Robert; HAKIM, Simon (Coords.). **Public Private Partnerships:** Construction, Protection and Rehabilitation of Critical Infrastructure. Cham: Springer, 2019, p. 134.

67 Neste caso, o consórcio denominado Health Management Plc. ficou encarregado de construir um novo complexo hospitalar sob a modelagem DBFO, em um contrato de 40 anos, no qual a construção será revertida ao Poder Público, sendo este responsável pela contraprestação anual de 32 milhões de libras. O consórcio ainda presta serviços operacionais não-clínicos, como a gestão do estacionamento, a coleta de resíduos, segurança e lavanderia. World Health Organization. **A Preliminary Reflection On The Best Practice In PPP In Healthcare Sector:** A Review Of Different PPP Case Studies And Experiences (2012). Disponível em: https://www.unece.org/fileadmin/DAM/ceci/images/ICoE/PPPHealthcareSector_DiscPaper.pdf. Acesso em: 25 fev. 2021.

Reino Unido, e o Etlik Integrated Health Campus⁶⁸, na Turquia. Para o guia do BID, tanto a modalidade do DBFM quanto a do DBFMO são consideradas PPPs, desde que haja capital privado em risco de desempenho, construção ou requalificação de ativo público e transferência substancial de riscos atreladas à gestão do ciclo de vida da infraestrutura, havendo ou não a prestação de um serviço público correlato.

Nos denominados *concession contracts* — também conhecidos como *build, operate and transfer* (BOT)⁶⁹ ou *build, own, operate and transfer* (BOOT)⁷⁰ — o setor privado se responsabiliza, além de tudo pelo que já estava incluso na modalidade DBFOM, pela prestação dos serviços públicos⁷¹ (o *core service*). A título exemplificativo, pode-se citar os casos do Hospital de Vila Franca de Xira, em Portugal e o do Hospital de la Ribera⁷²⁻⁷³, em Alzira, na Espanha.

68 Trata-se de projeto de PPP que inclui a construção de complexo hospitalar de grande porte — com mais de 3.500 leitos — e de campus universitário. As construções serão transferidas ao Poder Público após 25 anos, período no qual o consórcio encabeçado pela empresa italiana EPC Astaldi S.p.A e pela empresa Turca Türkeler ficará encarregado de prestar os serviços não-clínicos de laboratório, segurança, hotelaria, limpeza, manutenção dos sistemas de informação, gestão de estacionamento e coleta de resíduos. VECCHI, Veronica e CUSUMANO, Niccolò. *Choosing the Right PPP Model*. In: VECCHI, Veronica e HELLOWELL, Mark (coords.). **Public-Private Partnerships in Health: Improving Infrastructure and Technology**. Palgrave Pivot: Cham, 2018, p. 33.

69 Ibidem, p. 36-41.

70 WRIGHT, Stephen; BARLOW, James; ROEHRICH, Jens K. *Public-Private Partnerships for Health Services: Construction, Protection and Rehabilitation of Critical Healthcare Infrastructure in Europe*. In: CLARK, Robert; HAKIM, Simon (Coords.). **Public Private Partnerships: Construction, Protection and Rehabilitation of Critical Infrastructure**. Cham: Springer, 2019, p. 133.

71 Estudo da Organização Mundial de Saúde denomina esta modalidade como Integrated PPPs, nas quais “includes supply of infrastructure and clinical services. There are two types of DBFM integrated PPP contracts: one based on the payment of availability and services, another based on per capita payments (and typically integrating also some non acute-hospital services, such as primary care). This scheme allows the governments to transfer risk to the private sector”. WORLD HEALTH ORGANIZATION. **A Preliminary Reflection On The Best Practice In PPP In Healthcare Sector: A Review Of Different PPP Case Studies And Experiences** (2012). Disponível em: https://www.unece.org/fileadmin/DAM/ceci/images/ICoE/PPPHealthcareSector_DiscPaper.pdf. Acesso em: 25 fev. 2021.

72 Em 1997, o consórcio Union Temporal de Empresas Ribera celebrou a PPP com o Governo de Valência para a construção do hospital — que foi concluído em 1999 — e para a prestação dos serviços clínicos e não-clínicos, por um período de 10 anos. Neste caso, o consórcio teve problemas de financiamento, justamente decorrentes da fluidez da demanda clínica e da necessidade de atualização periódica dos equipamentos médicos, de modo que em 2003 foi preciso refinar a parceria mediante novo contrato, por um período de 15 anos, mantendo-se, contudo, as atribuições no que se refere à prestação dos serviços clínicos e não clínicos. Ibidem.

73 DE LA FUENTE, José. *Spain: Public-Private Partnerships in Healthcare and Network Services*. In: TEICHER et al. **Sharing Concerns: Country Case Studies in Public-Private Studies**. Newcastle: Cambridge Scholars Publishing, 2019, p. 105-113.

2.5 Marco Regulatório das PPPs no Brasil

Para a jurisdição nacional, parceria público-privada é um instituto jurídico, definido na Lei Federal n. 11.079/2004 como os instrumentos da Concessão Patrocinada e da Concessão Administrativa. Ainda assim, importa compreender que, para a discussão internacional, tanto na concepção ampla ou restrita, contratos de concessão comum, fundamentados na Lei Federal n. 8.987/1995, também podem ser considerados PPPs.

Assim, a Lei Federal n. 11.079/2004 institui normas gerais para a licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito dos poderes da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios. Tenta aperfeiçoar a relação entre o Estado e as empresas privadas que exploram a prestação do serviço público e a realização de obra pública como atividade negocial. A delegação da prestação de serviço público aos particulares pode ocorrer por concessão ou por permissão (Lei Federal n. 8.987/1995, art. 2º).

A delegação por concessão envolve grandes investimentos, comprometendo o particular com a realização de obra pública e a prestação do serviço decorrente. A Lei Federal n. 8.987/1995, todavia, apresenta uma dificuldade sob o ponto de vista de um futuro concessionário: o não oferecimento de garantias sólidas para o descumprimento do contrato por parte do poder concedente; dessa forma, contratos que envolvam valores mais elevados podem tornar-se pouco atrativos para investidores privados. Sendo assim, pensando em estimular o mercado de infraestrutura, o governo apresentou o projeto que culminou na Lei Federal n. 11.079/2004.

Pela referida lei, assumem a condição de poder concedente a administração direta e os seus órgãos, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as entidades controladas diretamente ou indiretamente pelo poder público. Essa é uma primeira peculiaridade, porque amplia-se o conceito de poder concedente, ou seja, não são apenas os entes políticos os legitimados à delegação, mas, até mesmo, pessoas jurídicas de direito privado, como as empresas públicas, sociedades de economia mista.

A parceria público-privada nascerá de um contrato administrativo de delegação, sempre de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa. Suas diretrizes estão expressas no art. 4º

da Lei Federal n. 11.079/2004⁷⁴, que assegura a eficiência no desempenho das funções típicas do Estado e o respeito aos usuários dos serviços (beneficiários diretos desse modelo de contratação) e aos contratantes, parceiros das iniciativas do poder público. Dessa lei, decorre ainda a indelegabilidade das funções de regulação, a produção de atos normativos de caráter infralegal, o exercício do poder regulamentar (atividade típica de Estado) e o poder de polícia — sendo elas, as funções administrativa, judiciária e ostensiva.

São características desse modo de contratação a responsabilidade fiscal na celebração e na execução das parcerias (art. 4º, IV), pois as garantias dadas ao parceiro privado podem inviabilizar o Estado na prestação de todas as suas outras demandas. Na verdade, como existe uma repartição objetiva dos riscos, é essencial, desde o início, a demonstração da sustentabilidade financeira do contrato (art. 4º, VI e VII). Os contratos de concessão patrocinada ou concessão administrativa são modalidades diferenciadas de contrato de concessão, porque, muito embora sofram circunstancial incidência da Lei Federal n. 8.987/1995, a regra é a subordinação a um conjunto especial de diretivas, isto é, as orientações que descendem diretamente da Lei n. 11.079/2004.

O art. 22, inciso XXVII, da Constituição Federal impõe à União estabelecer as normas gerais de licitações e de contratos, e, no caso, essas primeiras orientações para o objeto central da Lei Federal n. 11.079/2004, qual seja, o contrato de concessão na versão patrocinada e administrativa. Do Congresso Nacional, saem as regras, restando, para os estados, o Distrito Federal e os municípios, legislar sobre matéria específica com relação a essa competência legislativa. Por isso, até o art. 13 dessa última lei, temos determinações de âmbito nacional aplicáveis a todos os entes da federação, visto que o conceito de concessão comum, patrocinada e administrativa é o mesmo para qualquer um. Já os artigos seguintes (arts. 14-22) representam norma específica à União e legitimam a

74 "Art. 4º Na contratação de parceria público-privada serão observadas as seguintes diretrizes: I – eficiência no cumprimento das missões de Estado e no emprego dos recursos da sociedade; II – respeito aos interesses e direitos dos destinatários dos serviços e dos entes privados incumbidos da sua execução; III – indelegabilidade das funções de regulação, jurisdicional, do exercício do poder de polícia e de outras atividades exclusivas do Estado; IV – responsabilidade fiscal na celebração e execução das parcerias; V – transparência dos procedimentos e das decisões; VI – repartição objetiva de riscos entre as partes; VII – sustentabilidade financeira e vantagens socioeconômicas dos projetos de parceria."

produção legislativa dos demais entes, o que compreende a utilização da técnica vertical de repartição das competências.

Em realidade, o art. 22 da Constituição Federal estabelece competências legislativas à União e, em seu parágrafo único, condiciona a produção de lei complementar nacional para a possível delegação da responsabilidade de legislar sobre as matérias específicas previstas no artigo. Esse desenho não serve para o inciso XXVII, porque, no caso em questão, a delegação recebida pela União não abrange o geral e o específico, e, sim, apenas as normas gerais de licitações e contratos. O Direito Civil (CF, art. 22, I) e a desapropriação (CF, art. 22, II), por exemplo, temas conferidos na íntegra à União, dependem diretamente de lei complementar para ocorrer a delegação do que é específico, enquanto os incisos IX, XXI, XXIV e XXVII, em especial o último, não dependem de posterior e explícita delegação da matéria específica.

Para a União, explique-se, a Lei Federal n. 11.079/2004 deve ser atendida em sua totalidade; para estados e municípios, aplica-se apenas o disposto nos primeiros treze artigos; e, para os demais, admite-se produção legislativa em sentido diverso.

Entende-se, como patrocinada, a concessão de serviços públicos ou de obras públicas na qual o Estado assume para si a responsabilidade de responder por parte do valor da tarifa (Lei n. 11.079/2004, art. 2º, § 1º) O parceiro privado recebe de duas fontes, porque o Estado contratou, desde o início, que assumiria parte do pagamento do valor correspondente à contraprestação do investimento privado. Esse tipo de concessão envolve o subsídio governamental para concretizar o respeito à modicidade das tarifas. A Lei Federal n. 8.987/1995 já exigia isso, enumerando-o como um dos princípios expressos no art. 6º, § 1º: *"Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas"*.⁷⁵

75 A concretização do princípio da modicidade das tarifas está devidamente configurada nos arts 9º até o 13 da Lei n. 8.987/1995. A tarifa nasce, pois, da melhor proposta na licitação e, segundo o art. 11, no "[...] atendimento às peculiaridades de cada serviço público, poderá o poder concedente prever, em favor da concessionária, no edital de licitação, a possibilidade de outras fontes provenientes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, com ou sem exclusividade, com vistas a favorecer a modicidade das tarifas [...]". Na verdade, a possibilidade de cogitar a delegação da prestação de serviço público e de eventual obra pública, com a divisão de responsabilidades para o pagamento da tarifa correspondente entre o Estado e o usuário, sempre foi algo admitido e estimulado.

Para assegurar uma menor tarifa, o Estado, desde os primeiros contratos, poderia ter assumido a responsabilidade do pagamento parcial dessa. Agora, contudo, essa hipótese recebe nome próprio, e as garantias oferecidas ao particular aumentam: é a concessão patrocinada. Em outras palavras, toda vez que envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários, a contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado.⁷⁶ Ainda, ressalta-se, o art. 10, § 3º, da Lei Federal n. 11.079/2004 estabelece que as concessões “[...] *patrocinadas em que mais de 70% (setenta por cento) da remuneração do parceiro privado for paga pela administração pública dependerão de autorização legislativa específica*”.

A concessão administrativa, por sua vez, representa “[...] o contrato de prestação de serviços de que a administração pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva a execução de obra ou o fornecimento de instalação de bens” (Lei n. 11.079/2004, art. 2º, § 2º). Os objetos centrais são a prestação de serviços — que não se restringe ao tema dos serviços públicos — e a eventual obra ou instalação de bens. O Estado pagará pelo serviço que lhe for prestado, devolvendo ao particular investidor o capital imobilizado, assim como os demais usuários responderão pelo serviço usufruído — cada um no limite da própria fruição. As PPPs no setor de saneamento, quando coordenadas pelas companhias estaduais, têm privilegiado esse formato.

A construção e a administração de presídios, escolas, hospitais públicos e o serviço de saneamento, um processo de desestatização de atividades assumidas pelo Estado, poderiam ser objetos dessa forma de contratação. É um processo que desencadeia a progressiva diminuição da interferência do regime jurídico de direito público na prestação de serviço estatal. Os professores, os médicos e os engenheiros serão todos celetistas vinculados ao empresário-concessionário, o que flexibiliza a relação do Estado com

76 A concessão para construir nova estrada (em local de difícil acesso) e, posteriormente, para prestar o serviço público que compreende ambulâncias e caminhões-guincho produziu uma tarifa de valor considerado elevado, porém, foi a proposta vencedora na licitação. O Estado, prevendo tal hipótese, faz constar no contrato que responderá por um percentual, estendendo à comunidade uma tarifa que não representa restrição insuperável ao direito de ir e vir: é a concessão patrocinada. De fato, o Estado está propiciando ao particular algumas fontes alternativas de receita, concretizando, desta maneira, o princípio da modicidade das tarifas, visto que não sacrifica o usuário com a incumbência de assumir o custo final de todo o empreendimento.

os operadores de sua atividade-fim. Na saúde, é importante essa ressalva, a delegação de serviços médicos, para além da infraestrutura e equipamentos, ainda é um tema polêmico, quando se busca os exemplos de outros países.

Na concessão patrocinada, o privado é remunerado por uma combinação entre tarifa e contraprestação pecuniária do poder público; já na concessão administrativa, não há cobrança de tarifa, sendo a remuneração do privado feita por contraprestação do poder público apenas. No primeiro tipo, são concedidos serviços públicos ou obras públicas (art. 2º, § 1º), e, no segundo, “serviços de que a administração pública seja usuária direta ou indireta” (art. 2º, § 2º):

Art. 2º Parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa.

§ 1º Concessão patrocinada é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas [...] quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários, contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado.

§ 2º Concessão administrativa é o contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens.

O contrato de PPP possui peculiaridades adicionais. Por exemplo, deve ter um valor mínimo de R\$ 10 milhões, duração mínima de cinco, e seu objeto não pode ser exclusivamente o fornecimento de mão de obra, o provisionamento e a instalação de equipamentos ou a execução de obra pública (art. 2º, §§ 3º e 4º⁷⁷).

2.5.1 Caso de PPP de Esgotamento Sanitário (Região Metropolitana de Porto Alegre)

Uma amostra dessa modalidade de concessão administrativa no setor de saneamento é o contrato de PPP entre a Companhia Rio-grandense de Saneamento (Corsan) e o Consórcio Aegea, visando

77 “Art. 2º [...] § 3º Não constitui parceria público-privada a concessão comum, assim entendida a concessão de serviços públicos ou de obras públicas [...], quando não envolver contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado. § 4º É vedada a celebração de contrato de parceria público-privada: I - cujo valor do contrato seja inferior a R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais); II - cujo período de prestação do serviço seja inferior a 5 (cinco) anos; ou III - que tenha como objeto único o fornecimento de mão de obra, o fornecimento e instalação de equipamentos ou a execução de obra pública.”

à universalização do esgotamento sanitário na Região Metropolitana de Porto Alegre. Estima-se que aproximadamente um milhão e meio de pessoas, habitantes das nove cidades atendidas, serão beneficiadas. Hoje, é importante que se diga, o status dessa relação é outro, depois de concluída a privatização da Corsan, mas permanece o exemplo, quando para muitos parecia pouco atrativo PPPs com foco no serviço de esgotamento sanitário.

Buscando os números do início da relação, o investimento dividia-se em R\$ 370 milhões em obras de responsabilidade da Corsan e R\$1,03 bilhão da parte da Aegea para expansão do sistema de esgoto, afora R\$ 374 milhões para ações comerciais e operacionais, totalizando 1,77 bilhão (atenção: valores históricos). O contrato tem vigência de trinta e cinco anos (cláusula 2.1),⁷⁸ no valor de R\$ 6,92 bilhões, pagos ao longo do tempo pelo poder público.⁷⁹

Nas regras do contrato ficarão afetos à concessão os bens existentes e futuros, *"integrantes de sistemas de esgotamento sanitário"* dos municípios, *"considerados como necessários ao cumprimento"* de seu objeto (6.1), não podendo alienar-se pela concessionária (6.2). Ao fim do prazo contratado, serão revertidos à companhia concedente (8.1). Cada alteração de quadro societário e capital social da concessionária (5.7), negociação que envolva os bens afetos (6.4), contratação de financiamentos (13.2), garantia (14.3) ou seguro (15.1) deve ser precedida de ampla prestação de informação à concedente, contando com sua expressa anuência.

Do mesmo modo, o cronograma de expansão da rede de esgoto e o cronograma de universalização serão elaborados previamente pela concessionária, apresentando os estudos necessários (17.2). Exigem aprovação da concedente, tal qual toda alteração subsequente de prazos (17.8). As obras serão constantemente fiscalizadas pela concedente durante a execução (19.1), abrangendo o controle de qualidade dos materiais e equipamentos (19.10), a verificação do não cumprimento de normas técnicas pertinentes e a determinação de imediata substituição às expensas da concessionária (19.11). No limite, havendo desacordo quanto a isso, a questão pode ser levada a comitês técnicos e à arbitragem (19.14).

78 As citações seguintes referem-se à cópia do contrato. Disponível em: <https://www.Corsan.com.br/upload/arquivos/202005/12114351-contrato-ppp-assinado.pdf>. Acesso em: 02 jul. 2020.

79 Disponível em: <https://www.Corsan.com.br/governador-assina-contrato-da-ppp-da-Corsan-para-a-regiao-metropolitana>. Acesso em: 30 jun. 2020.

Aprovado o plano operacional (20.3), a concessionária passará por um período de operação assistida, em que a concedente prestará assistência técnica e acompanhamento intensivo (20.4), até ter aprovação para iniciar operação autônoma, preservando a regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade e cortesia (21.3). Contudo, seguirá tendo de *"avisar previamente à Corsan acerca de quaisquer circunstâncias que afetem a qualidade, continuidade [...], que atinjam ou modifiquem as condições de prestação dos serviços"* (21.6). A Corsan, por sua vez, mantém seu *"livre acesso, em qualquer época, aos dados relativos à administração, à contabilidade e aos recursos técnicos, econômicos e financeiros da concessionária"* (23.1).

A cada três anos, haverá revisão dos parâmetros e resultados gerais da concessão, a fim de adequar as especificações mínimas dos serviços, a atualidade das tecnologias e os indicadores (36.1). Existe, ainda, hipótese de intervenção da concedente em caso de *"cessão ou interrupção total ou parcial da prestação", "deficiências graves no desenvolvimento das atividades", "situações que ponham em risco o meio ambiente e a segurança de pessoas ou bens"* e *"descumprimento reiterado dos preceitos estabelecidos no edital, contratos e anexos"* (39.1). Há, por fim, sanções e penalidades por inexecução parcial ou total das obrigações contratuais, que vão de advertência e multa à caducidade da concessão e declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a administração pública (41.1).

Nesse tipo de arranjo, portanto, a participação do setor privado não toma o protagonismo que se dá nos casos de concessão abordados no item anterior, ficando sempre responsável perante o ente público (ou companhia estadual de economia mista) pelos estritos serviços que lhe são delegados. Ao ente, continua assegurada a responsabilidade última mesmo no tocante ao órgão regulador, permanecendo em papel de protagonismo de definição dos termos básicos em que se darão as prestações de serviços, delegando apenas aqueles que não é capaz de prestar diretamente, por problemas de organização ou por limitações orçamentárias.

Essa é parte da discussão que antecedeu a aprovação da Lei Federal n. 14.026/2020. Discute-se a eficiência das companhias estaduais e a transparência no cálculo das tarifas. Em tese, acredita-se, as disputas por contratos de concessão, também entre empresas estatais e o setor privado, poderá oferecer uma tarifa justa

e realista. As licitações e a formalização dos vínculos a partir da confecção e assinatura de novos contratos tendem a organizar o setor, contando com a coordenação do governo federal, segundo diretrizes gerais estabelecidas pela ANA, por meio de suas normas de referência.

O surgimento das unidades regionais e dos blocos de referência podem facilitar a economia de escala em determinadas regiões, acelerando o processo de universalização do acesso à água potável e ao esgotamento sanitário, além de possivelmente manter a ferramenta do subsídio cruzado (Lei n. 11.445/2007, art. 31, II e III). A titularidade dos estados em relação aos serviços de interesse comum e o incentivo para a formação dessas novas estruturas de governança, decorrentes da prestação regionalizada de serviços, para além do que já existe, são igualmente elementos de expectativa dentro desse novo modelo.

2.6 Subdelegação e PPPs no Saneamento Básico

Desde o ano de 2007, a legislação pertinente aos contratos no setor permite que o ente, público ou privado, a quem o titular concede a prestação dos serviços de saneamento, subdelegue a terceiro privado, quando não houver disposição contratual em sentido contrário. É importante salientar que quem delega segue responsável perante o titular pela garantia do cumprimento dos planos e das metas e pela manutenção da qualidade dos serviços.

Além da parceria público-privada, comentada anteriormente, outra arquitetura institucional distinta para lidar com a ineficiência do esgoto sanitário é o contrato de subdelegação — da prestação parcial ou total dos serviços até a própria regulação ou fiscalização. O *Novo Marco do Saneamento* reconhece tal possibilidade, definindo o regime desse tipo de prestação privada:

Art. 11- A Na hipótese de prestação dos serviços públicos de saneamento básico por meio de contrato, o prestador de serviços poderá, além de realizar licitação e contratação de parceria público-privada, nos termos da Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, e desde que haja previsão contratual ou autorização expressa do titular dos serviços, subdelegar o objeto contratado, observado, para a referida subdelegação, o limite de 25% (vinte e cinco por cento) do valor do contrato.



§ 1º A subdelegação fica condicionada à comprovação técnica, por parte do prestador de serviços, do benefício em termos de eficiência e qualidade dos serviços públicos de saneamento básico.

§ 2º Os contratos de subdelegação disporão sobre os limites da sub-rogação de direitos e obrigações do prestador de serviços pelo subdelegatário e observarão, no que couber, o disposto no § 2º do art. 11 desta Lei, bem como serão precedidos de procedimento licitatório.

Atendidas as condicionalidades legais da comprovação do benefício em termos de eficiência e qualidade dos serviços, pode-se dar seguimento à contratação, remanescendo sempre a delegatária responsável final pela adequada prestação dos serviços.

O art. 5º do Decreto Federal n. 11.599/2023⁸⁰ regulamentou a extensão da eficácia do art. 11-A da Lei Federal n. 11.445/2007, que contém a vedação para subdelegações que ultrapassem o teto de 25% do valor do contrato de prestação de serviços públicos de saneamento básico⁸¹. A dúvida jurídica que necessitava de regulamentação era a aplicação ou não do limite para parcerias público-privadas da Lei Federal n. 11.079/2005 — concessões administrativas e concessões patrocinadas.

Primeiramente, cabe destacar que a base para o cálculo do limite a que se refere o art. 11-A da Lei Federal n. 11.445/2007 é o valor do contrato de delegação celebrado com o subdelegante (art. 5º, § 1º do Decreto Federal n. 11.599/2023⁸²); na ausência de valor nominal do ajuste, determina-se que a base de cálculo será a do faturamento anual projetado do prestador do serviço subdelegante (art. 5º, § 2º do Decreto Federal n. 11.599/2023⁸³). A

80 "Art. 5º As subdelegações celebradas a partir da data de publicação da Lei nº 14.026, de 2020, deverão obedecer ao limite de vinte e cinco por cento do valor do contrato cujo objeto será subdelegado."

81 "Art. 11-A. Na hipótese de prestação dos serviços públicos de saneamento básico por meio de contrato, o prestador de serviços poderá, além de realizar licitação e contratação de parceria público-privada, nos termos da Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, e desde que haja previsão contratual ou autorização expressa do titular dos serviços, subdelegar o objeto contratado, observado, para a referida subdelegação, o limite de 25% (vinte e cinco por cento) do valor do contrato" (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020).

82 "Art. 5º [...] § 1º Para fins de aferição do limite previsto no caput, deverá ser considerado o valor do contrato de delegação do serviço celebrado com o prestador subdelegante."

83 "Art. 5º [...] § 2º Caso o contrato do prestador subdelegante não tenha valor, o

regulamentação também busca desviar de eventual burla à limitação com base na fragmentação das subdelegações ao estabelecer que, no caso de mais de um contrato de subdelegação, deve-se somar o valor desses contratos para fins do cálculo da limitação do art. 11-A da Lei Federal n. 11.445/2007 (art. 5º, § 3º do Decreto Federal n. 11.599/2023⁸⁴).

Em relação à temática das parcerias público-privadas (Lei Federal n. 11.079/2005), o art. 5º, § 4º do Decreto Federal n. 11.599/2023 afastou expressamente a aplicação da limitação para tais modalidades de concessão. Veja-se:

Art. 5º [...] § 4º Nos termos do disposto no caput do art. 11-A da Lei nº 11.445, de 2007, o limite de vinte e cinco por cento previsto no caput deste artigo não se aplica a parcerias público-privadas, realizadas nos termos do disposto na Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, em quaisquer das modalidades admitidas, ainda que sejam contratadas por prestador delegatário ou concessionário de serviços, desde que os ganhos de eficiência decorrentes da contratação sejam compartilhados com o usuário dos serviços.

Com base nisso, entende-se que o limite de subdelegação de 25% do valor do contrato do subdelegante é aplicável especialmente para projetos de concessão comum (Lei Federal n. 8.987/1995). Por outro lado, para PPPs, esse limite é desconsiderado, desde que a modelagem dos projetos considere o compartilhamento de ganhos de eficiência com o usuário do serviço.

No ponto, o que se considera como “*ganhos de eficiência*” está especificado no § 5º do art. 5º do Decreto Federal n. 11.599/2023⁸⁵ como o “*diferencial entre o valor cobrado do usuário final e o valor da efetiva prestação do serviço pelo ente privado*”. Logo, conclui-se que a os ganhos de eficiência exigidos se referem à diminuição do valor

faturamento anual projetado para o subdelegatário não poderá ultrapassar vinte e cinco por cento do faturamento anual projetado para o prestador do serviço subdelegante.”

84 “Art. 5º [...] § 3º No caso de a subdelegação realizada por um mesmo prestador abranger dois ou mais contratos de delegação dos serviços públicos de saneamento básico, o valor do contrato sobre o qual será aplicado o limite de vinte e cinco por cento equivalerá à soma dos valores dos contratos de delegação abrangidos pela subdelegação.”

85 “Art. 5º [...] § 5º Os ganhos de eficiência de que trata § 4º serão calculados a partir do diferencial entre o valor cobrado do usuário final e o valor da efetiva prestação do serviço pelo ente privado, conforme o disposto em normas do ente regulador.”

da tarifa praticada, cujas bases regulatórias devem ser estabelecidas pela reguladora infranacional (regulação discricionária)⁸⁶.

Aqui, registra-se uma crítica pontual ao regulamento, porque nem todo ganho de eficiência deve necessariamente ser refletido na tarifa: esse poderia ser percebido no volume de investimentos, na melhoria de metas quantitativas, na qualidade da prestação dos serviços, além de outros aspectos. Entretanto, o Decreto Federal n. 11.599/2023 limita as possibilidades de mensuração do ganho de eficiência tão somente ao valor tarifário. Entende-se que a melhor alternativa seria que a decisão pela forma de mensuração do ganho de eficiência fosse estabelecida nos estudos do projeto específico⁸⁷.

De qualquer forma, o Decreto Federal n. 11.599/2023, ao regulamentar a extensão da eficácia do art. 11-A da Lei Federal n. 11.445/2007, permitiu a utilização de PPPs como mecanismo de subdelegação independentemente da limitação de 25% do valor do contrato da subdelegante, desde que haja o compartilhamento dos ganhos de eficiência da contratação com o usuário final, entendido como a diminuição do valor da tarifa

2.6.1 Caso de Subdelegação do Esgotamento Sanitário da Saneago

Um caso recente de subdelegação ocorreu em 17 de fevereiro de 2011, quando a Companhia Estadual de Saneamento de Goiás (Saneago) abriu processo de licitação, na modalidade “concorrência nacional”, para delegação regionalizada dos serviços públicos de esgotamento sanitário nos municípios Aparecida de Goiânia, Jataí, Rio Verde e Trindade. A Saneago contratou com uma empresa especializada em análise de viabilidade econômico/financeira.

Depois de alguns questionamentos do Ministério Público Estadual e do Tribunal de Contas, pôde finalmente se dar o fundamento das propostas técnicas. A empresa vencedora do certame foi a Foz Goiás Saneamento, do grupo Odebrecht Ambiental, que assinou o Contrato n. 1327/2013, em 19 de julho de 2013, com prazo de vigência de vinte e oito anos.

86 Entende-se que a previsão não afasta a possibilidade de o “ganho de eficiência” ser regulamentado, também, por contrato, sobretudo na eventual omissão regulatória.

87 Em algumas localidades, a redução da tarifa talvez não seja uma boa alternativa em decorrência de características específicas da operação.

A implantação de obras de melhorias na Estação de Tratamento de Esgoto (ETE) almejava aumentar a eficiência no tratamento do afluente, melhorando a qualidade do esgoto lançado para adequá-lo às orientações de qualidade contidas no Decreto Estadual n. 1.745/1979. As tarifas prosseguiram sob vistoria da Agência Goiana de Regulação, Controle e Fiscalização de Serviços Públicos.

Já é possível medir os impactos causados pela adoção do modelo. Por exemplo, em Jataí, no começo do ano de 2013, início do contrato, o índice de atendimento dos serviços de coleta e tratamento do esgoto era de 58%. O contrato estabeleceu o objetivo de cobertura de no mínimo 90% dos usuários atendidos com abastecimento de água em até seis anos a contar do princípio de sua vigência. As metas mais específicas previstas eram as seguintes:⁸⁸

- *Tratamento de esgoto: melhorias na elevatória e na ETE Rio Claro, com a mecanização do tratamento preliminar, implantação de reatores anaeróbios e aeradores, desinfecção do efluente final e remoção de lodo das lagoas existentes;*
- *Interceptores/coletores: ampliação dos interceptores Jataí, Açude e Queixada para a ligação das redes coletoras;*
- *Elevatórias de esgoto: sem previsão;*
- *Rede coletora: implantar 300 km de redes coletoras até 2020;*
- *Ligações de esgoto: implantar 9.071 ligações até 2020.*

Conforme relatórios de 2016, realizados pela agência reguladora, que avaliaram o cumprimento das metas e impuseram um novo cronograma físico-financeiro, a eficiência do tratamento continuava inferior àquela prevista pelo Decreto Estadual n. 1.745/1979, ainda que a empresa tivesse causado impacto econômico-financeiro significativo sobre a tarifa cobrada dos usuários. Um recente estudo concluiu, tendo em vista esses resultados, que:

Em busca do avanço no serviço de esgotamento sanitário são necessários maiores esforços pela prestadora, assim como

88 CRUCIOLI, João Igor; SILVA, Thiago Oliveira; TORRES, Lucas Yamauchi; SILVA, Débora Pereira da; LIMA FILHO, Cleomar Rodrigues. Tratamento ineficiente do esgoto sanitário por contrato de subdelegação no município de Jataí: avaliação dos impactos causados aos usuários. In: **XXX Congresso Nacional de Saneamento e Meio Ambiente**. Disponível em: https://www.saneamentobasico.com.br/wp-content/uploads/2019/12/fenasan2019_159.pdf. Acesso em: 06 nov. 2020.

maior atuação da agência reguladora e do poder concedente para regulação e fiscalização dele. O poder concedente já está participando de forma efetiva com a revisão do plano, determinando novas diretrizes e metas que buscam garantir prestação dos serviços de melhor qualidade à população e alocando em seu quadro um departamento para regulação e fiscalização dos serviços de saneamento básico do município de Jataí.⁸⁹

A experiência, portanto, serve para alertar a respeito da necessidade de regulação e atuação constante e efetiva do poder concedente nos contratos de delegação, pois os impactos tarifários precisam implicar aumento da cobertura e melhora da qualidade dos serviços subdelegados, sob pena de subverter esses importantes instrumentos.

2.7 Contrato de Performance

Um último caso a ser visto é o do contrato de performance, uma modalidade nova no Brasil. Consiste na remuneração do agente privado não apenas pela prestação dos serviços, mas também pelo cumprimento de metas contratuais.⁹⁰ Por ser um instrumento legal novo, importado de práticas de outras nações, não há legislação específica sobre o contrato de performance no país. As normas aplicáveis, portanto, encontram-se na Lei das Licitações e Contratações Públicas (Lei Federal n. 8.666/1993) e nas disposições relevantes da Lei das Estatais (Lei Federal n. 13.303/2016), bem como na nova Lei de Licitações (Lei Federal n. 14.133/2021).

A atratividade do contrato de performance reside no fato de que o contratante, isto é, a administração pública, não precisa endividar-se para financiar o contrato. Cabe à empresa contratada “realizar todos os investimentos e prestar todos os serviços necessários [...] antes de receber qualquer pagamento do contratante”.⁹¹ Desse modo, os riscos, bem como os custos de planejamento e treinamento, recaem em larga escala na empresa contratada, que dispõe

89 Ibidem.

90 ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE ENGENHARIA SANITÁRIA E AMBIENTAL (ABES). **Controle e redução de perdas nos sistemas públicos de abastecimento de água**, 2015, p. 66; IFC. International Finance Corporation. **Manual sobre Contratos de Performance e Eficiência para Empresas de Saneamento em Brasil**, 2013, p. 17.

91 Ibidem, p. 20.

de incentivos para prestar o serviço de modo eficiente, uma vez que a remuneração depende do cumprimento de metas contratuais.

Esse tipo de contrato tem sido empregado por empresas do setor de saneamento com os fins de melhoria da eficiência energética e diminuição das perdas na distribuição de água com resultados bastante promissores.⁹² Os contratos realizados pela Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo (Sabesp) para reduzir as perdas na distribuição de água na capital são uma referência nesse quesito. Eles realizam-se em três fases distintas:

(i) Implantação, ou fase pré-operatória, que dura cerca de 12 meses, mas varia a depender da natureza do contrato, em que pode haver remuneração parcial sujeita ao cumprimento das metas.

(ii) Apuração de performance, que dura de seis a doze meses, também podendo variar. A remuneração é a mesma da primeira fase, mas aqui já se calcula a da fase seguinte, que será fixa.

(iii) Remuneração fixa, que é a fase mais longa, podendo ser de 36 meses, remunerando-se em função dos resultados calculados na fase de apuração.

Um exemplo bem-sucedido foi o contrato realizado pela Sabesp para o Setor Vila do Encontro de 2010 a 2014. O setor abrange uma área de 6,7 km² e distribui água para cerca de 100 mil pessoas. Estabeleceu-se uma meta de reduzir o desperdício de água em, no mínimo, 112.852 m³/mês, passando de 1.010.618 m³/mês (*baseline*) para, no mínimo, 897.766 m³/mês. Nota-se que, no período de 2008 a 2012, o índice de perdas de água passou de 51% para 30%,⁹³ evidenciando o sucesso da medida adotada.

O contrato de performance é muito propício para intervenções em áreas com estruturas precárias e de difícil acesso. Oferece respostas mais rápidas, produzindo desenvolvimento urbano a partir de soluções customizadas, coletivas ou individuais. Aqui defende-se a perspectiva de uma engenharia social, baseada em acesso facilitado aos fundos que preservam linhas específicas para investimentos com propósito. Não basta apresentar os números

92 Ibidem; COSTA, Fábio Moraes; FERREIRA, Felipe Ramos; RAINHO, Alice Guimarães. Determinantes da Redução da Perda de Distribuição de Água nas Empresas de Saneamento. In: **XXI USP International Conference in Accounting**. 2019. Disponível em: https://congressousp.fipecafi.org/anais/Anais2019_NEW/Art.sDownload/1736.pdf. Acesso em: 06 nov. 2020.

93 IFC. International Finance Corporation. **Manual sobre Contratos de Performance e Eficiência para Empresas de Saneamento em Brasil**, 2013, p. 46.

de ligações novas de água e esgoto por ano, mas quantas delas ocorreram em favelas. O operador do sistema, em qualquer contexto, precisa estar consciente de que assumirá áreas rentáveis e não rentáveis, e por isso é interessante abrir-se para soluções criativas e sustentáveis — no aspecto ambiental, social e econômico.

3. Motivações Públicas para Desenvolvimento de PPPs

Há motivações específicas para a adoção de parcerias entre o Poder Público e *players* privados, dentre as quais, cita-se especialmente a geração do denominado “alinhamento de interesses” entre contratante e contratado⁹⁴. O guia do BID as divide da seguinte forma: (i) PPP como método alternativo para financiamento de infraestrutura (financiamento privado); (ii) acesso ao dinheiro privado; (iii) captura de eficiência em projetos de infraestrutura; (iv) maior flexibilidade para a gestão de custos; (v) delegação da gestão do custo do ciclo de vida do ativo público; (vi) transferência de riscos para o parceiro privado; (vii) inovação; (viii) maior confiabilidade e eficácia; e (ix) maximização da utilização do ativo público⁹⁵. A seguir, explica-se cada uma dessas possíveis motivações administrativas para o uso de parceiros privados no desenvolvimento de projetos de interesse público:

(i) entende-se que ajustes público-privados podem ser ferramentas para a obtenção de financiamento privado como fonte de recursos para projetos de infraestrutura que, de outra forma, não seriam desenvolvidos, especialmente porque financiadores de dívida nem sempre estão interessados em emprestar dinheiro para

94 “Modalidades de contratação que combinam a construção ou o fornecimento do ativo com sua manutenção e operação costumam proporcionar maior alinhamento entre contratado e contratante, com consequente vantagem à população que fará uso do serviço público, comparativamente às alternativas que costumam contratar obras públicas, equipamentos ou prestações de serviços públicos separadamente e pelo menor preço”. GALÍPOLO, Gabriel Muricca. Incentivos Públicos e Privados. In: FAJARDO, G; COHEN, I; CARELLI, C. **INFRACAST: Concessões, Parcerias Público-Privadas e Privatizações**. Belo Horizonte: Fórum, 2022, p. 82.

95 APMG INTERNATIONAL. BERGERE, Francois et tal. DAL POZZO, Augusto Neves et tal [trad.]. **Certified PPP Professional. (CP3P) Guide – 2016**. Disponível em: <https://ppp-certification.com/sites/www.pppcertification.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: 10 jan. 2023.

governos, mas poderiam fazê-lo para empresas. No ponto, o parceiro privado tem as condições de assumir obrigações de financiamento na forma de *equity* e de contratação de dívida com instituições financeiras (mutuantes). Em algumas circunstâncias, avenças público-privadas podem acelerar planos governamentais para setores específicos, que necessitam de intervenção com maior urgência;

(ii) sustenta-se que ajustes público-privados, em algumas circunstâncias, significam maior flexibilidade financeira para os governos, no sentido de que esses não necessitariam dispendir monta significativa de recursos diretos do orçamento público para fazer frente a um déficit de infraestrutura em determinado momento. Isso porque, na maioria das vezes, o Poder Público não precisaria alocar recursos do orçamento em curto prazo; apenas após a efetiva operação do ativo público. Dessa forma, a administração teria condições de variar os setores de investimentos, em vez de vincular a totalidade ou parte substancial de seus recursos reservados para investimentos em poucos projetos. Evidentemente, essa ferramenta precisa ser utilizada com cuidado, tendo em vista que haveria um compromisso de longo prazo de pagamentos públicos ao parceiro privado, caso o ajuste não seja amortizado exclusivamente pelos rendimentos do ativo público;

(iii) fundamenta-se o desenvolvimento de parcerias público-privadas (em sentido amplo) na possibilidade de captura de eficiência e de eficácia privada para proveito aos interesses públicos em um ajuste de longo prazo. Aqui, argumenta-se que o custo do desenvolvimento da solução em uma avença de longo prazo provavelmente será menor do que a execução dessa por uma contratação tradicional (Lei Federal n. 14.133/2021). Nesse aspecto, necessariamente, se deve discutir a relação custo eficiência entre as opções disponíveis de contratação, o que também é denominado de *value for money*;

(iv) refere-se a maior flexibilidade do parceiro privado na gestão de seus custos, seja pela existência de mais espaço para negociação com subcontratados (contratos submetidos ao direito privado), seja pela maior flexibilidade das relações trabalhistas, em regime celetista. A própria natureza lucrativa da empresa é fator que pode ser direcionado para os interesses contratuais, quando houver a adequada transferência de risco, de modo a incentivar a inovação operacional (sendo um exemplo interessante a utilização

de método não destrutivo (MND) para a instalação, reparação e reforma de tubos, diminuindo ou eliminando a necessidade de escavação de obras;

(v) a delegação da gestão do custo de ciclo de vida do ativo público é uma ferramenta que estimula a qualidade da infraestrutura desenvolvida pelo parceiro privado, em detrimento de contratações tradicionais, na qual o Poder Público retém a gestão do bem e apenas compra a obra/serviço em regime de execução indireta, com base em um projeto básico (modelo *Build*). Isso porque o parceiro privado, responsável pela construção de um ativo público, só passa a receber pagamentos após a entrada em funcionamento do bem, e, depois, concentra as tarefas de operação e manutenção. Assim, em caso de falhas de construção da infraestrutura, quem as assume é o próprio parceiro privado, que retém o risco de manutenção e, portanto, tem estímulos naturais para reduzir gastos com manutenção e renovação do bem. Esse mecanismo de partilha de riscos evita problemas enfrentados em contratações tradicionais de obras públicas, tal como o estímulo do parceiro privado para reduzir a qualidade da execução (em materiais, acabamento etc.), com a finalidade de capturar a redução dos custos e transformá-la em aumento da sua margem de lucro;

(vi) fala-se que o parceiro privado tem mais condições de realizar a gestão de determinados riscos, por meio da mitigação da sua ocorrência e das consequências danosas. Assim, o prêmio (a remuneração) exigido pela assunção do risco é menor do que absorção desse pelo Poder Público. Aqui, quando se fala em risco, esclarece-se a importância do parceiro privado ofertar capital em risco, como nas hipóteses em que angaria recursos próprios (dívida e *equity*) e os direciona para o desenvolvimento de infraestrutura pública. Consequentemente, adiciona-se uma camada de *due diligence*, constituída pelos investidores de capital e pelos mutuantes;

(vii) em ajustes público-privados cujo enfoque é o capital em risco de desempenho e resultados do parceiro privado, estimula-se a flexibilidade na estrutura operacional, em termos de *inputs* (meios e métodos), para que essa seja aproveitada em estímulos para inovação que resultem eficácia e eficiência;

(viii) uma vez ajustado adequadamente uma parceria que estimule desempenho e resultados, os ajustes público-privados podem entregar obras em prazo menor do que inicialmente previsto

e gastar menos recursos para atingir resultados iguais ou melhores do que os alcançados nos contratos tradicionais; e

(ix) especialmente em projetos dependentes de pagamento de usuários, em regime tarifário, o parceiro privado tem estímulos para maximizar o uso econômico da infraestrutura, com a finalidade de aumentar a rentabilidade do serviço público. Isso tem o potencial de gerar aproveitamento econômico maior do que o esperado, oportunidade em que as receitas decorrentes podem ser compartilhadas com o Poder Público, por meio de outorgas variáveis.

Além de todos esses fatores específicos, cita-se o “efeito de demonstração” das soluções privadas para problemas públicos, como a incorporação de soluções inovadoras privadas em determinado setor, desenvolvida no contexto de operação público-privada, para o cotidiano público. Outro fator a ser destacado é a maior transparência e segurança em razão da multiplicidade de atores envolvidos nesse gênero de contratação (governo, órgãos de controle, parceiros privados, consultores, mutuantes etc.).

4. Financiamento de Projetos (Project Finance)

Finalmente, aborda-se uma característica usual dos ajustes público-privados, que é a constituição de uma sociedade de propósito específico para estruturação de um *project finance* — financiamento de projeto. No Brasil, a SPE integra o conceito jurídico de PPP, porque é condição para a celebração de ajuste de concessão patrocinada e concessão administrativa. Nas noções ampla e estrita de PPP, por outro lado, a criação de uma sociedade de propósito específico não é obrigatória, embora seja recomendada para facilitar o angariamento de recursos privados para o projeto, seja esse pela contratação de dívida com mutuantes ou pela busca de investimento de capital (*equity*). De qualquer forma, uma das motivações de utilização de PPPs é que essa modalidade de parceria entre parceiro privado e administração pública facilita o acesso a recursos privados, justamente porque, muitas vezes, permite a estruturação de um *project finance* mais sólido do que quando comparados às modalidades tradicionais de contratação.

Diante disso, é preciso compreender que, quando se refere a uma estrutura de *project finance*, fala-se na descrição de uma operação de financiamento de projeto que tenha a finalidade de captar recursos para a execução de um empreendimento de grande porte,



na qual haja limitação de exposição dos seus operadores (limitação da responsabilidade patrimonial), dotada, como bem relata José Virgílio Lopes Enei, das seguintes características:

a) Segregação de empreendimento: isolamento de um empreendimento das demais atividades desenvolvidas pelo patrocinador (normalmente alcançado via constituição de uma sociedade de propósito específico que proveja limitação de responsabilidade de seus acionistas).

b) Alavancagem financeira: financiamento desse empreendimento via capital próprio dos patrocinadores e dívida proveniente de mútuos ou outras figuras afins por parte de financiador externo, normalmente com maior participação do componente dívida.

c) Financiamento garantido pelo empreendimento: créditos do financiador externo tendo como garantia principal as receitas (recebíveis) e ativos do empreendimento e, eventualmente, alguma garantia limitada dos patrocinadores (mas nunca uma garantia integral ou direito de ação do credor que passar a alcançar ilimitadamente o patrimônio geral do patrocinador).

d) Rede de contratos: conjunto de contratos coligados celebrados com o objetivo de alocar responsabilidades e riscos de forma clara, preferencialmente às partes que estejam mais aptas a absorvê-los.⁹⁶

Transplantando-se a técnica do financiamento de projeto para o contexto de desenvolvimento de uma ajuste público-privado, tem-se como objetivos específicos: ofertar as receitas recebíveis do projeto como garantias aos mutuantes, isolar a pessoa jurídica responsável pela prestação de um serviço público das demais atividades desenvolvidas pelo operador do contrato (segregação de fluxos de caixa ou *ring fence*), proteger o patrimônio dos acionistas (limitação da responsabilidade), diminuir o custo médio ponderado de capital (WACC) ao facilitar acesso a dívidas bancárias e alocar responsabilidades de execução de tarefas na cadeia de subcontratados.

Em uma parceria público-privada desenvolvida no arcabouço jurídico brasileiro, exige-se, reitera-se, a constituição de uma sociedade de propósito específico como condição para a celebração do

96 ENEI, José Virgílio Lopes. **Project Finance**: Financiamento com Foco em Empreendimentos (Parcerias Público-Privadas, Leveraged Buy-outs e outras figuras afins). São Paulo, Saraiva, 2007, p. 37.

ajuste (art. 9º da Lei Federal n. 11.079/2009⁹⁷), a qual, em alguma proporção, será remunerada por contraprestações públicas (art. 6º da Lei Federal n. 11.079/2004). Como forma de garantir maior potencial de financiamento do projeto por instituições financeiras (bancabilidade) e, assim, maior alavancagem por meio de serviços de dívida, o art. 5º, § 2º, inciso I c/c o art. 5º-A da Lei Federal n. 11.079/2004⁹⁸ permitem que, em momentos de crise operacional e financeira, os mutuantes possam interferir ou assumir o controle temporário da SPE para saneamento da operação — os denominados *step in rights*. Além disso, a Lei das PPPs prevê pagamento de indenizações aos mutuantes em caso de extinção antecipada do vínculo (art. 5º, § 2º, inciso III⁹⁹) e possibilidade de que as contraprestações públicas sejam pagas diretamente aos financiadores (art. 5º, § 2º, inciso II¹⁰⁰). Outrossim, a própria administração pública tem o dever de ofertar garantias no contrato de parceria público-privada em relação aos pagamentos públicos devidos no longo prazo do ajuste (art. 8º da Lei Federal n. 11.079/2004¹⁰¹).

97 “Art. 9º Antes da celebração do contrato, deverá ser constituída sociedade de propósito específico, incumbida de implantar e gerir o objeto da parceria.”

98 “Art. 5º-A. Para fins do inciso I do § 2º do art. 5º, considera-se: I - o controle da sociedade de propósito específico a propriedade resolúvel de ações ou quotas por seus financiadores e garantidores que atendam os requisitos do art. 116 da Lei no 6.404, de 15 de dezembro de 1976; II - A administração temporária da sociedade de propósito específico, pelos financiadores e garantidores quando, sem a transferência da propriedade de ações ou quotas, forem outorgados os seguintes poderes: a) indicar os membros do Conselho de Administração, a serem eleitos em Assembleia Geral pelos acionistas, nas sociedades regidas pela Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976; ou administradores, a serem eleitos pelos quotistas, nas demais sociedades; b) indicar os membros do Conselho Fiscal, a serem eleitos pelos acionistas ou quotistas controladores em Assembleia Geral; c) exercer poder de veto sobre qualquer proposta submetida à votação dos acionistas ou quotistas da concessionária, que representem, ou possam representar, prejuízos aos fins previstos no caput deste artigo; d) outros poderes necessários ao alcance dos fins previstos no caput deste artigo; § 1º A administração temporária autorizada pelo poder concedente não acarretará responsabilidade aos financiadores e garantidores em relação à tributação, encargos, ônus, sanções, obrigações ou compromissos com terceiros, inclusive com o poder concedente ou empregados. § 2º O Poder Concedente disciplinará sobre o prazo da administração temporária.”

99 “Art. 5. [...] III - a legitimidade dos financiadores do projeto para receber indenizações por extinção antecipada do contrato, bem como pagamentos efetuados pelos fundos e empresas estatais garantidores de parcerias público-privadas.”

100 “Art. 5º [...] II - a possibilidade de emissão de empenho em nome dos financiadores do projeto em relação às obrigações pecuniárias da Administração Pública.”

101 “Art. 8º As obrigações pecuniárias contraídas pela Administração Pública em contrato de parceria público-privada poderão ser garantidas mediante: I - vinculação

Esse conjunto de regras do arcabouço jurídico de PPPs nacional têm como pressupostos os seguintes: (i) que parcerias dessa natureza são meios alternativos de contratação de empreendimentos de infraestrutura; (ii) que PPPs exigem grande monta de investimentos e, portanto, de alavancagem por contratação de dívida com instituições financeiras; e (iii) que contratos de PPPs precisam ofertar segurança jurídica a potenciais investidores. Portanto, as ferramentas de garantia financeira e de direitos de intervenção dispostas na lei aos mutuantes-financiadores refletem a preocupação da administração pública com a bancabilidade dos projetos de parceria pública-privada. Em outras palavras, pode-se dizer que, com esses instrumentos legais, busca-se diminuir falhas de investimentos e aumentar a atratividade privada em projetos de interesse público.

Como consabido, em uma parceria público-privada o parceiro privado é responsável por parcela considerável dos investimentos. Na legislação brasileira, o piso de aporte privado em um contrato da modalidade PPP é de R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais). Assim, cabe ao parceiro privado angariar os recursos para suplanar o financiamento exigido ao projeto, seja esse captado por meio de contratação de dívida, seja de *equity*.

Em projetos de PPPs em sentido estrito do guia do BID, o índice de dívida/*equity* fica entre 60:40 e 80:20¹⁰². É nesse ponto, de estrutura do financiamento do projeto, em que as ferramentas de segurança jurídica aos investidores se mostram primordiais. Aqui, vale dizer que há um benefício direto na obtenção de uma proporção maior de dívida do que de *equity* na alavancagem do projeto:

de receitas, observado o disposto no inciso IV do art. 167 da Constituição Federal; II - instituição ou utilização de fundos especiais previstos em lei; III - contratação de seguro-garantia com as companhias seguradoras que não sejam controladas pelo Poder Público; IV - garantia prestada por organismos internacionais ou instituições financeiras; (Inciso com redação dada pela Lei nº 14.227, de 20/10/2021) V - garantias prestadas por fundo garantidor ou empresa estatal criada para essa finalidade; VI - outros mecanismos admitidos em lei.”

- 102 APMG INTERNATIONAL. BERGERE, Francois et tal. DAL POZZO, Augusto Neves et tal [trad.]. **Certified PPP Professional (CP3P) Guide – 2016**. Disponível em: <https://ppp-certification.com/sites/www.pppcertification.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: 10 jan. 2023.

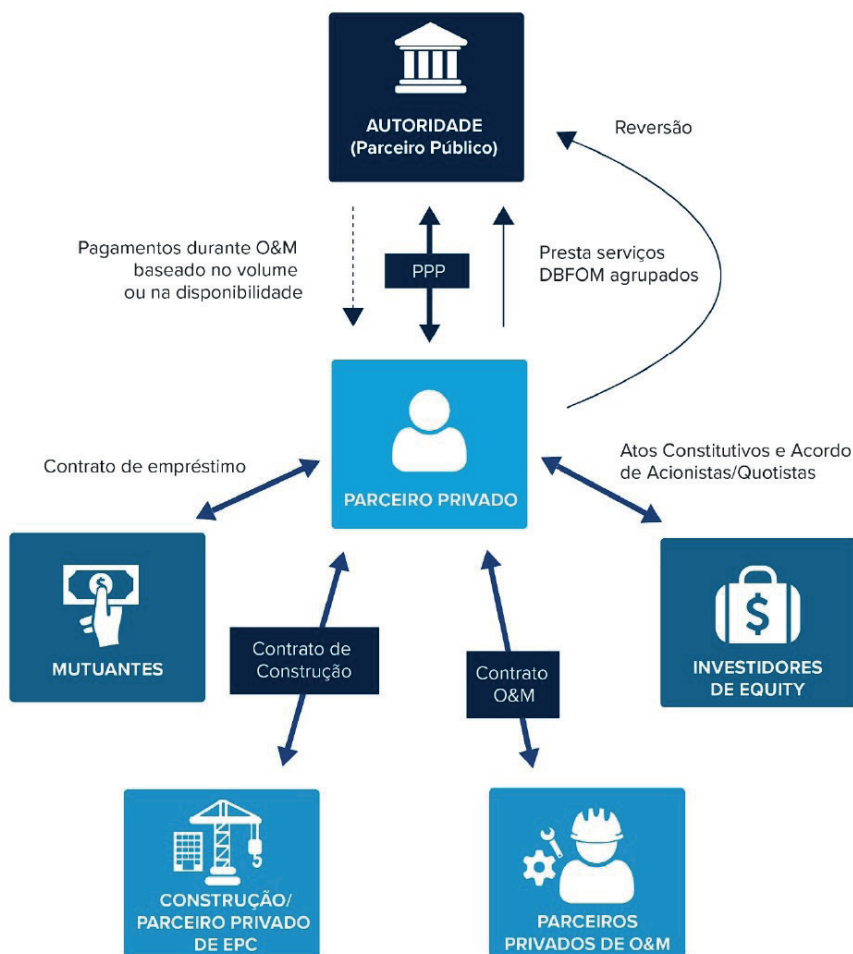
que é a diminuição do custo médio ponderado de capital¹⁰³. A propósito, esse benefício é capturado pelo Poder Público, que, ao suportar um custo de capital reduzido, compromete-se a pagamentos de longo prazo menores do que em outros cenários de maior dificuldade de obtenção de crédito em dívida com instituições financeiras. Ainda assim, exige-se cuidado com estruturas de financiamento baseadas quase que em sua totalidade em contratação de dívida com instituições financeiras: o risco de insolvência (falência da SPE) e o baixo índice de capital próprio (na forma de *equity*) investidos, o que pode indicar falta de engajamento na operação do ajuste.

Além do benefício principal, qual seja, a de redução do custo médio ponderado de capital (WACC), identifica-se dois aspectos positivos do *project finance* para as PPPs sob a ótica da administração pública: (i) a existência de uma camada adicional de *due diligence*, constituída pelos mutuantes, uma vez que o fluxo de caixa do projeto é a garantia maior do retorno econômico pelo financiamento, de modo que o desempenho e o sucesso operacional e comercial do ajuste seja essencial para a satisfação das obrigações com as instituições financeiras; e (ii) a maior proporção de dívida com instituições financeiras na alavancagem permite maior atratividade do negócio, tendo em vista que os investidores de capital em *equity* podem ter mais variabilidade de investimentos em outros negócios, aumentando-se, assim, o acesso ao dinheiro privado¹⁰⁴.

Para ilustrar, a configuração de um *project finance* usual, com pagamentos governamentais (concessão administrativa ou patrocinada), veja-se a seguinte figura:

103 “Em geral, a dívida exige taxas de juros remuneratórios menos elevadas que o *equity* de forma que, do ponto de vista do setor público/governo, a alavancagem é positiva uma vez que o custo financeiro total (o WACC [Weighted Average Cost of Capital, ou Custo Médio Ponderado do Capital]) é inferior. Por conseguinte, os pagamentos governamentais requeridos para tornar o projeto comercialmente viável são menores. Ou, no caso de PPPs com cobrança do usuário, o empreendimento tem melhores perspectivas de atingir a autossustentabilidade.” *Ibidem*.

104 *Ibidem*.



Nota: DBFOM= Projeto, Construção, Financiamento, Operação e Manutenção. EPC= Engenharia, Fornecimento e Construção; O&M= operação e manutenção; PPP= parceria público-privada.

Fonte e elaboração: CP3P Guide - 2016¹⁰⁵

Destarte, uma das vantagens da utilização de uma parceria público-privada em sentido estrito, de acordo com o guia do BID, é a adoção da técnica do *project finance*, a qual traz segurança jurídica para investidores-mutuantes, acionistas e administração pública na relação de longo prazo para empreendimentos de infraestrutura. A estrutura de financiamento do projeto, assim, permite graus de alavancagem por dívidas maiores, o que, por sua vez, diminui o custo médio ponderado de capital e, portanto, o valor global do projeto sob a perspectiva da administração pública. Ademais, tem-

105 Ibidem.

-se uma camada adicional de *due diligence* formada pelos investidores-mutantes e um aumento de potencial de acesso ao dinheiro privado (em *equity*). Justamente na busca de atingimento dessas finalidades, a Lei Federal n. 11.079/2004 lista ferramentas de garantia financeira e de direitos de intervenção na SPE para saneamento da operação.

5. Participação Privada e Melhoria Global dos Serviços

Comum aos casos apresentados ao longo deste capítulo é a participação da iniciativa privada, de algum modo, no sistema de saneamento básico. No entanto, logo vemos que as diferenças são maiores do que esse ponto em comum entre elas. Os três primeiros casos referem-se ao tipo de governança propriamente dita das empresas prestadoras de serviço de saneamento:

(i) O capital privado pode entrar para aumentar a capacidade de investimento através da abertura do capital de empresas estatais, com essas preservando o controle acionário do Estado. Assim, temos sociedade de economia mista cujo acionista controlador é o Estado.

(ii) No segundo caso temos a abertura de capital de sociedades de economia mista sem reserva do controle acionário do Estado, seguida da efetiva venda das ações públicas para entes privados. Aqui o objetivo não é apenas capitalizar a empresa, mas também transferir a capacidade de gestão para a esfera privada.

(iii) Já o terceiro caso versa sobre a concessão de serviço público diretamente à empresa privada. O titular dos serviços transfere ao ente privado os ônus e os bônus da prestação do serviço.

Um contrato de escopo mais amplo e duradouro, envolvendo valores elevados, recomenda a adoção da parceria público-privada. Já para um objeto mais específico, de curto prazo, o contrato de performance pode ser o ideal. De outro lado, quando o Estado não dispõe de recursos para transferir ao concessionário, resta utilizar a concessão comum, o que poderá sobrecarregar o usuário, conforme a dimensão do empreendimento.

Atualmente, existe uma tendência no setor de ampliar o uso de contratos de performance, por exemplo, para facilitar iniciativas que tentem levar o serviço de saneamento às áreas de periferia,



remunerando a partir dos objetivos concretizados. Para a redução de perdas de água (a água não faturada), buscar maior eficiência energética ou ações de saneamento específica, como a construção e operação de estações de tratamento e soluções alternativas para o abastecimento de água em comunidades periféricas, são circunstâncias que aderem ao formato do contrato de performance, com vantagens consistentes para os operadores.¹⁰⁶ Alguns fundos trabalham segundo essa lógica, em harmonia com o conceito de *investimento com propósito*, na mesma linha dos critérios ESG.

Cumpra agora expor algumas reflexões à luz dos casos apresentados, mas também de estudos que visam a testar hipóteses a respeito do efeito que o tipo de governança, se pública, privada ou mista, tem sobre a eficiência e a qualidade dos serviços de saneamento no Brasil. Começamos perguntando se, entre os modelos de provisão públicos, privados e mistos, há algum que se sobressaia em relação aos demais?

De início, deve-se reconhecer uma dificuldade imposta à nossa tarefa: a base de dados unificada no âmbito nacional é, ao menos por ora, autodeclaratória¹⁰⁷, cabendo a cada prestador de serviço disponibilizar os dados, estabelecendo um problema de confiabilidade das informações a que temos acesso. Antes, para o Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento (SNIS).¹⁰⁸ Porém, criado pela Lei n. 11.445/2007, art. 53, existe agora o Sistema Nacional de Informações em Saneamento Básico (SINISA). Dentre outras tantas funções, coletar e sistematizar os dados relativos às condições da prestação do serviço público de saneamento básico; disponibilizar estatísticas e indicadores (observando o PNSB e os planos regionais); permitir e facilitar o monitoramento e avaliação da eficiência e da eficácia da prestação dos serviços de saneamento básico (Decreto Federal n. 7.217/2010, arts. 66, § 2º e 67, § 1º).

106 GO Associados e International Finance Corporation (IFC), Manual sobre Contratos de Performance e Eficiência para Empresas de Saneamento em Brasil, 2013.

107 Explicação sobre o sistema de coleta de dados do SNIS disponível em: <http://www.snis.gov.br/menu-coleta-dados>. Acesso em 21 de junho de 2021.

108 SCRIPTORE, Juliana Souza; JÚNIOR, Rudinei Toneto. A estrutura de provisão dos serviços de saneamento básico no Brasil: uma análise comparativa do desempenho dos provedores públicos e privados. **Revista de Administração Pública**, v. 46, n. 6, 2012, p. 1482; SAIANI, Carlos Cesar Santejo; AZEVEDO, Paulo. **Privatização do Saneamento Básico faz bem à Saúde?** ANPEC — Associação Nacional dos Centros de Pós-Graduação em Economia, 2014, p. 3.

Cria-se aqui um desafio para os modeladores, pois o ponto de partida para a estruturação de propostas de investimento em infraestrutura pode divergir da realidade. Em caso recente, a Águas do Rio já sinalizou à Agenera (em 31 de outubro de 2023) sobre a necessidade de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão na medida em que se comprovou dados superdimensionados a respeito dos índices de coleta de esgoto do sistema, divulgados nos documentos da licitação da Cedae. Essa inconsistência, apenas como exemplo, foi identificada pela concessionária nos municípios de Duque de Caxias, São Gonçalo, Nova Iguaçu, Belford Roxo, Itaboraí e Mesquita.

Dado esse caráter voluntário da divulgação dos resultados, nos municípios em que o serviço é prestado com maior qualidade, existe uma tendência à maior presteza e transparência na divulgação, o contrário do que ocorre nos locais menos assistidos. As séries históricas modificam-se à medida que municípios que não informavam seus resultados passam a fazê-lo, e vice-versa, afora as falhas técnicas do SNIS ao captar e divulgar as informações.¹⁰⁹ Por isso, insiste-se, para estruturar os seus projetos, o BNDES tem encontrado dificuldade em estabelecer com precisão o econômico-financeiro das licitações, pela insegurança proveniente dos números apresentados e das divergências entre companhias estaduais, estados e municípios, quando titulares dos serviços (como se observou no caso Cedae).

Por isso mesmo, os estudos desenvolvidos em PMIs ou MIPs exigem emprego de recursos humanos e financeiros proporcionais ao desafio, de modelar planos de investimento a partir de dados pouco confiáveis. O conceito de remunerar estruturadores apenas quando ocorrer o êxito completo dos seus estudos (a assinatura do contrato depois da licitação) acaba prejudicando a competitividade e a própria qualidade dos *players* interessados em assumir esse risco. No caso do Brasil, para modelagens de grande porte será preciso uma abordagem diferenciada, se tomar-se como modelo básico a regra da Lei n. 14.133/2021 para PMIs, detalhada no art. 81, voltada para estudos, investigações, levantamentos e projetos com escopo menor. Na regra da Lei n. 14.133/2021, o trabalho

109 SCRIPTORE, Juliana Souza; JÚNIOR, Rudinei Toneto. A estrutura de provisão dos serviços de saneamento básico no Brasil: uma análise comparativa do desempenho dos provedores públicos e privados. **Revista de Administração Pública**, v. 46, n. 6, 2012, p. 1488.

realizado “[...] não implicará, por si só, direito a ressarcimento de valores envolvidos na elaboração [...]” e qualquer pagamento será efetivado apenas “[...] pelo vencedor da licitação, vedada, em qualquer hipótese, a cobrança de valores do poder público”. Considerando-se a dimensão dos planos de investimento para concessões comuns, patrocinadas ou administrativas, ou até para comprovar que não se trata de projeto sustentável, deve-se pensar formatos de remuneração dos estruturadores na exata medida do valor público gerado pelos trabalhos entregues.

Para ilustrar, as pesquisas de temas relacionados aos serviços de saneamento, em geral, são embasadas em teorias econômicas sobre os incentivos que cada tipo de gestão fornece. Um exemplo de construção teórica encontra-se no trabalho de Andrei Shleifer, o autor russo-americano argumenta, nos idos de 1998, que os modelos privados de provisão se mostram, usualmente, superiores aos públicos quando os incentivos para inovar e conter custos são altos.¹¹⁰

Há, portanto, articulações teóricas acerca de que modelo de prestação é o mais eficiente, em razão das suposições referentes à nossa motivação como agentes econômicos. As hipóteses de pesquisas empíricas podem tornar-se um modo de corroborar ou refutar as especulações baseadas na racionalidade econômica na área do saneamento.

Estamos longe de chegar a um consenso em termos de que modelo de provisão, se público, privado ou misto, é o mais adequado ante a experiência observável no Brasil. Embora alguns estudos apontem para melhores resultados vindos da iniciativa privada,¹¹¹ outras pesquisas são mais céticas, não verificando diferenças significativas atribuíveis aos tipos distintos de gestão.¹¹² Ana Léa de

110 SHLEIFER, Andrei. State versus Private Ownership. *Journal of Economic Perspectives*, v. 12, n. 4, p. 133-150, 1998, p. 147.

111 SAIANI, Carlos Cesar Santejo; AZEVEDO, Paulo. **Privatização do Saneamento Básico faz bem à Saúde?** ANPEC — Associação Nacional dos Centros de Pós-Graduação em Economia, 2014, p. 3; VARGAS, Marcelo Coutinho; LIMA, Roberval Francisco de. Concessões privadas de saneamento no Brasil: bom negócio para quem? *Ambiente & Sociedade*, v. 7, n. 2, p. 67-94, 2004. CABRAL, Lorena Soares Laia et al. Privatizar ou não privatizar? Uma análise longitudinal dos serviços de abastecimento de água no Brasil. *Revista de Engenharia Sanitária e Ambiental*, v. 23, n. 4, p. 811-822, 2018.

112 SCRIPTORE, Juliana Souza; JÚNIOR, Rudinei Toneto. A estrutura de provisão dos serviços de saneamento básico no Brasil: uma análise comparativa do desempenho

Ribeiro Lemos compara o desempenho de empresas públicas, privadas e de economia mista¹¹³ nos períodos de 2010 a 2017, com base em indicadores do SNIS (futuramente SINISA).¹¹⁴ A autora separa três conjuntos de indicadores: (i) indicadores operacionais e de atendimento de água e de esgoto; (ii) indicadores econômico-financeiros e administrativos de água e de esgoto; (iii) indicadores de qualidade de água e de esgoto. Obviamente, as mudanças legislativas mais recentes devem impactar positivamente no desempenho dos operadores privados, na medida em que se esclarece melhor o papel e o espaço da regulação contratual e da regulação discricionária neste setor específico.

Confrontando os desempenhos desses três tipos de governança nos três conjuntos de indicadores, destacou quais saíram-se melhor e tiveram maior evolução do desempenho entre um período e outro. Um resultado interessante desse trabalho é a evidência contrária a uma suposição comumente feita na teoria: a de que prestadores de serviços privados, em contextos em que não há competição, optariam por reduzir custos em detrimento da qualidade dos serviços. Como vemos na tabela a seguir, as empresas privadas, em sua maioria, tiveram desempenho superior nos indicadores de qualidade de água e esgoto ao final do período observado e apresentaram a melhor evolução no mesmo período:

dos provedores públicos e privados. **Revista de Administração Pública**, v. 46, n. 6, 2012, p. 1488; BARBOSA, Raphael de Paiva; BASTOS, Ana Paula Vidal. A participação privada na provisão dos serviços de água e esgotamento sanitário no Brasil: um estudo comparativo da eficiência dos prestadores de serviços. **Revista de Estudos Sociais**, v. 15, n. 30, p. 106-130, 2013.

113 A autora denominou “governança híbrida” as empresas de economia mista, seja de controle acionário do Estado, seja de controle acionário privado. Assim, neste comparativo, se confluem os dois primeiros casos apresentados na seção anterior.

114 DE MELO, Ana Léa Ribeiro Lemos. **Comparação de desempenho entre governanças de provisão de serviços públicos**: uma análise para o saneamento básico brasileiro. Universidade Federal de Uberlândia — Instituto de Economia e Relações Internacionais, 2019.

Síntese dos indicadores de qualidade de água e de esgoto selecionados no SNIS: melhor desempenho médio e maior melhoria do desempenho médio (2010 e 2017).

Indicadores/ Governanças/ Anos	Melhor desempenho médio?		Melhoria do desempenho médio (de 2010 a 2017)?	
	2010	2017	Maior	Com menor padronização?
Duração e dia das paralisações	Pública	Privada	Privada	Não
Duração e dia das intermitências	Pública	Pública	Pública	Não
Incidência das análises de cloro residual fora do padrão	Híbrida	Privada	Privada	Sim
Incidência das análises de turbidez fora do padrão	Privada	Privada	Híbrida	Sim
Extravasamentos de esgotos por extensão de rede	Pública	Privada	Privada	Sim
Duração média dos serviços executados	Híbrida	Híbrida	Pública	Não
Incidência das análises de coliformes totais fora do padrão	Privada	Privada	Pública	Sim

Fonte: DE MELO, Ana Léa Ribeiro Lemos. Comparação de desempenho entre governanças de provisão de serviços públicos: uma análise para o saneamento básico brasileiro, p. 50.

Por mais coerente que seja uma teoria, o critério de adequação dessa dá-se na prática. O dissenso na literatura quanto à qualidade da prestação privada desses serviços recomenda cautela. Um estudo que vise a comprovar esse tipo de efeito, o da privatização na melhoria dos serviços, precisa lidar com dificuldades enormes.

A necessidade de universalização dos serviços, a nacionalização do exercício do poder regulamentar (o novo papel da ANA), a realização de licitações, a formalização e padronização dos contratos e o incentivo à prestação regionalizada, no final das contas, incentivam uma ampliação da participação privada no setor.

Essa é uma verdade inquestionável, ainda que se admita a inevitabilidade de convivência com as companhias estaduais que demonstrarem capacidade econômico-financeira e governança compatíveis com a complexidade do sistema (pelo menos enquanto os contratos de programa continuarem vigendo) — pois mesmo que exista uma data para o encerramento dos contratos de programa, é possível, por exemplo, participar de licitações e vincular-se a contratos de concessão. Ainda assim, cada local construirá um modelo não perene, pois as mudanças de cenários, em períodos longos, podem implicar escolhas diferentes mais tarde. Nenhum modelo — público, privado ou público-privado — representa, por si só, a fórmula perfeita. Nessa mesma linha de entendimento foi a manifestação do Min. Fux na ADI n. 6.492/DF, quando atestou a constitucionalidade do *Novo Marco Legal do Saneamento*:

[...] de fato, a matéria (saneamento básico) é extremamente ampla e complexa; a resposta legislativa para a demanda social associada a esse serviço, no caso, parece-me estar dentro do espaço de conformação do legislador. Se o modelo adotado é o melhor ou não, isso é assunto que desborda do controle jurídico-constitucional e, aliás, depende ainda da própria implementação prática do modelo e do seu funcionamento real por tempo relevante, para que se possa avaliar, em termos comparativos, se ocorrerá, ou não, efetiva melhora na prestação do serviço.¹¹⁵

Por exemplo, há variáveis em operação que podem afetar a qualidade e a eficiência na distribuição de água e esgoto, como a evolução do contexto socioeconômico mais amplo nas regiões analisadas e as diferenças de atitude de todos os agentes envolvidos, desde os provedores até os consumidores.

Há também uma multiplicidade de aspectos que consideramos valiosos na prestação do serviço de saneamento. Quer dizer, embora o fim último com o qual todos concordam seja universalizar o serviço, em um contexto de recursos escassos, existem posições diversas a respeito da melhor forma de realizar essa tarefa. Além disso, quando se fala de universalizar a coleta e o tratamento de esgoto, até 2033, no patamar de 90%, existe uma preocupação a respeito desses 10% que, em tese, não seriam exatamente uma

115 BRASIL. Supremo Tribunal Federal STF. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.492/DF**. Inteiro Teor do Acórdão (e-STF, doc. 41), p. 87-88.

prioridade – bairros de difícil acesso, comunidades favelizadas, salvo quando claramente protegidas em contrato.

Sempre existirá o risco de conduta oportunista do operador privado, o que deve ser controlado a partir de regras conhecidas desde o processo licitatório. Na verdade, essa deve ser uma preocupação do modelador, dos reguladores ou dos controladores externos. Resolvido pela regulação contratual ou por indicadores (na linha da regulação por performance) divulgados pela regulação econômica. Dessa forma, o cronograma de obras abrangido pelo Capex deve ressaltar, desde o início, a obrigação do concessionário em universalizar e qualificar a política pública, principalmente, em regiões desatendidas pela infraestrutura básica

Nesse cenário, nossa tarefa também envolve olhar para as experiências anteriores, cotejar suas vantagens e desvantagens e, seja qual for o caminho adotado, mitigar fraquezas e amplificar os seus pontos fortes, conscientes das circunstâncias em que nos encontramos. Tendo isso em vista, podemos retirar algumas lições das breves descrições dos casos mencionados.

Dentre as modalidades apresentadas — a concessão, o contrato de parceria público-privada, a subdelegação e o contrato de performance — quando empregadas de modo correto, são técnicas valiosas para a consecução de fins importantes para o saneamento, desde a redução de perdas na distribuição de água, a exemplo dos contratos de performance da Sabesp, até a universalização do serviço de coleta e tratamento do esgoto, objetivo da PPP no Ceará liderada pela Aegea.

Mesmo sendo aspecto muito debatido no *Novo Marco do Saneamento*, é sempre importante retomar o Voto do Min. Nunes Marques na ADI n. 6.492/DF:

[...] não há, de fato, na lei impugnada, nenhum dispositivo que obrigue o titular do serviço a concedê-lo. A prestação direta é admitida pela lei, cabendo ao ente municipal avaliar se é ou não o caso de proceder à concessão (ver art. 9º, II, da Lei n. 11.445/2007, na redação dada pela Lei n. 14.026/2020). Também é admitida pela lei a formação de convênios de cooperação, consórcios e parcerias público-privadas, além de subdelegações para a prestação dos serviços de saneamento básico (arts. 3º, II; 8º, § 1º; e 11-A da Lei n. 11.445/2007, na redação dada pela Lei n. 14.026/2020). Enfim, a legislação abre um catálogo de opções para o titular dos serviços, a

*quem cabe avaliar, dentro de suas condicionantes geográficas, climáticas, econômicas, políticas, sociais e técnicas, qual a melhor forma de prestá-los. A lei, em nenhum momento, impõe aos entes locais uma ou outra forma de prestação.*¹¹⁶

Seja qual for a modalidade de governança e as metodologias contratuais utilizadas, valendo-se de parcerias com agentes privados ou não, impende a nós não esquecermos o fim último da universalização dos serviços de saneamento básico como um valor indispensável para o exercício da cidadania. Para tanto, faz-se necessário o engajamento em favor de uma regulação independente e estruturada, com capacidade técnica para estabelecer diretrizes razoáveis e força para fazer valer suas determinações e fiscalizar de modo efetivo a atividade dos prestadores de serviço.

A ANA, no limite de suas competências, para além das diretrizes gerais (CF, art. 21, XX), estabelecerá normas de referência, ou normas de conteúdo, o que poderia representar risco de invasão de competência da União em relação aos demais entes da federação. Salvo, obviamente, se a aderência a esse novo modelo decorra de uma escolha verdadeira das entidades subnacionais.

Diante dessa dúvida, o que realmente compromete os reguladores com as normas de referência nacionais e os seus detalhes é a necessidade, em algum instante, de acessar os recursos da União para atender as suas responsabilidades. A Lei n. 9.984/2000, na sua versão mais recente, amplia as competências da União, por meio de sua autarquia de regime especial, no saneamento básico, mas a eficácia desse movimento dependerá da assimilação dessas orientações, dessas boas práticas, pelas reguladoras locais.

Ademais, é pressuposto para a evolução do setor de saneamento: (i) que a sociedade seja ouvida nos processos capazes de afetar a vida dos cidadãos; (ii) e que a administração pública e os titulares dos serviços de saneamento ajam de forma inteligente, movidos pelo interesse público. A relevância do controle social, quando se soma aos estudos de impacto regulatório, possibilitará escolhas políticas mais corretas, que realmente priorizem a universalização do serviço de saneamento básico enquanto direito transversal.

116 BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.492/DF**. Inteiro Teor do Acórdão (e-STF, doc. 41), p. 119-120.

6. Estruturação de Propostas de Investimento de Infraestrutura em Saneamento e o Modelo de Cinco Dimensões (M5D)

No Brasil, existem exemplos de utilização da metodologia utilizada pelo Reino Unido — disseminada por outros países, como Austrália e Canadá —, para a elaboração/controle de modelagens/propostas de investimentos envolvendo programas e projetos de infraestrutura de obras ou serviços. Formou-se uma convicção de que a infraestrutura é um ponto base para o desenvolvimento social e econômico de um país, tornando-se assim etapa essencial para a concretização dos direitos fundamentais. Seja infraestrutura cinza, seja verde, em especial, a política pública de saneamento básico depende de um conjunto de iniciativas, públicas e privadas, para realmente alcançar um nível de eficiência que seja coerente com os objetivos e benefícios idealizados pelo sistema legal vigentes.

A transparência, a transversalidade, o espaço para o diálogo com os múltiplos atores, a formação de consensos entre partes interessadas, a existência de um roteiro para o desenvolvimento de trabalhos técnicos que auxiliarão o gestor público nas suas tomadas de decisão sobre investimentos, são características destacadas nessa ferramenta. A necessidade do projeto ou programa e como ele poderá ser implementado (o estudo de viabilidade), são questões que precisam ser esclarecidas antes do movimento na direção do mercado, quando uma das convicções é a necessidade de atrair o capital privado para universalizar de maneira acelerada e consistente a prestação de políticas públicas relacionadas ao conceito de mínimo existencial. Não apenas o Brasil, mas diversos outros países em estágios semelhantes de desenvolvimento precisam melhorar a sua governança para atrair parceiros privados para planos de investimento com essas características e perspectivas.

O BID e a Autoridade de Infraestrutura e Projetos (IPA/Reino Unido) apoiaram desde o início essa iniciativa do Estado Brasileiro — disseminando-se agora pelos demais entes da federação —, fortalecida pela ativa participação do Tribunal de Contas da União (TCU), com uma linha de continuidade, para além das disputas políticas e da sucessão de hegemonias, o que é movimento típico para experiências democráticas. Fruto dessas aproximações surgiram materiais de estudo qualificados para a ampla divulgação

da metodologia: o Guia de Referência 5CM, denominado no Brasil como o Modelo de Cinco Dimensões (M5D). Também a Colômbia, a Indonésia, o México e o Vietnã, mas existem outros exemplos, participam deste programa, buscando agregar valor às ações do poder público voltadas à multiplicação consciente de infraestruturas no âmbito dos seus territórios.

A proposta de investimento como tal é uma ferramenta, uma plataforma, propícia para o planejamento e o desenvolvimento de programas e projetos, visto que organiza e demanda todos os estudos indispensáveis à consolidação de um produto que, ao final, será executado pelo Poder Público com suas próprias disponibilidades ou oferecido para a disputa no mercado. Para além de um relatório jurídico-institucional, efetivamente desenvolve-se aqui a estruturação de um provável investimento, público ou privado, para entregar uma política pública destacada no universo de competências do Estado. Nessa jornada, não apenas falhas documentais, mas dispersão no engajamento, podem ser elementos que dificultem o processo. Se não existem Planos Municipais de Saneamento ou Planos Municipais de Gestão Integrada de Resíduos Sólidos, toda modelagem administra um número maior de riscos ao buscar um formato, um modelo mais apurado e sustentável, de operação privada ou público-privada no setor de saneamento.

Segundo o material de estudos produzido em conjunto pelo Ministério da Economia, pelo BID e pelo IPA-UK:

*“[...] o M5D para propostas de investimento analisa um projeto a partir de cinco perspectivas (e cada uma forma uma dimensão individual), ao perguntar: O projeto é estrategicamente necessário? (Dimensão Estratégica); O projeto possui custo-benefício para a sociedade? (Dimensão Econômica); O projeto possui o modelo de contratação mais adequado? (Dimensão Comercial); O projeto poder ser custeado? (Dimensão Financeira); O projeto pode ser entregue na prática? (Dimensão Gerencial)”.*¹¹⁷

A construção do conceito de uma proposta, a definição do escopo e a convicção da sustentabilidade social, ambiental e

117 BRASIL. Ministério da Economia. Secretaria Especial de Produtividade e Competitividade. Secretaria de Desenvolvimento da Infraestrutura, Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID), Infrastructure and Projects Authority do Reino Unido (IPA-UK). **Estruturação de Propostas de Investimento em Infraestrutura: Modelo de Cinco Dimensões**. Brasília: SDI/SEPEC/Ministério da Economia, 2022, p. 4.

econômica do projeto (ou plano de negócios) envolve em cada etapa um esforço racional de comparações entre realidade e futuro, necessidades e possibilidades. Para tanto, o Reino Unido consolidou uma metodologia adequada para grandes projetos — uma das principais características do setor de saneamento —, mas que pode ser adaptada para outros desafios — as infraestruturas sociais, na saúde e na educação —, e no universo agora sob análise, para identificar o problema que o Estado quer resolver e as soluções, inclusive tecnológicas, que existem no mercado ou estão em fase de idealização ou aprimoramento — a importância das soluções de inovação voltadas para populações de alta vulnerabilidade social, somando baixo custo de operação e manutenção, além de capazes de responder por demandas descentralizadas. A rede área em regiões de difícil acesso ou a multiplicação de cisternas, a depender do caso concreto, podem ser projetos com retorno social bastante elevado, sendo indispensável estudos de viabilidade para cogitar a inclusão de parceiros privados na estruturação de projetos com essa preocupação social. Da mesma forma, a reabilitação de redes por métodos não destrutivos na instalação de redes de água e esgoto, que entre outras vantagens, protegem a estrutura do pavimento na medida em que reduzem ou até eliminam a escavação do solo, controlando os impactos sociais e ambientais.

Na instalação de redes de água e esgoto, analogamente ao método de abertura de vala, os métodos não destrutivos reduzem ou até mesmo eliminam a necessidade de escavação do solo, além de manter a integridade da estrutura do pavimento, assim como diminuir os transtornos sociais e ambientais.

Retomando, no Reino Unido, o M5D (Five Case Model – 5CM),¹¹⁸ tem ampla utilização, ou seja, políticas, projetos e programas governamentais, mesmo quando não envolverem infraestrutura, podem passar por este filtro racional de análise. Mesmo para possíveis modelagens de escopos menores, resolvidas pelos contratos de performance, é importante que se cumpra um roteiro de estudos e propostas de soluções até que se avance para a formalização da relação, na maioria das vezes, com pessoas jurídicas de direito privado. O mais comum é reduzir-se as etapas, mas sempre

118 Para apresentar os elementos de destaque deste modelo, pode-se resumir da seguinte forma: “[...] é uma estrutura conceitual e analítica para o desenvolvimento e apresentação de Proposta de Investimento, compreendendo as (cinco) dimensões estratégica, econômica, comercial, financeira e de gestão”. Ibidem, p. 203.

protegendo o objetivo principal, ou seja, aprimorar o exercício do poder discricionário criando limites técnicos e um racional que empresta credibilidade para os programas e projetos do Estado.

Projetos de impacto econômico, ambiental ou social, em diferentes escalas, podem ter sua maturidade avaliada, com o sentido de confirmar, se existe interesse público e/ou privado na sua continuidade. É o que o Estado do Rio Grande do Sul está fazendo no Programa Impulsiona RS (Decreto Estadual n. 57.168/2023), contratando pessoas jurídicas por meio de credenciamento para prestação de serviços de consultoria e assessoria técnica especializada para: “[...] suporte ao desenvolvimento e Propostas Iniciais de Investimento (de acordo com o Modelo de Cinco Dimensões – Five Case Model) de projetos de concessões e parcerias público-privadas [...]”. No caso concreto, nós (*Aloísio Zimmer Advogados Associados*) estamos trabalhando com dois projetos: Concessão para Valorização e Tratamento de Resíduos Sólidos Urbanos (Canoas/RS) e Parque Saint Hilaire (Viamão/RS), assim como existe o Projeto de Usina de Triagem, Compostagem e Beneficiamento de Resíduos Sólidos (São José do Norte/RS) que foi atribuído para a *Pezco Consultoria Editora LTDA*).

Para este livro, concentrado em apresentar o conjunto de serviços que abrangem a versão ampliada do conceito de saneamento básico no Brasil (ou saneamento ecológico), o que se busca é identificar respostas práticas e inovadoras, muitas vezes envolvendo tecnologia, para problemas, mais ou menos urgentes, que as cidades brasileiras têm apresentado ao longo de suas existências.

A intermitência no serviço de abastecimento de água, o déficit no serviço de coleta e tratamento de esgoto, a ausência de rotas tecnológicas que diminuam o volume de resíduos (e não apenas rejeitos) transportados para os aterros sanitários, o encerramento dos espaços de disposição final incorreta, além da falta de resiliência das cidades diante das mudanças climáticas e os riscos de desastres naturais, são todas pautas de urgência, que exigem respostas qualificadas dos construtores e executores dessa política pública.

A condição de equilíbrio de um ecossistema depende de sua força para suportar ações negativas sem atingir um patamar de irreversibilidade. Quando a atividade humana desequilibra os ciclos naturais, para um ponto de não retorno, passa-se a operar em um



campo de extrema incerteza sobre os desdobramentos dessa nova realidade, sendo então outro o capital natural preservado, como soma dos recursos não renováveis e a capacidade para produzir os renováveis.

Ao mesmo tempo, de maneira progressiva, existe uma pressão da própria sociedade, endereçada para o enfrentamento destes problemas, o que se justifica ainda mais a partir das mudanças mais recentes produzidas na Lei n. 11.445/2007. Quando se debate o conceito de *idades inteligentes*, a inovação e a tecnologia surgem como as primeiras respostas para os problemas enfrentados por estes coletivos, mas em qualquer circunstância é preciso esmiuçar as várias dimensões do projeto, seja de origem pública, seja privada.

As conhecidas perdas físicas e comerciais no serviço de abastecimento de água, podem se resolver com obras de infraestrutura tradicional, reparo e manutenção de rede, assim como pela entrada de tecnologia que aperfeiçoe o sistema de cobrança. Todavia, para o grupo que pode ser abrangido pela tarifa social, será preciso agregar ações inclusivas, políticas sociais, como ocorre no serviço de esgotamento sanitário, que depende muitas vezes da intervenção concreta do Estado e do seu auxílio para que todos se conectem à rede — o problema comum das redes ociosas no serviço de esgotamento sanitário.

Como regra geral, o que foi necessário destacar ao longo do trabalho, identifica-se em todos os âmbitos da federação brasileira algum nível de limitação para investimentos — na linha estabelecida pelo novo arcabouço fiscal (2023), em substituição ao regime anterior de teto de gastos. Sendo assim, a participação do capital privado para adiantar investimentos em infraestrutura parece fazer sentido, especialmente quando se compara com o estágio atual da política pública de saneamento no Brasil, com deficiências em todas as suas áreas de atuação. Seja para infraestrutura, seja para delegar a terceiros a prestação de serviços públicos, é preciso utilizar ferramentas capazes de minimizar os riscos para a sociedade, o estado e o mercado quando são formalizados contratos de longa duração. Para um esboço de modelagem, com uma lista de opções, sempre surge como estratégia útil fazer um *benchmarking*.

Para ser mais preciso, fala-se de ferramentas de gestão que melhorem a qualidade e o nível de acerto do tomador de decisão, quando interesses públicos relevantes estão envolvidos. Em um

contexto de máxima compressão fiscal, menor é o espaço para as experiências de *tentativa-erro* na elaboração e execução de políticas públicas. Pouco importando, nesse caso, o condutor da operação. Existem experiências de operação pública e operação privada que, para determinada realidade, não obtiveram desempenho suficiente.

O que se busca deixar como última mensagem é a necessidade de uma construção motivada e racional — nos escassos limites de uma discricionariedade técnica — de políticas, portfólios, programas e projetos que propiciem um aproveitamento ótimo dos recursos públicos e privados alocados para universalizar e qualificar essa modalidade de serviço público nos termos idealizados pela legislação. Bem mais tarde, durante o processo licitatório, deve-se submeter a minuta do edital e do contrato em consulta pública (Lei n. 11.079/2004, art. 10, VI).

6.1 Dimensões da Estruturação de um Projeto

Como se antecipou na introdução do tópico anterior, o M5D abrange a *dimensão estratégica*, a *dimensão econômica*, a *dimensão comercial*, a *dimensão financeira* e a *dimensão gerencial*. Desenvolvendo-se por dentro das etapas denominadas: *Proposta Inicial de Investimento*, *Proposta Intermediária de Investimento* e *Proposta Completa de investimentos*.

Com diferentes relevâncias, as referidas dimensões vão demandando respostas do modelador, pelo menos quando a metodologia é aplicada para formatar um projeto que, potencialmente, será oferecido em licitação. Seguindo todos esses passos, que são dinâmicos e vivos, busca-se uma avaliação completa de uma proposta, a dimensão dos recursos públicos e privados envolvidos preservando uma dinâmica de diálogo permanente com todas as partes interessadas.

Em outras palavras, metodologia que pode ser usada para a estruturação de projetos pelo poder público ou para testar o nível de maturidade de modelagens apresentadas em Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI) ou Manifestação de Interesse Privado (MIP), compondo uma espécie de tipo ideal de modelo de preparação de projetos a partir das melhores práticas internacionais¹¹⁹. Tanto o poder público quando estrutura uma proposta de

119 O Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI) e a Manifestação de Interesse Privado (MIP) se aproximam da figura da Proposta Não Solicitada (PNS), que

investimento, quanto o terceiro contratado, ou o privado que de-seja testar a maturidade do edital em disputa, ou ainda, os órgãos de controle, podem se utilizar desse instrumento. Não se confere apenas a aderência aos marcos legais existentes, mas a consistência técnica e financeira do plano de investimentos.

De início, para conhecimento amplo, a *dimensão estratégica* compreende a etapa que apresenta a motivação técnica de um projeto, a sua coerência com um conjunto de políticas públicas, orientações internacionais, nacionais, estaduais, locais ou setoriais; o escopo, os objetivos e os resultados esperados. Evidentemente, um projeto, imaginando-se um padrão razoável de sustentabilidade (ambiental, social e de governança), precisa dialogar com os as políticas públicas, os portfólios e os projetos, em tese, encadeadas e previamente destacadas nas leis orçamentárias.

Identifica-se aqui uma hierarquia, que começa na política pública (o ponto de partida) até chegar no projeto, este com maior grau de especificidade, ou seja, um movimento do geral para o particular. O serviço de limpeza urbana e o manejo de resíduos sólidos é um serviço público, sendo que a melhoria das condições de saneamento básico é competência comum (CF, art. 23, IX), o que torna inevitável uma ação mais ampla e coordenada de todos os entes na construção e concretização desta política.

A política pública de saneamento pode abranger a construção de ETA ou de ETE, ou soluções individualizadas como fossas sépticas, em localidades de difícil acesso ou áreas de ocupação irregular, exigindo respostas de engenharia adaptadas para realidades muito específicas. Ou, ainda, a partir do Plano Municipal de Gestão Integrada de Resíduos Sólidos ou do Plano Municipal de Gerenciamento de Resíduos Sólidos, será obrigatório conceber um *sistema integrado de manejo e gestão de resíduos sólidos*. No contexto da drenagem urbana e do manejo de águas pluviais, seja para infraestrutura cinza, seja para infraestrutura verde, também pode

é mais conhecida em outros países. A sistemática, mais utilizada nos países em desenvolvimento, evolui no Brasil lentamente, ainda com pequena taxa de conversão (dos estudos até o contrato). Na experiência sul-mato-grossense, já existem alguns exemplos positivos, como a concessão administrativa para operar o sistema de esgotamento sanitário dos 68 municípios atendidos pela Sanesul. DETONI, Eliane; GIUSEPPIN, Lucas Mendonça. A efetividade e competitividade dos procedimentos de manifestação de interesse conduzidos pelo estado de Mato Grosso do Sul. In: FAJARDO, G; COHEN, I; CARELLI, C. **INFRACAST: Concessões, Parcerias Público-Privadas e Privatizações**. Belo Horizonte: Fórum, 2022, p. 141–142.

ser estruturada a partir da metodologia M5D uma intervenção em regiões da cidade que apresentem riscos de inundações ou enchentes¹²⁰. Hoje, a própria legislação serve de base de argumento para apoiar a continuidade de projetos capazes de viabilizar investimentos para o setor. Ao justificar a necessidade de um projeto com esse escopo, é natural endereçar a motivação para as bases estipuladas pelo direito positivo, cada vez mais preocupado com o desenvolvimento de infraestrutura resiliente (Acordo de Paris, artigo 7.1), que aprimore a capacidade de adaptação do mundo, reduzindo vulnerabilidades identificadas para um contexto de mudanças climáticas.

No saneamento, a política pública, que se subdivide em acesso à água potável; coleta e tratamento de esgoto; coleta, destinação e disposição adequada dos resíduos sólidos ou drenagem urbana e manejo de águas pluviais, pode conviver com projetos menores que demonstrem custo-benefício positivo para a população, no exemplo mais comum, os hidrômetros inteligentes ou o rastreamento de resíduos da construção civil com o uso da tecnologia *blockchain*. Atualmente, um dos focos principais de atenção nacional e internacional é a sustentabilidade, o que precisa ser buscado em projetos de inovação, de uso de tecnologia e na infraestrutura. Os benefícios públicos, sejam quantitativos ou qualitativos (abertura de novos postos de trabalho), os riscos (ambientais, como não dimensionar as mudanças climáticas), as restrições e as dependências do projeto (o cruzamento com outras políticas públicas) precisam ser identificadas no âmbito da dimensão estratégica.

120 Destaca o autor, como pontos de atenção para este subsistema, que “[...] um dos maiores desafios para o manejo de águas pluviais decorre da ampliação populacional nas áreas urbanas sem o devido crescimento e desenvolvimento de infraestrutura de drenagem adequada. O desmatamento, a substituição da cobertura vegetal natural, a impermeabilização das superfícies, a ocupação de áreas de inundação, a redução dos tempos de concentração e o aumento de deflúvios superficiais refletem diretamente no processo hidrológico urbano, em todas as fases (interceptação, transpiração, infiltração, percolação etc). A diminuição da capacidade de infiltração devido principalmente ao uso da impermeabilização, tem grande influência no aumento das inundações nos meios urbanos. Assim, as cheias urbanas são um dos maiores desafios a serem enfrentados pelas cidades”. MARANHÃO, Pedro. Maior Programa Ambiental do Mundo: o Novo Marco Legal do Saneamento Básico, seus desafios e benefícios esperados. In: ZULIANI, G; DAL POZZO, A. **Saneamento Básico: Uma Lei e um Marco**. Belo Horizonte: Fórum, 2023, p. 267.

Assim, depois da *dimensão estratégica*, começa-se a avaliar a *dimensão econômica*. A modelagem de um projeto é o momento propício para a avaliação de riscos e oportunidades, e, demonstrar a relevância do empreendimento. Nessa linha, na *dimensão econômica*, analisa-se diferentes alternativas na perspectiva do custo-benefício. Daí decorrerá um ponto de partida, uma primeira escolha, a alternativa mais vantajosa — ou a modelagem mais vantajosa. Avalia-se o custo do financiamento privado a partir do comparador do setor público¹²¹, o que auxiliará na definição da melhor solução para os problemas levantados. Uma primeira lista, mais ampla, será depois substituída por uma lista mais enxuta. No final, quer-se uma decisão técnica que seja o melhor caminho quando se conhece os detalhes de um determinado contexto.

Na *dimensão comercial* confirma-se o interesse privado pelo escopo alvo dos estudos e a sua viabilidade. Também, define-se a estratégia de licitação e contratação a partir de um determinado formato. Nasce a estrutura deste contrato e a alocação dos riscos em linha de coerência com o esforço de encontrar caminhos de viabilização do projeto. Aliás, não comprovar essa viabilidade não é argumento decisivo para o projeto ser abandonado, visto que existe a possibilidade de redimensionamento do escopo original, assim como, diante do valor público que ele representa, pode-se decidir por uma política de subsídios (o exemplo da concessão patrocinada ou do subsídio cruzado).

A decisão de governo, ou a convicção de ser algo de interesse do Estado em nome de uma coletividade (CF, art. 182 e Lei n. 10.257/2001), pode determinar que se identifique, mas se supere logo depois, eventual *lacuna de viabilidade*.

121 Segundo este trabalho, usado como referência pelo Governo Federal e Tribunal de Contas da União, entre outros, o conceito de comparador do setor público significa “[...] um modelo de custo que mostra quanto o projeto deve custar ao longo de toda a sua vida (incluindo a sua fase operacional, custos e manutenção e serviço) se feito como um projeto tradicionalmente financiado pelo setor público. Isso serve como um comparador contra o qual outras opções de projeto podem ser medidas”. Em outras palavras, será o projeto de referência para medir vantagens e desvantagens das opções listadas no plano inicial de investimentos. BRASIL. Ministério da Economia. Secretaria Especial de Produtividade e Competitividade. Secretaria de Desenvolvimento da Infraestrutura, Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID), Infrastructure and Projects Authority do Reino Unido (IPA-UK). **Estruturação de Propostas de Investimento em Infraestrutura: Modelo de Cinco Dimensões**. Brasília: SDI/SEPEC/Ministério da Economia, 2022, p. 201.

No caso do serviço de abastecimento de água potável e esgotamento sanitário, faz tempo, utiliza-se o *subsídio cruzado* entre cidades submetidas ao mesmo operador. Também, a *tarifa social* tem a sua presença assegurada, mesmo nas concessões licitadas mais recentemente. No caso do serviço de limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos, há muito tempo, as taxas cobradas pelos municípios, quando existentes, não protegem a sustentabilidade de projetos dessa dimensão.

O *Novo Marco* tenta mudar essa realidade, sem prescindir, da tarifa social. Portanto, na *dimensão comercial*, na busca pelo modelo de contratação mais ajustado, pode-se ponderar, por exemplo, se a concessão comum ou a concessão patrocinada é a escolha mais acertada para o sucesso do plano. No caso do serviço de limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos, para implantar concessão comum ou patrocinada, será preciso extinguir as taxas (uma espécie tributária) e transitar para a cobrança de tarifas depois de processo de licitação. No caso de operadoras que oferecem o serviço de abastecimento de água potável e esgotamento sanitário, pode mostrar-se muito eficiente utilizar possibilidades de cofaturamento, assim como admitir-se uma aproximação com o setor elétrico. No Brasil, a legislação voltada para o serviço de saneamento opta pela concessão, mas a regulamentação federal cria um espaço para contratos tradicionais, o que pode também oferecer para as concessionárias oportunidade de encarar os contratos como *plataformas de serviços*, permitindo sem novas disputas incorporar os demais subsistemas que compõem esta política.

Logo, na *dimensão comercial* decide-se pelo contrato administrativo típico ou atípico, ou seja, a concessão comum ou PPP, o termo de fomento ou de colaboração, e, até mesmo, a possibilidade de utilização dos contratos de performance.

Na *dimensão financeira*, como ideia geral, confirma-se a existência de recursos públicos para suportar *Capex*, *Opex* e os riscos decorrentes do projeto. Para contratos administrativos tradicionais, o poder público antecipa os recursos (Lei n. 14.133/2021); nas concessões comuns, os usuários assumem a responsabilidade de garantir a sustentabilidade da relação, enquanto nas PPPs (Lei n. 11.079/2004), o investidor privado normalmente se obriga a antecipar o investimento, reconhecendo-se que existem diferenças entre a concessão administrativa e a patrocinada (Lei n. 11.079/2004, art. 2º).

Por último, na *dimensão gerencial* dá-se conhecimento da equipe responsável por concretizar o projeto e o plano de execução. Abrange, também, o engajamento das partes interessadas, gestão de riscos e benefícios. Assim, esclarece-se como o projeto será efetivamente entregue diante de um plano realista.

A comprovação de que o projeto é necessário, o custo-benefício que favorece a sociedade diante de outras opções, a análise comparativa que apresenta o melhor formato de contratação, demonstrando que é sustentável no aspecto social, técnico e financeiro, surgem como razões suficientes para perseguir-se a ideia de concretizar o que, na origem, era apenas uma ideia, uma proposta de governo ou vontade geral manifestada pela população. Por óbvio, a decisão de prosseguimento também poderá ser submetida ao escrutínio dos órgãos de controle, como os Tribunais de Contas.¹²² Seja buscando soluções inovadoras, novas tecnologias, seja buscando infraestrutura, a prioridade é tornar as cidades mais inteligentes, resilientes e inclusivas diante de tantos desafios que cotidianamente são impostos para as populações locais, em especial, nas comunidades de periferia. A política de saneamento, assim como saúde, são pontos de atenção para o gestor público que precisa esclarecer as suas prioridades e a sua capacidade de fazer entregas consequentes para a população.

Avançando no estudo dessa metodologia, é importante lembrar que para cumprir-se o percurso das cinco dimensões propostas, os estudos são escalonados em três momentos diferentes: a *proposta inicial de investimento*, a *proposta intermediária de investimento* e a *proposta final (ou completa) de investimento*.

Na proposta inicial, claramente, o objetivo é esmiuçar detalhadamente as *dimensões estratégica e econômica*, ainda que já se discuta, em bases iniciais, como o projeto será contratado, custeado e administrado — o centro de interesse das demais etapas do processo.

Por sua vez, a *proposta intermediária* prioriza as *dimensões econômica, comercial, financeira e gerencial*, avançando em alguns aspectos não abordados na proposta inicial de investimento. Começa-se a identificar o convencimento de atores relevantes para a continuidade do plano. Por último, a *versão/proposta completa* tem

122 No caso específico, o controle obrigatório nos processos de desestatização. TCU, Instrução Normativa (IN) n. 81/2018.

como elementos centrais a licitação, quando houver, e a formalização do vínculo obrigacional¹²³.

Diga-se de passagem, também programas, mais abrangentes, podem ser construídos a partir do emprego desta metodologia, e não apenas os projetos, mesmo que a sua abordagem trabalhe com um conteúdo mais específico. No final das contas, o que se quer, pelo menos, é agregar qualidade aos planos e assim incentivar o investimento do setor privado em políticas públicas que não estão em conformidade com os marcos legais existentes.

6.2 Proposta Inicial de Investimentos

A proposta inicial de investimento¹²⁴, como se disse antes, na *dimensão estratégica*, compreende a descrição do projeto, do contexto e dos seus objetivos (*smart*), todos coerentes com referências internacionais — os Objetivos para o Desenvolvimento do Milênio; os Objetivos para o Desenvolvimento Sustentável; e as Contribuições Nacionalmente Determinadas (NDC) decorrentes do Acordo de Paris —, nacionais e locais — inclusive leis orçamentárias —, que indicam o ponto de chegada para as políticas públicas mais relevantes.

No caso específico do setor de saneamento no Brasil existe uma distância entre o estado atual e as metas estabelecidas em lei, o que justifica uma mudança de caminho. Universalizar o abastecimento de água e o serviço de esgotamento sanitário, a partir dos incentivos do Novo Marco, pode tornar-se algo possível quando realmente se estabelecer uma relação de confiança e cooperação técnica entre o mundo público e o privado. Da mesma maneira, no patamar exigido pela legislação, deve-se evoluir no serviço de limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos, ou na drenagem urbana e manejo de águas pluviais.

123 BRASIL. Ministério da Economia. Secretaria Especial de Produtividade e Competitividade. Secretaria de Desenvolvimento da Infraestrutura, Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID), Infrastructure and Projects Authority do Reino Unido (IPA-UK). **Estruturação de Propostas de Investimento em Infraestrutura: Modelo de Cinco Dimensões**. Brasília: SDI/SEPEC/Ministério da Economia, 2022, p. 9.

124 Resumidamente pode-se dizer que a proposta inicial de investimentos “[...] é a primeira fase no desenvolvimento da Proposta de Investimento de um projeto. Ele se concentra principalmente nas Dimensões Estratégicas e Econômicas, estabelecendo a ‘necessidade estratégica’ para o projeto e uma lista de opções. Também são desenvolvidas primeiras análises sobre os custos, benefícios e riscos, que serão detalhadas na próxima fase da Proposta de Investimento”. *Ibidem*, p. 204.



Os objetivos — que podem ser as metas legais —, os resultados, o escopo inicial, os benefícios esperados dentro de uma perspectiva de ganhos transversais, os riscos que precisam ser controlados e a identificação de eventuais dependências para a entrega efetiva do projeto compõem esse conjunto. No caso, no movimento de regionalização via consórcio, os municípios devem estruturar grandes concessões concentrando tarefas, reunindo coleta, transbordo, transporte e destinação/disposição ambientalmente adequada dos resíduos. Contudo, precisarão viabilizar aterros sanitários, para a substituição dos lixões, introduzindo gradativamente novas rotas tecnológicas, o que indica que a Lei Federal n. 12.305/2010 é a referência, mas respeitando o tempo necessário para uma transição sustentável diante de tantas complexidades. Importante lembrar que lixões precisam ser fechados, mas o seu encerramento, por óbvio, sempre dependerá de um longo período de acompanhamento, gestão e responsabilização de suas prováveis consequências.

Projetos de reciclagem, beneficiamento de chorume, recuperação energética e exploração do biogás, dentre tantas outras possibilidades, no que compreende o serviço de limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos, são possibilidades que precisam ser testadas por ferramentas como o M5D, dentre outras exigências, avaliar a relação custo-benefício. No curto prazo, para encerrar os lixões é preciso tolerar que os aterros sanitários sejam protegidos, mesmo no seu formato atual, na estratégia mais simples de enterrear resíduos e rejeitos. Pensar o aterro como realmente a última alternativa, depois de conjugados todos os verbos da denominada *hierarquia dos resíduos*, exige uma modelagem que compreenda o processo como uma transição (o reaproveitamento dos resíduos no Brasil ainda está em patamares muito baixos), que no Brasil ainda está nos seus momentos e exemplos iniciais.

Um aspecto fundamental, de transparência e aperfeiçoamento do processo de elaboração de projetos é a realização de *workshops* com as partes interessadas para eventuais adequações do escopo, dos objetivos e cadeia de resultados (o detalhamento do retorno socioeconômico) projetados inicialmente. O sentido principal da preocupação com a dimensão estratégica de qualquer projeto é alinhá-lo com as políticas de estado e de governo, listadas nas leis orçamentárias e integradas em carteiras de projetos ou planos

governamentais que sinalizam concretamente o universo de prioridades.

Por isso a importância de um projeto que tenha o design correto, sustentável desde o início, em sintonia com os conceitos de bioeconomia, de ecoeficiência, de descarbonização de processos e dos limites ecológicos para o crescimento econômico de um país — em poucas palavras, um novo sistema produtivo e de consumo, o que fica mais evidenciado quando o foco é o serviço de saneamento básico. A busca por eficiência energética, a utilização de rotas tecnológicas para recuperação de energia de resíduos sólidos, todas essas iniciativas estariam justificadas como relevantes no Brasil diante do *Novo Marco Legal do Saneamento*. Tecnologias que integrem compostagem, reciclagem, aproveitamento de metano dos aterros, exemplos de ações de adaptação em sintonia com esforço para a redução de emissões, em linha de coerência com a NR ANA n. 07/2024.

A dimensão estratégica comprova a necessidade de transformação de um projeto determinado em ação governamental concreta, o que mais se fortalece quando é possível comprovar a fragilidade da infraestrutura ou dos serviços oferecidos aos usuários — justamente o retrato atual do serviço de saneamento básico no Brasil. Se o que existe é insuficiente, ou sequer foi implementado, cria-se o espaço para a evolução de um projeto que ofereça alternativas para uma demanda existente, na certeza de que é obrigatório reduzir o déficit prestacional do Estado.

Uma análise social e a avaliação dos riscos ambientais (a sustentabilidade do processo produtivo e/ou dos materiais utilizados) incorporam-se a essa instrução detalhada para formar a convicção da importância do projeto; especialmente porque a *dimensão estratégica* precisa ser concluída na proposta inicial de investimento, situação diversa das *dimensões econômica, comercial, financeira e gerencial*, que amadurecem durante as etapas seguintes, ou seja, a intermediária e a final (ou completa) da proposta de investimentos.

Importante destacar que a *proposta inicial de investimento* na *dimensão estratégica* tem a responsabilidade de construir a justificativa, o racional do projeto, o que pode ser decisivo para viabilizar o acesso aos investimentos e financiamentos para que essa convicção avance. Explicitar os objetivos e sua relação com os resultados

esperados, por isso privilegia-se o *método smart*,¹²⁵ visto que essas listas precisam contemplar itens específicos, mensuráveis, alcançáveis, realistas e oportunos. Na verdade, esta é uma parte relevante da narrativa de apoio ao projeto, mostrando que existe uma proposta concreta que conhece o ponto de partida e o ponto ótimo de chegada. Por isso, é preciso uma fotografia (ou diagnóstico) do estado da arte dos contratos e níveis de serviço existentes, caso não se esteja pensando em novas frentes de entrega para a população envolvendo desdobramentos não explorados de uma determinada política pública.

Para desenvolver os objetivos de um projeto dentro da dimensão estratégica é indispensável provocar a participação das partes interessadas¹²⁶, para então identificar esse tipo ideal contemplando as razões principais para o investimento público. Os objetivos precisam seguir um padrão parecido com a metodologia *smart*, combinando, assim, as primeiras intenções, sinalização de metas, a motivação baseada em diretrizes nacionais, regionais ou locais. No caso de modelagem que abranja o setor de abastecimento de água, coleta e tratamento de esgoto, pode-se, por exemplo, combinar: a) o objetivo de universalizar o serviço, com percentuais de evolução medidos até o ano de 2033, justificados pelo Plansab e as políticas regionais e locais reveladas em diferentes documentos; b) reduzir a poluição, com a extinção progressiva dos lixões em percentuais que apontem para a data limite de 2024, também trazendo como referência o Planares e as políticas regionais e locais¹²⁷.

125 Seguindo o modelo do Reino Unido com as necessárias adaptações, considera-se que os “[...] objetivos são os resultados visados para um projeto, que refletem a sua lógica geral e que devem ser SMART (Específico, Mensurável, Atingível, Relevante, Temporizável, do inglês Specific, Measurable, Attainable, Relevant e Time Bound) para fins de avaliação – às vezes também chamados de Objetivos do Projeto, Objetivos de Investimento ou Objetivos de Despesas”. Ibidem, p. 203.

126 Nesse caso, “[...] os workshops são uma forma eficaz de gerar ideias, construir entendimento, consenso e comprometimento, e evitar situações em que recursos são investidos no desenvolvimento de um projeto que é cancelado em um estágio posterior”. Ibidem, p. 37.

127 Para o Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente, até 2025, as cidades gerarão 2,2 bilhões de resíduos anualmente, sendo parte desses resíduos alimentos que ainda são destinados para lixões ou aterros sanitários, para depois se transformarem em fontes de emissões de metano. Quando não se utiliza da rota tecnológica oferecida pela compostagem perde-se a oportunidade de produzir adubo ou bioenergia, e assim, reduzir as emissões de gases de efeito estufa e os riscos de uma catástrofe climática.

Pode-se, aqui, fazer uma comparação com o papel a ser desempenhado pelos Planos Municipais de Saneamento e os Planos Municipais de Gestão Integrada de Resíduos Sólidos (Lei Federal n. 12.305/2010, art. 19), quando a construção do diagnóstico faz uma fotografia do sistema nos aspectos técnicos, legais e econômicos; o prognóstico antecipa o provável crescimento populacional e geração de resíduos para 20 anos; o que depois será complementado pelas diretrizes, metas e ações pensadas para o eficiente funcionamento do serviço. Obviamente, seguindo o Plano Nacional de Resíduos Sólidos, toda a política deve ser estruturada para obedecer a denominada *hierarquia dos resíduos*, ou seja, a não geração, a redução, a reutilização, a reciclagem, o tratamento e a disposição final ambientalmente adequada.

Qualquer modelagem que abranja o serviço de limpeza urbana e o manejo de resíduos sólidos precisará, para aproximar-se das regras setoriais estabelecidas, de economia de escala, ou seja, trabalhando com regionalização, concentração de tarefas e equilíbrio econômico-financeiro da operação, seja pública, público-privada, seja privada. Os Planos Municipais, para qualquer das diferentes áreas do serviço público de saneamento, precisam ter uma densidade de informações e respostas que, se necessário, subsidiem estudos de pré-viabilidade ou modelagens que poderão surgir depois. É, inclusive, o que se depreende da leitura do art. 11, da Lei n. 11.445/2007, incisos I, II, V, § 1º, visto que os contratos que tenham por objeto a prestação de serviço público de saneamento exigem Plano de Saneamento Básico, estudos de viabilidade, metas e cronogramas de universalização, entre outras condicionantes para que se reconheça a sua validade (art. 11 da Lei Federal n. 11.445/2007).

A clareza em relação ao que existe (o diagnóstico) permite um esclarecimento melhor sobre a relevância dos objetivos, resultados e externalidades positivas e negativas, que perpassam um determinado projeto. Se o foco é universalizar o serviço de coleta e tratamento de esgoto, ou ampliar o índice de resíduos sólidos urbanos reutilizados ou reciclados, a informação que existe a respeito do estado atual desses serviços, e ato contínuo, a comparação com o que é cogitado de resultado em um novo projeto, torna-se um pressuposto para avaliar-se a importância de dar continuidade ao debate interno e externo que resultará no conteúdo final de uma futura modelagem e sua contratação.

A relação entre objetivos, dentro da metodologia *smart*, e resultados, também precisa vir acompanhada de um inventário preliminar de riscos, assim como os benefícios esperados com ênfase para questões ambientais e sociais¹²⁸.

Deve-se ressaltar que o *Novo Marco* estabeleceu um roteiro incongruente de datas, de compromissos de entrega, na medida em que a assinatura dos aditivos nos contratos de programa trabalhava com uma pressão de prazo incompatível com a atualização dos planos municipais. Mais complexo ainda, quando esses contratos de programa são transformados em contratos de concessão — nas desestatizações — e os municípios, ou arranjos coletivos, ainda precisam reconstruir os seus planos relacionados ao tema geral do serviço público de saneamento. Com Planos Municipais desatualizados, os municípios precisaram definir o texto final dos seus aditivos em contratos de programas vigentes. No momento seguinte, muito embora sigam válidas as operações, inclusive para concessões licitadas, continua pendente e urgente completar essa atualização, em ciclos que vão se repetir outras vezes até o esgotamento desses contratos.

Quando existirem, indispensável discriminar as *restrições* e *dependências* para a concretização do projeto, como a construção de acesso asfáltico para aterros sanitários ou fontes geradoras de energia capazes suprir as necessidades de ETAs ou ETEs. Por tudo isso, reafirma-se, as *dimensões estratégica e econômica* são privilegiadas, cobram maior tempo de estudos e maturação para

128 Sem dúvida alguma, “[...] uma análise ambiental e social de alto nível deve ser planejada para confirmar que todo o espectro de impactos ambientais e sociais (positivos e negativos) foi considerado. Uma análise social deve determinar o contexto social dentro do qual o projeto será elaborado e entregue (por exemplo, legislação ou política relevante, identificação de usuários de serviços, identificação de grupos vulneráveis e/ou marginalizados etc.). A área de influência do projeto deve ser determinada – esta não é a apenas a área de ocupação direta do projeto e das instalações, mas também o uso da terra circundante e os padrões de subsistência dos homens, mulheres e jovens vizinhos do projeto. Da mesma forma, uma avaliação de riscos ambientais deve ser definida. Isso deve identificar potenciais impactos negativos sobre a biodiversidade circundante, contribuição para as mudanças climáticas ou modelo do projeto que não segue as melhores práticas, por exemplo, no que diz respeito à sustentabilidade dos processos produtivos ou materiais utilizados”. BRASIL. Ministério da Economia. Secretaria Especial de Produtividade e Competitividade. Secretaria de Desenvolvimento da Infraestrutura, Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID), Infrastructure and Projects Authority do Reino Unido (IPA-UK). **Estruturação de Propostas de Investimento em Infraestrutura: Modelo de Cinco Dimensões**. Brasília: SDI/SEPEC/Ministério da Economia, 2022, p. 36.

almejem as autorizações e aprovações que envolvem um controle de qualidade do projeto¹²⁹ e pressupostos para a fase seguinte: a *proposta intermediária de investimento*.

Ainda durante a elaboração da proposta inicial de investimento, na *dimensão econômica* é o momento apropriado para confrontar as opções existentes de contratação. Uma lista de opções é apresentada e ela precisa ser testada diante das hipóteses apresentadas. Nesta fase, na dimensão econômica, durante a confecção da proposta inicial de investimentos, avalia-se os *Fatores Críticos de Sucesso*¹³⁰, aplica-se a denominada *Estrutura de Opções* — montada a partir de categorias analíticas, como o tempo de implementação — e a Avaliação de Impacto Ambiental e Social (AIAS). Avaliar custo-benefício — Guia ACB e o processo de análise distributiva¹³¹ — e os riscos mais evidentes, diante do resultado, pode ser argumento decisivo para eventual descontinuidade do projeto.

O processo começa com uma lista ampla de opções, que depois torna-se mais restrita, até chegar na denominada *opção mais vantajosa*, filtrada depois de análises multidisciplinares, por exemplo: a *Análise Socioeconômica de Custo-Benefício* (ACB) de Projetos de Investimento em Infraestrutura com o complemento do seu Catálogo de Parâmetros — compreendendo a *taxa social de desconto*, *preços sombra e fatores de conversão*¹³², *fator de conversão de mão de*

129 Também chamada de Abordagem de Gateway, ou seja, “[...] é a forma de desenhar processos em que um projeto passa por “portões” ou pontos de revisão de qualidade antes de ser apresentado para aprovação do órgão competente. Cada “portão” requer que a equipe de controle de qualidade desenvolva um relatório de avaliação do projeto e da sua Proposta de Investimento”. Ibidem, p. 199.

130 Em síntese, os fatores críticos de sucesso “[...] são os objetivos de alta prioridade de um projeto, em relação aos quais o sucesso do projeto pode ser avaliado”. Ibidem, p. 202.

131 No que envolve o conceito de Análise Custo-Benefício, o mesmo trabalho define como “[...] tipo de análise socioeconômica utilizada para comparar diferentes opções em um projeto e os seus efeitos sobre o bem-estar social, quantificando tantos custos e benefícios quanto possível, incluindo custos/benefícios para os quais não há medidas satisfatórias de valor econômico”. Como decorrência da Análise de Custo-Benefício pode-se ainda produzir a Análise de Sensibilidade (alteração de variáveis e avaliação dos impactos), sendo um dado importante para o tomador de decisão ter a convicção de que faz sentido a continuidade do projeto. Aliás, é também o papel exercido pela AIAS. Ibidem, p. 199.

132 Segundo o Catálogo de Parâmetros do IPEA, o conceito de preços sombra e fatores de conversão, pode mostrar-se relevante no seguinte contexto: “[...] na análise socioeconômica de custo-benefício, as distorções do mercado, refletidas nos preços, devem ser corrigidas. Portanto, nessas análises, devem ser utilizados preços sociais ao invés de preços de mercado. A transformação de preços de

*obra, fatores de conversão setoriais, fator de conversão padrão, fator de conversão da taxa cambial, valor da vida estatística e fator de conversão do gasto público.*¹³³

No caso da infraestrutura cinza, com obras de grande porte, a durabilidade e a segurança das obras é um ponto a ser destacado. Logo, ter certeza nessa escolha, podendo ser concreto armado, concreto protendido, uma combinação de concreto e aço, depende de uma instrução técnica que estará incorporada aos estudos gerais da modelagem, com repercussões na análise de *value for money*. Se o privado for responsável pela obra e por sua operação, e sua receita se modificar a partir da entrega, serão muitos os incentivos para um resultado eficiente. Quando a alocação de riscos é detalhada e razoável, tem-se maior segurança em todo o processo. Quando certas questões não estão claras o suficiente, existem remédios que podem ser acionados nas audiências públicas, nas consultas públicas, nas impugnações e nos esclarecimentos durante o processo licitatório.

Pode-se, inclusive, no formato escolhido, transferir essa responsabilidade para o operador privado, até mesmo a manutenção do ativo, com os devidos esclarecimentos na alocação de riscos. Ademais, insiste-se, durante o processo licitatório, diante de flagrantes equívocos, pode-se sempre tentar reequilibrar essa divisão inicial de responsabilidades.

Novamente, no fechamento, em *workshops*, retoma-se a discussão com as partes interessadas para amadurecer o conhecimento a respeito das opções de contratação e implementação do projeto. A experiências dos *players*, de prováveis fornecedores, os

mercado em preços sociais, em geral, pode ser realizada de duas maneiras: i) pela aplicação dos fatores de conversão (FC) que fazem parte desta Catálogo de Parâmetros; ou ii) pela eliminação dos tributos incidentes (ex. ICMS, IPI, II, etc), subsídios ou transferências diretamente do valor dos insumos, da mão de obra, bens e serviços, discriminados no fluxo de caixa, quando a informação estiver disponível e discriminada no orçamento do empreendimento. [...] Os fatores de conversão são definidos como o quociente entre os preços sociais e de mercado e representam o coeficiente pelo qual os preços de mercado devem ser multiplicados para obtenção dos preços sociais. Assim, temos a relação entre preço social, fator de conversão e preço de mercado dada por: preço social = fator de conversão x preço de mercado". BRASIL. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), Ministério da Economia, Secretaria Especial de Produtividade e Competitividade, Secretaria de Desenvolvimento da Infraestrutura. Catálogo de Parâmetros – **Anexo do Guia Geral de Análise Socioeconômica de Custo-Benefício de Projetos de Investimento em Infraestrutura**, Brasília-DF, Versão 1, julho de 2022, p. 4.

133 Ibidem.

levantamentos dos custos reais de pesquisa e implementação, a convicção de que o problema levantado pelo Estado (ou demandado pela sociedade) se resolve com um produto existente no mercado. Note-se a importância desta fase, e do diálogo construtivo com as partes interessadas, visto que o Estado tem ferramentas para identificar primeiro a necessidade de uma população, mas pode projetar de maneira equivocada ou superficial a solução. Por isso, para encontrar a melhor alternativa disponível, na estruturação de um projeto, não é facultativo a interação com as partes interessadas.

Por certo, na *dimensão econômica*, o conhecimento dos *fatores críticos para o sucesso* (os riscos de demanda ou o tempo de entrega) do projeto é utilizado para o filtro das primeiras opções que integram a lista a ser depois testada. A situação atual (*business as usual*)¹³⁴ e as opções iniciais, que depois de uma minuciosa avaliação (análise de impacto ambiental e social) pode concluir por uma possível lista mais restrita até formar-se convicção pela proposta mais vantajosa. No mínimo, na *dimensão econômica* da *proposta inicial*, precisa-se conhecer o conjunto de estudos que serão desencadeados para instrumentalizar a formação da lista de opções até a definição da possibilidade que melhor atende o interesse público em sentido estrito — inclusive, como se destacou antes, a estimativa de viabilidade socioeconômica.

Na sequência, em linha semelhante ao modelo construído pelo Reino Unido — Guia de Referência *Five Case Model*, elaborado pelo BID e IPA-UK —, os estudos envolvendo a *dimensão comercial*, se debruçam sobre as possibilidades de contratação em sintonia com os interesses do mercado — o que não deve ser mal interpretado ou mal utilizado. Diante das alternativas contratuais existentes, ou seja, contratos administrativos, termos de fomento, termos de colaboração, convênio, contratos de concessão comum, patrocinada ou administrativa ou Contrato Público de Solução Inovadora

134 O cenário business as usual, ou situação atual “[...] é, entre as opções de um projeto, aquela que prevê a continuação do modelo existente de prestação de serviços públicos. Isso, fornece uma referência para comparar outras opções. Às vezes, isso é conhecido como a opção “não fazer nada”. BRASIL. Ministério da Economia. Secretaria Especial de Produtividade e Competitividade. Secretaria de Desenvolvimento da Infraestrutura, Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID), Infrastructure and Projects Authority do Reino Unido (IPA-UK). **Estruturação de Propostas de Investimento em Infraestrutura: Modelo de Cinco Dimensões.** Brasília: SDI/SEPEC/Ministério da Economia, 2022, p. 201.

(CPSI), apenas para exemplificar, é na *dimensão comercial* que fica estabelecido o racional deste debate.

Na medida em que a opção mais vantajosa começa a se consolidar, no âmbito da *dimensão comercial* surgem as primeiras regras contratuais que irão mediar a relação entre o Poder Público e a iniciativa privada. Consolida-se a melhor forma de contratação para as opções que estão sendo testadas, dentro da perspectiva de garantir a entrega do projetado. Dentro dessas definições, permanece a preocupação com a preservação dos princípios da transparência e da competitividade, dentro outros igualmente relevantes, para que se concretiza a melhor entrega possível para o Estado e a sociedade.

Por sua vez, na *dimensão financeira*, são os custos — inclusive derivados dos riscos ambientais e sociais — e o custeio o aspecto central da análise. O *Capex*, o *Opex*, a capacidade de custeio, com recursos orçamentários ou tarifários, e de financiamento da proposta, seja com instrumentos públicos, seja com privados. Quer-se, também, comprovar e garantir a *bancabilidade*¹³⁵ do projeto.

Projetos que dialogam com o tema da sustentabilidade, o que já se disse outras vezes, encontram no mercado um ambiente favorável, mesmo para operações que demandam aportes expressivos. Essa análise, que é preliminar na fase da *Proposta Inicial de Investimento* torna-se elemento importante para a definição do escopo de contratação. Não se pode ampliar um objeto a ponto de desequilibrar de maneira muito acentuada a relação custo e receitas, visto que dificultaria a atração de parceiros privados com capacidade de financiamento, salvo o Estado sinalizando interesses em responder por eventuais lacunas de viabilidade.

O nível de aderência do mercado para um projeto que consiga aproximar custo e receita é ponto que precisa ser considerado nessa interação entre *dimensão estratégica*, *dimensão econômica* e *dimensão financeira*, especialmente quando for momento de transitar da *Proposta Inicial de Investimento* para a *Proposta Intermediária*.

No fim, a *dimensão gerencial*, identifica a equipe (inclusive consultores) que acompanhará o projeto, além dos planos de

135 Segundo o material de orientação produzido pelos órgãos do governo federal em conjunto com entidades internacionais o termo bancabilidade significa: “[...] que o projeto tem garantia (colateral), fluxo de caixa futuro suficientes e alta probabilidade de sucesso para ser aceita pelos fornecedores de empréstimos para fins de financiamento do projeto”. Ibidem, p. 200.

controle de qualidade e aprovações, questões importantes na *Rota de Desenvolvimento do Projeto*.

A presença de marcos procedimentais para as autorizações ou controles de qualidade em relação ao projeto permitem mudanças de direção ou aperfeiçoamentos em relação aos conceitos iniciais. Nesta construção dialógica, tenta-se criar obstáculos técnicos e independentes ao denominado *viés de otimismo*¹³⁶, que é característico em projetos marcados por interesses políticos e pressões da população interessada.

Desde o início, é importante identificar as partes interessadas, ações de engajamento e preparação para as mudanças — pois podem ser impactantes as repercussões para o ambiente interno e externo da Administração Pública. A identificação, posterior confirmação dos benefícios públicos e a gestão de riscos, da mesma forma, precisam estar organizadas em planos de governança e controle. Somente com as aprovações, de órgãos e autoridades, pode-se levar o projeto para a fase seguinte, no caso, *a proposta intermediária de investimento*.

Demonstrar a importância do projeto tornar-se um fato da realidade, a delimitação de uma lista de opções, a sinalização dos recursos necessários e disponíveis para pensar-se o projeto como um dever-ser, é tudo o que se precisa consolidar para a proposta inicial legitimar-se como proposta intermediária de investimento.

6.3 Proposta Intermediária de Investimento

Neste momento, atingiu-se um certo grau de maturidade nas análises relacionadas a denominada *dimensão estratégica*, o que limita bastante eventuais rediscussões, salvo quando muito bem fundamentadas. Mudanças legislativas que repercutam direta ou indiretamente no escopo do projeto ou mesmo uma transição recente de governos — seja no âmbito nacional, estadual, seja local —, podem provocar readequações das motivações técnicas do projeto, no seu escopo ou diminuição do seu nível de prioridade se comparado com a situação anterior.

136 De maneira simples a adaptação realizada pelo Governo Brasileiro do modelo utilizado no Reino Unido apresenta o conceito de viés de otimismo como postura/ estratégia capaz de: “[...] fazer com que o valor dos benefícios seja superestimado ou os custos sejam subestimados [...]”, produzindo assim uma fragilidade no racional que sustentou o conjunto de aprovação de um determinado projeto. Ibidem, p. 120.

O papel da proposta de investimento, suas diferentes etapas e dimensões, é demonstrar a conveniência e a oportunidade do formato de licitação e contratação escolhidos depois de estudos, comparações e interações com o mercado e demais partes interessadas, protegendo-se o interesse público quando se concentra todos os esforços para encontrar a opção mais correta.

A ordem de prioridades que se estabelece em relação aos recursos que serão distribuídos para as políticas obrigatórias podem ser modificadas quando se instala uma nova hegemonia política, propondo a rediscussão da presença maior ou menor do Estado na formulação e na operação direta dos serviços. A retomada das prioridades não apenas decorre de diferentes visões ideológicas a respeito do papel do Estado, mas objetiva liberar recursos em algumas áreas para concentrar em outras.

Desde a *proposta inicial de investimento*, é preciso firmar a convicção da necessidade estratégica do projeto. Com a aprovação para a etapa seguinte, a *proposta intermediária de investimento*¹³⁷, o contexto, os objetivos, os resultados esperados, o escopo, os benefícios prováveis e os riscos subjacentes devem estar mapeados e contingenciados.

A vontade do Poder Executivo de transformar determinado projeto em algo prioritário, depende do convencimento dos atores que integram a formação do orçamento público — o que pode ser justificado como necessidade verdadeira se integrar a mesma narrativa que começa pela política pública, pelo portfólio e fica abrigado por um programa. O M5D, de maneira progressiva e dinâmica acompanha a jornada de um projeto, e são as autorizações, os filtros de qualidade, os workshops, as motivações técnicas e o amplo engajamento das partes interessadas que poderá encorpar essa primeira ideia.

Como se destacou outras vezes, na *proposta inicial*, a *dimensão estratégica* precisa estar concluída, o que não permite a visão de que a rota de desenvolvimento dessas propostas seja estática.

137 Por sua vez, a proposta intermediária de investimento representa “[...] a segunda fase, e a mais substancial, do desenvolvimento de uma Proposta de Investimento envolvida em um projeto. Tem como foco as Dimensões Econômica, Comercial, Financeira e Gerencial, avaliando uma lista de opções por meio de Análise de Custo-Benefício para determinar uma ‘opção mais vantajosa’, considerando a capacidade de pagamento do setor público e a viabilidade comercial da ‘opção mais vantajosa’, assim como identificando as estimativas de recursos, premissas e arranjos gerenciais necessários para o projeto”. Ibidem, p. 204.

A atualização, a reconsideração ou a reconfirmação da *proposta inicial* vai depender de uma relativa estabilidade, por exemplo, no ambiente político e jurídico que se relaciona com o escopo pretendido, objetivos e resultados almejados.

De qualquer maneira, no contexto da *dimensão econômica*, a *proposta intermediária de investimentos* deve verticalizar o processo de seleção das opções previamente identificadas.

E é agora o momento para definir a opção aparentemente mais vantajosa para um teste final de custo-benefício (Guia ACB, 2021)¹³⁸, e mais precisamente, a relação custo-benefício¹³⁹ e os *cálculos do valor presente líquido* (VPL). A ressalva aqui é lembrar que não existe fórmula única, um trilha que não varia, diante de especificidades observadas em um exemplo concreto, sob o escrutínio dessa metodologia (M5D).

Percorrendo a lista de opções, existem, para as hipóteses apresentadas, um inventário possível de riscos e benefícios, daí a importância de uma avaliação. Da avaliação destas opções, a partir de um conjunto de critérios anteriormente estabelecidos, mira-se a proposta mais vantajosa.

Existe uma lista prévia de opções (lista longa) desde a *proposta inicial de investimento*, mas ela será confrontada e reduzida até que se transite de uma lista reduzida/curta para a alternativa prioritária. Aqui, insiste-se, analisa-se o custo-benefício aplicando-se o

138 Como desdobramento desses estudos, nasceu o Guia Geral de Análise Socioeconômica de Custo-Benefício de Projetos de Investimento em Infraestrutura. Para compreender melhor a sua funcionalidade “[...] o Guia ACB, publicado em 2021, pelo Ministério da Economia, propõe um método robusto e complementar aos trabalhos realizados nesta Dimensão Econômica e, portanto, [...], funcionando como um detalhamento das opções identificadas [...] e em apoio à seleção da opção mais vantajosa [...] – inclusive para fatores relacionados ao impacto ambiental e social da proposta. A análise socioeconômica de custo-benefício (ACB) consiste em avaliar, de uma perspectiva Ex ante a contribuição líquida de um projeto de investimento para o bem-estar da sociedade, permitindo computar o seu retorno socioeconômico. O método estabelecido para a ACB se baseia na projeção dos efeitos incrementais do projeto ao longo do seu ciclo de vida (custos e benefícios), em relação a um cenário sem o projeto, e em sua conversão para uma métrica comum, o valor monetário, possibilitando o cálculo do benefício líquido para a sociedade em valor presente”. Ibidem, 109.

139 Segundo o mesmo estudo anteriormente referido, a análise de custo-benefício pode ser assim organizada: “[...] Etapa 1. Estimar os benefícios públicos para cada opção; Etapa 2. Estimar os custos para cada opção; Etapa 3. Estimar os riscos para cada opção; Etapa 4. Calcular o Valor Público”. Ibidem, p. 112.

Guia ACB para tornar mais claro o maior *value for money*¹⁴⁰ dentre as preferências restantes. Como o projeto será implementado e custeado, são convicções que surgirão na *proposta intermediária de investimento*.

Pode ser útil, mesmo depois de diálogos anteriores, voltar para a dinâmica dos workshops para reafirmar as modalidades de contratação que estão sendo selecionadas, diante do caminho que parece ser a melhor escolha. Por tudo isso, é possível, e até necessário algumas vezes, retomar a AIAS, visto que um dos principais desejos é entregar o maior valor público possível, sem desperdiçar a utilização dos escassos recursos do Estado (avaliação de *value for money*¹⁴¹).

Na dinâmica da Lei n. 14.133/2021, o Poder Público precisa responder com os custos da entrega realizada pelo privado. Nas concessões comuns (Lei Federal n. 8.987/1995), o compromisso posterior é do usuário (mesmo que possam existir receitas acessórias ou extraordinárias), sendo o contratado alguém responsável por antecipar o aporte de recursos.

Nas PPPs, ou seja, concessões patrocinadas e administrativas, existirá uma contrapartida financeira do Poder Público, com participação do usuário na primeira hipótese. Novamente, o particular começa comprometendo os seus recursos, que podem ser obtidos de diferentes formas, mas o Estado e até mesmo os usuários do serviço serão instados a financiar o projeto. Com isso, compreende-se o sentido de um planejamento detalhado na confecção dos projetos, para que a busca de um tipo ideal de *idades inteligentes, inclusivas e resilientes* não inviabilize a gestão de tantos riscos.

Em qualquer opção escolhida e formato de licitação e contratação, na origem o Estado precisa ter o inventário atualizado de suas demandas, priorizar os desafios que deseja enfrentar diante

140 Segundo o trabalho, adaptando o modelo do Reino Unido, o conceito de value for money envolve “[...] uma abordagem de custo-benefício, analisando o valor dos benefícios que uma opção proporcionará [...]; o valor dos custos e riscos associados ao fornecimento dessa opção, incluindo a quantificação dos riscos e benefícios sociais e ambientais. Por conseguinte, o VFM é diferente do preço, que considera apenas uma dimensão, ou seja, o custo”. Ibidem, p. 109.

141 Em síntese, “[...] do ponto de vista conceitual, a análise VFM compara as vantagens socioeconômicas para a sociedade (benefícios tangíveis e intangíveis, qualitativos e quantitativos) obtidas por meio da execução de determinado serviço por um Parceiro Privado, em determinada qualidade, com os custos (tangíveis e intangíveis, qualitativos e quantitativos) e receitas da prestação desse mesmo serviço diretamente pelo Poder Concedente”. Ibidem, p. 125.

das limitações orçamentárias existentes, medindo impacto social, ambiental e urgência. Será o seu papel identificar as melhores respostas disponíveis no mercado, construir o racional da viabilidade econômica e financeira do formato escolhido, decidindo pela contratação e pela melhor sistemática para conduzir o processo.

Por certo, na *dimensão econômica*, ao longo do aprimoramento da *proposta intermediária de investimento*, existe o foco de calcular o valor público do projeto, a partir da confrontação de custos — de capital, operacionais, de oportunidade, ambientais, sociais e possíveis contingências — e benefícios que podem resultar da concretização do projeto. Os custos e benefícios diretos e indiretos, imediatos e mediatos, quantitativos e qualitativos, ambientais e sociais, ao longo de todo o ciclo de vida do projeto¹⁴².

O cálculo do valor público decorre do total de benefícios subtraindo o custo total e o custo de eventuais riscos. No caso de custos e benefícios futuros, para mensurar o seu significado no presente, aplica-se a *taxa social de desconto*¹⁴³.

142 E neste momento que surge a taxa social de desconto, ou seja “[...] após o ajuste sobre os preços de mercado e a estimação dos impactos de não mercado, os fluxos de custos e benefícios do projeto que ocorrem em diferentes momentos de tempo devem ser descontados a valor presente. Uma referência importante para a constituição da taxa de desconto a ser considerada é dada pelo Guia ACB, em que a taxa de desconto relevante para a análise socioeconômica de projetos de investimento é a denominada Taxa Social de Desconto (TSD), que reflete a percepção da sociedade sobre como benefícios e custos futuros devem ser valorados em relação ao presente. O valor recomendado da Taxa Social de Desconto para investimentos em infraestrutura no Brasil é de 8,5% real ao ano, segundo estudo do Ministério da Economia – Nota Técnica SEI nº 19911/2020/ME e Catálogo de Parâmetros (ME 2020). [...] Para estimar a TSD, utilizou-se a abordagem de eficiência, atribuída a Harberger (1972), uma metodologia amplamente aceita em nível internacional. [...] Em resumo, o Ministério da Economia publica a taxa social de desconto (TSD) para o Brasil desde 2019, e essa taxa: reflete a percepção da sociedade quanto ao custo da oportunidade do capital, ou seja, o valor social de usos alternativos dos recursos investidos no projeto”. Ibidem, p. 114 e 115.

143 Importante esclarecer o sentido desta publicação, ou seja, “[...] padronizar as principais premissas de uso comum em avaliações socioeconômicas em todos os setores de infraestrutura. Os benefícios do Catálogo de Parâmetros em nível nacional dizem respeito à redução do esforço analítico requerido pela ACB, a maior comparabilidade entre projetos obtida a partir da utilização de parâmetros padronizados e a mitigação do potencial viés de otimismo na análise de projetos, decorrente da utilização de valores fornecidos por unidade isenta quanto à promoção de projetos específicos”. No caso específico da taxa social de desconto, “[...] é utilizada para trazer os valores de custos e benefícios futuros (fluxo de caixa socioeconômico) a valores presentes. Ela reflete a percepção social do custo de oportunidade intertemporal dos recursos investidos e auferidos pelo projeto. [...] Na avaliação socioeconômica, o fator de desconto reflete a percepção da

Após a aprovação da *Proposta Inicial de Investimentos*, circunstâncias podem determinar, inclusive, uma reformulação da *dimensão estratégica*, o que não significa inviabilizar a continuidade do projeto. Na *dimensão econômica* da *Proposta Intermediária*, em resumo, demonstra-se os benefícios econômicos, os custos e riscos econômicos. Na comparação entre estas variáveis, encontra-se o *valor público*. O valor público e a razão do custo-benefício, quando conhecidos, respaldam a escolha pela opção mais correta em razão do *value for money* demonstrado. Da *dimensão econômica*, nesta fase, firma-se a escolha pela proposta mais vantajosa, o que repercute nas abordagens seguintes.

Na *dimensão comercial*, conhecendo-se a proposta mais vantajosa se escolhe a melhor ferramenta para efetivar a contratação, seja estabelecendo uma disputa entre interessados ou diretamente. Além disso, organiza-se a alocação dos riscos. Nesta fase, também se persegue o diálogo com as partes interessadas para manter a convicção de que existem operadores habilitados e disponíveis para formalizar relação com o Estado e fazer a posterior entrega do contratado. Neste momento, busca-se apresentar uma estrutura contratual compatível com a opção selecionada, a alocação dos riscos e a relação com o *value for money*.

Como consequência, desenha-se o planejamento para o processo de disputa, o que envolve edital, o contrato e os seus prováveis anexos, além da renovação do compromisso de transparência e máxima competitividade na licitação, segundo princípios e regras estabelecidos em legislação e relacionados com exigências internacionais de financiamento, quando for o caso¹⁴⁴ — como a mitigação

sociedade quanto ao custo de oportunidade do capital, ou seja, o valor social dos usos alternativos dos recursos investidos no projeto". BRASIL. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), Ministério da Economia, Secretaria Especial de Produtividade e Competitividade, Secretaria de Desenvolvimento da Infraestrutura. Catálogo de Parâmetros – **Anexo do Guia Geral de Análise Socioeconômica de Custo-Benefício de Projetos de Investimento em Infraestrutura**, Brasília-DF, Versão 1, julho de 2022, p. 1 e 2.

- 144 Na linha do que está indicado neste material, agora é momento de "[...] desenvolver a estrutura contratual, incluindo alocação de riscos detalhada e o planejamento do processo de contratação, além de se envolver formalmente com licitantes potenciais, viando engajá-los na competição, e, se relevante, BMDs. [...] A Dimensão Comercial na Proposta Intermediária de Investimento deve dar ao Conselho do Projeto e ao Conselho do Programa a confiança de que a Opção mais Vantajosa é contratualmente viável e capaz de obter o adequado financiamento, que o mercado fornecedor foi escutado e que o contrato está bem desenvolvido

das emissões de carbono em razão da incorporação do conceito de *design sustentável*.

É, então, obrigatório firmar o desenho contratual para a denominada *opção mais vantajosa*, com as decisões que envolvem uma correta alocação de riscos de projeto, de construção, de operação, de demanda e de financiamento, que devem ser atribuídos na direção do que melhor conseguirá gerenciá-los — em geral, o parceiro privado. Avança-se na organização do processo licitatório, criando condições para uma disputa transparente, justa e técnica entre todos os possíveis interessados. Se DBFOM, DBOM, DBFM+OM ou DB+OM, essa é a principal decisão para ser tomada, sabendo-se que o nível de competitividade alcançado em uma licitação depende do nível de compreensão e aceitação dos prováveis interessados a respeito do formato proposto pelo decisor público.

Com a *dimensão financeira*, afirma-se as fontes de custeio do projeto, os valores envolvidos e a proteção para eventual ocorrência de riscos previamente destacados. Toda obra de infraestrutura, para além do projeto, da construção e da necessidade de financiamento, terá posteriormente o tempo da operação e da manutenção, o que cobra de um Plano de Investimento para todo o ciclo de vida. Na *proposta intermediária de investimento*, na *dimensão financeira*, formata-se um modelo financeiro para testar a capacidade de custeio econômico-financeiro da *opção mais vantajosa*.¹⁴⁵

Apenas para demarcar as diferentes tarefas desempenhadas em cada dimensão, destaca-se que:

*[...] análises realizadas na Dimensão Financeira e na Dimensão Econômica às vezes podem ser confundidas; no entanto, elas estão testando coisas muito diferentes – a Dimensão Financeira está testando a capacidade de custeio do projeto; a Dimensão Econômica realiza uma análise custo-benefício para estabelecer o value for money.*¹⁴⁶

e pode ser implementado”. BRASIL. Ministério da Economia. Secretaria Especial de Produtividade e Competitividade. Secretaria de Desenvolvimento da Infraestrutura, Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID), Infrastructure and Projects Authority do Reino Unido (IPA-UK). **Estruturação de Propostas de Investimento em Infraestrutura: Modelo de Cinco Dimensões**. Brasília: SDI/SEPEC/Ministério da Economia, 2022, p. 135.

145 Ibidem, p. 152.

146 Ibidem, p. 149.

Por fim, na *dimensão gerencial*, se conclui a estrutura de gestão e governança, organizando em planos a forma de enfrentar mudanças esperadas, avaliação e controle de benefícios e riscos que decorrem da concretização do projeto. Na verdade, trazendo com mais detalhes, na *Proposta Intermediária de Investimentos*, a *dimensão gerencial*:

*[...] deve dar ao Conselho do Projeto e ao Conselho do Programa a confiança de que a capacidade e aptidão de gerenciar e entregar o projeto estão em vigor, que as partes interessadas foram identificadas, que os planos de gerenciamento de engajamento e mudança foram desenvolvidos e implementados, que há capacidade existente para mitigar e gerir o risco, que os benefícios que o projeto é capaz de produzir foram compreendidos e que a Autoridade tem capacidade para medi-los e monitorá-los à medida que o projeto se desenvolve.*¹⁴⁷

Com as aprovações formais necessárias para garantir o acesso ao orçamento público e circunstancial controle de qualidade, parte-se para a *proposta final/completa de investimentos*. O M5D é valorizado, como ferramenta muito adequada para modelagens — com destaque para o setor de saneamento —, integrando os projetos individuais com os programas, portfólios e políticas públicas mais gerais, auxiliando na organização da própria governança pública. Além de avaliar tecnicamente alternativas, a metodologia trabalha com transparência ativa e uma lógica de fases que se encerram a partir de aprovações e controles — com atores internos e externos. Por característica, a jornada de qualquer projeto será transversal, pois existe o protagonismo dos ministérios, das secretarias de estado ou de município que tem sob seu complexo de atribuições aquele compromisso específico, mas também será preciso o filtro do órgão pagador para cancelar o prosseguimento daquela iniciativa, que, por vezes, integra outro ente da federação.

Então, as diferentes dimensões, estratégica, econômica, comercial, financeira e gerencial, enquanto partes que se relacionam e integram um todo, servem para alimentar essa relação dialógica com órgãos e entidades públicas, controles internos e externos, pessoas jurídicas de direito público e direito privado, além da própria sociedade, que acabam colaborando no acompanhamento de todo o ciclo de vida de um projeto.

¹⁴⁷ Ibidem, p. 175.

Em linhas gerais, a proposta intermediária precisa entregar a opção escolhida na medida em que se demonstrou ao longo dos estudos e interações com diferentes atores que ela representa a melhor solução, acompanhada de uma provável estrutura de contratação. Na proposta final/completa de investimentos organiza-se a disputa ou a contratação indireta, existindo para tanto diferentes instrumentos para formalizar esta relação entre o público e o privado. No caso específico do serviço público de saneamento, quando a prestação não for direta, a delegação para terceiros não pode prescindir do processo de disputa, nos termos do art. 175, da Constituição Federal e do art. 10 da Lei n. 11.445/2007.

Durante esta trajetória os *workshops* são etapas fundamentais, seja para comprovar as *necessidades estratégicas da proposta de investimento (W1)*, ou para o *desenvolvimento de opções (W2)* ou, ainda, identificar *a opção mais vantajosa (W3)*, ou seja, a que demonstrava alcançar o melhor *value for money*. Com a participação ampla de partes relacionadas pode-se chegar no melhor formato comercial, ou *estratégia comercial (W4)*. Obviamente, diferentes projetos podem demandar maior ou menor interação com as partes interessadas, o que será resolvido na dinâmica de evolução do trabalho.

6.4 Proposta Final de Investimentos

Neste momento, na proposta final de investimento¹⁴⁸, o que se busca é concluir a organização/instrução do processo licitatório ou da contratação direta, além de preparar uma estrutura para gestão do contrato, dos riscos, dos benefícios e para o monitoramento dos resultados.

O processo de disputa, quando esta for a escolha ao longo do desenvolvimento da proposta, ganhará sua forma definitiva, com modalidade e critério de seleção estabelecidos. A melhor opção, depois dos vários filtros técnicos, estará sustentada em análise de *Value For Money* com resultado positivo para a sociedade e atrativo para o mercado. O acompanhamento dos benefícios públicos, por certo, um ponto de atenção na medida em que o escopo do contrato deverá impactar no cotidiano da vida das cidades.

148 Por sua vez, a proposta completa de investimento “[...] é a terceira fase do desenvolvimento de uma Proposta de Investimento. Ela se concentra principalmente no processo de contratação pública escolhido e atualiza as Dimensões Econômica, Comercial, Financeira e Gerencial para refletir a licitação estruturada”. Ibidem, p. 205.

O projeto enquanto conceito em construção e ato contínuo, sua implementação, tudo deve ser monitorado pelo Poder Público — com métricas previamente estabelecidas. Neste sentido, apenas como mais um parâmetro que pode ser utilizado como referência para projetos de infraestrutura no Brasil:

“[...] O Banco Interamericano de Desenvolvimento estabeleceu o Marco da Infraestrutura Sustentável (BID, 2019), no qual propõe dimensões e atributos da sustentabilidade para projetos de infraestrutura, que devem ser considerados desde o planejamento, bem como ao longo do ciclo de vida de cada projeto/ativo de infraestrutura. [...] Segundo o BID (2019), infraestrutura sustentável refere-se a uma abordagem que considera e faz adequada gestão de aspectos econômico-financeiros, sociais, ambientais (incluindo a questão climática) e institucionais ao longo de todo o ciclo da infraestrutura. Ou seja, desde a definição da estratégia, planejamento, determinação de carteira, até todas as fases do ciclo de vida de cada ativo (planejamento, desenho, construção, operação e descomissionamento)”¹⁴⁹

No caso do serviço público de saneamento básico, além da legislação existente, deve-se privilegiar a regulação contratual em detrimento da regulação discricionária, mas em momentos excepcionais será preciso equilibrar essas relevâncias, criando uma espécie de hierarquia móvel, visto que o próprio contrato, o ponto de referência para essas relações entre o público e privado, será reformulado quando a vida mudar substancialmente.

Na verdade, durante a etapa do *plano final de investimento*, confirmando-se a adequação dos estudos realizados na *dimensão estratégica* e na *dimensão econômica*, solidifica-se o escopo do projeto (o núcleo duro), os objetivos e os resultados esperados e a melhor opção encontrada depois da AIAS. Ou seja, em tese, o projeto alcançou um patamar de equilíbrio entre o custo, o benefício público e o risco. É importante aprofundar o estratégico, esgotar

149 Trazendo outros detalhes, “[...] a metodologia visa apresentar, a partir de uma ficha de avaliação, a adesão dos projetos de infraestrutura aos atributos de sustentabilidade baseados no Marco da Infraestrutura Sustentável, considerando as diferentes fases de seu ciclo de vida. Com isso, é possível avaliar quão alinhado o projeto está em relação às melhores práticas de sustentabilidade em infraestrutura, nacionais e internacionais”. Ministério da Economia, BID, UK Government, UK/SIP, CODEX. **Metodologia de Sustentabilidade do Monitor de Investimentos**: Setor de Mudanças Climáticas e Desenvolvimento Sustentável, dez. de 2022, p. 12.

o processo de mapeamento das opções e alcançar uma escolha final em harmonia com a visão geral do governo e com o princípio da sustentabilidade social, ambiental e econômica (Agenda 2030, abordando o tema do desenvolvimento sustentável)¹⁵⁰. No estágio anterior, consultas e audiências públicas, diálogos com o mercado e a sociedade, além das demais partes interessadas, oferecem para a última etapa um fechamento de todas essas contribuições, permitindo, dessa maneira, um contexto favorável para reavaliações, quando se mostrar o mais conveniente. A *proposta intermediária* verticaliza a avaliação do projeto, densificando conceitos que foram testados e sobreviveram aos marcos de aprovação e controle de qualidade. Por isso, a etapa final permite essa rediscussão e retroalimentação, o que torna o uso da ferramenta uma experiência dinâmica e apropriada para uma construção artesanal de projeto com real valor público agregado.

Quando o objetivo é oferecer inovação para a cidade e sua população, pode existir um campo de complexa discussão a respeito de uma contratação tradicional utilizando-se da modalidade licitatória pregão (apropriada para produtos e serviços que já existem no mercado), a *necessidade de buscar algo novo, que ultrapassa a capacidade do Poder Público de produzir as próprias respostas*, direcionado a modelagem para o diálogo competitivo. Ao mesmo tempo, o contrato público para solução inovadora, ou a encomenda tecnológica, na medida em que são regras específicas para os temas que congregam inovação e tecnologia, também surgem como opções possíveis – justamente o debate que começa na *dimensão econômica* e termina na *dimensão comercial*.

Todas essas tensões, que resultam de zonas cinzentas entre as alternativas gerais e as específicas, mas pouco experimentadas, transferem para a modelagem a responsabilidade de oferecer ao tomador de decisão o trilha de menor risco e maior valor social. Todavia, para o serviço público de saneamento, existe uma regra geral para a prestação indireta, ou seja, como se destacou tantas vezes, a fórmula da licitação combinada com contratos de concessão, com a hegemonia da regulação contratual quando comparada com a regulação discricionária.

150 Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável, Agenda de Ação de Adis Abeba e Acordo de Paris sobre Mudanças Climáticas.

De qualquer maneira, o mais provável, mesmo com tantas possibilidades, é a confirmação dos trabalhos realizados no âmbito das *dimensões estratégica e econômica*. No final das contas, a *dimensão econômica* na *proposta completa de investimento* segue averiguando se a escolha final que resultou da fase intermediária ainda oferece o melhor *value for money*. Nesse tempo, a demora em concluir o trabalho aumenta o grau de incerteza, na medida em que Estados Democráticos convivem com transições políticas que provocam reordenação de forças, gatilhos para instabilidades econômicas e substituição dos quadros da burocracia, gerando perda da memória e do acerto técnico construído durante a jornada.

As contribuições dos prováveis fornecedores, ou da própria sociedade, nas consultas públicas, audiências públicas, *workshops* ou *roadshows*, se significarem ajustes no projeto, podem implicar em novo ponto de equilíbrio para um futuro contrato, novos riscos, contingenciamentos, externalidades ou mudança de expectativa em relação aos benefícios imaginados demonstrando a complexidade de manter a higidez de toda a construção. Assim, todo o processo é muito dinâmico. Por tudo isso, insiste-se, os *workshops* podem auxiliar o projeto a superar eventual desconexão com a realidade, superficialidade no enfrentamento de problemas reais ou erro de dimensionamento em relação ao nível de demanda reprimida. A interação entre o público e o privado, ou dentro de um espectro mais amplo, com o engajamento de todas as partes interessadas, tende-se a alcançar um resultado de projeto com patamar elevado de verossimilhança.

Desde a proposta inicial, a fase econômica é o ambiente adequado para buscar o engajamento dos prováveis interessados no projeto, e quando ela ocorre e torna-se possível equilibrar o interesse público com as perspectivas dos atores privados aumenta a possibilidade de transformar o projeto em um elemento de transformação social.

Na *dimensão comercial* apenas se reafirma a ferramenta que será utilizada no processo de disputa ou contratação direta e organiza-se todo o processo que instruiu esta decisão. Se não ocorreram alterações no conteúdo das *dimensões estratégica* ou *econômica*, a *dimensão comercial* não deve passar por modificações relevantes. O modelo de contratação, na versão brasileira do M5D precisa ser resolvido na proposta intermediária.

Para a *dimensão financeira* reavalia-se permanentemente a relação entre custos e capacidade de custeio, o que comprovaria, em parte, a sua sustentabilidade. Enquanto na *dimensão gerencial* consolida-se todo o fluxo de ações para a entrega e gestão das consequências — inclusive as externalidades —, para dentro e para fora da Administração Pública. Entre outras questões, é importante estabelecer parâmetros para medir a performance do contratado. Com todas as aprovações — inclusive dos órgãos de controle internos e externos — e manifestações do controle de qualidade, estipuladas em lei e regulamentos internos desencadeia-se a disputa (a regra geral), conforme os rituais estabelecidos em lei. Na medida em que forem ocorrendo readequações no plano de investimento em razão do resultado das consultas públicas, das audiências públicas, *workshops* e *roadshows*, também o modelo financeiro precisa ser revisado quando mostrar-se a única maneira para assegurar a viabilidade do negócio.

No final das contas, uma proposta bem construída, equilibrando as necessidades de um determinado coletivo e as experiências e interesses do setor privado podem, como consequência imediata, melhorar o nível de entrega dos serviços públicos.

Desde o início, o projeto precisa permitir espaços de crítica e autocrítica, o que revela como a sua construção está inserida em um processo dinâmico, que compreende várias aprovações internas e externas, subsidiando as tomadas de decisões dos gestores públicos e fornecedores interessados em compartilhar a alocação de riscos e as oportunidades envolvidas no projeto.

Quando se avalia a necessidade do projeto, o escopo ideal, a ferramenta de contratação, a decisão de desencadear a disputa ou imediatamente formalizar a relação, cada passo exige do agente público uma manifestação no sentido da continuidade do projeto, da maturidade desejada para o passo seguinte. Como se disse outras vezes, depois, será preciso fazer a gestão dos riscos, mensurar os resultados, exercendo o controle das entregas feitas pelo contratado.

Na mesma linha de orientação da Lei n. 13.655/2018 (com as alterações produzidas no Decreto-Lei n. 4.657/1942), para toda decisão administrativa relevante é preciso que se avalie as suas consequências práticas, com a devida instrução e motivação, com ênfase para o exercício da discricionariedade técnica, quando o

poder de escolha, em determinadas circunstâncias, pode ser restrito diante das evidências.

Na verdade, por dentro do M5D, muitas outras ferramentas podem transitar (o caso da análise *swot*), na linha de construir-se uma proposta bem-sucedida, passando pela proposta inicial, intermediária, final/completa até chegar na execução do escopo definido durante a maturação do projeto. Qualquer direcionamento, qualquer tomada de decisão do gestor público no sentido de privilegiar projetos sem essa consistência, observa-se como resultado mais provável o desperdício do recurso público, e, como se destacou mais de uma vez, em contexto de graves restrições fiscais.¹⁵¹

Seguir com disciplina e método o Modelo das 5 Dimensões, pode não apenas servir como respaldo para a defesa da viabilidade técnica do projeto, mas cumprindo-se o roteiro de audiências públicas, consultas públicas e *workshops* — ferramentas de transparência ativa —, é possível diminuir resistências em determinados setores da sociedade na medida em que existe uma sensibilização e posterior engajamento de todos para que se concretizem os objetivos originalmente discriminados a partir dos resultados colhidos com a concretização do projeto.

Em muitas ocasiões, a incorporação de soluções tecnológicas pode tornar mais eficiente a prestação de uma determinada modalidade de serviço público e mais sustentável, em linha de coerência com os critérios ESG¹⁵². Em outras palavras, apenas para exemplificar, desenhar projetos sustentáveis, que comprovem a redução de emissões de gases de efeito estufa, são um pressuposto para a evolução do projeto até a sua concretização, assim como facilita a busca por linhas de financiamento que privilegiem esse tipo de escolha¹⁵³. As debêntures de infraestrutura, por sua natureza e finalidade, estão inseridas no mesmo contexto.

151 TCU, Acórdão n. 1.079/2019. Neste documento surge um número que confirma a tese aqui desenvolvida, na medida em que são identificados mais de 14.400 contratos de obras públicas paralisados.

152 Princípios do G20 e os 17 Objetivos para o Desenvolvimento Sustentável na Conferência das Nações Unidas no Rio de Janeiro, da ONU. O papel dos workshops é aproximar os projetos dos 17 objetivos traçados na Conferência das Nações Unidas no Rio de Janeiro em 2012. O foco deve ser nas pessoas, na sustentabilidade dos projetos, o que se materializa, por exemplo, em cidades mais inteligentes, resilientes e inclusivas. Ver também o Banco Interamericano de Projetos.

153 "[...] O M5D fornece uma estrutura clara para demonstrar como os objetivos de sustentabilidade, descarbonização e mitigação climática e resiliência foram

Em regra, a *dimensão estratégica* (comprovando a coerência do projeto com as diretivas nacionais e internacionais de sustentabilidade), a *dimensão econômica* (na análise custo-benefício), a *dimensão comercial* (estruturando contratos com indicadores de desempenho com padrões ESG), a *dimensão financeira* (projetando linhas de financiamento sustentável) e a *dimensão gerencial* (indicando resultados esperados, a gestão dos benefícios e dos riscos), cada uma no seu campo de abrangência, sinalizam o compromisso de um projeto com a sustentabilidade social, ambiental e econômica.

incorporados em projetos ao longo de todo o ciclo de vida da infraestrutura planejada”. [...] “Uma lição recente é que os governos que são bem-sucedidos no acesso ao financiamento sustentável o fizeram por meio de alinhamento rigoroso da contribuição dos seus projetos para objetivos verdes, sociais e sustentáveis, e uma comunicação clara da relevância dos seus projetos para a sustentabilidade de uma forma facilmente compreensível para os órgãos de verificação e potenciais investidores. Se os governos quiserem acessar fontes sustentáveis de financiamento para seus projetos o mais cedo possível, eles precisam ser capazes de articular claramente a sustentabilidade ESG e os impactos climáticos de seus projetos desde o início. Abordar o processo de desenvolvimento das cinco dimensões para programas, portfólios e projetos, esse é o ponto de partida ideal”. BRASIL. Ministério da Economia. Secretaria Especial de Produtividade e Competitividade. Secretaria de Desenvolvimento da Infraestrutura, Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID), Infrastructure and Projects Authority do Reino Unido (IPA-UK). **Estruturação de Propostas de Investimento em Infraestrutura: Modelo de Cinco Dimensões.** Brasília: SDI/SEPEC/Ministério da Economia, 2022, p. 33.







Capítulo X

Decreto Federal n. 11.598/2023: Procedimento de Comprovação da Capacidade Econômico-Financeira

1. Sujeitos à Comprovação e Objetivos do Procedimento

O objetivo do Decreto Federal n. 11.598/2023 é regulamentar o art. 10-B da Lei Federal n. 11.445/2007, que exige dos prestadores de serviços de saneamento básico a comprovação da sua capacidade econômico-financeira de cumprimento das metas de universalização dos serviços. Veja-se o art. 10-B da Lei Federal n. 11.445/2007:

Art. 10-B. Os contratos em vigor, incluídos aditivos e renovações, autorizados nos termos desta Lei, bem como aqueles provenientes de licitação para prestação ou concessão dos serviços públicos de saneamento básico, estarão condicionados à comprovação da capacidade econômico-financeira da contratada, por recursos próprios ou por contratação de dívida, com vistas a viabilizar a universalização dos serviços na área licitada até 31 de dezembro de 2033, nos termos do § 2º do art. 11-B desta Lei. (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020)

Parágrafo único. A metodologia para comprovação da capacidade econômico-financeira da contratada será regulamentada por decreto do Poder Executivo no prazo de 90 (noventa) dias (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020) [grifamos].

Como primeira síntese, devem os operadores de serviço de saneamento apresentar um estudo de viabilidade econômico-financeira e um plano de captação de recursos às agências reguladoras

subnacionais que confirmem a sua capacidade de alcançar as metas de universalização¹.

Vale aqui uma perspectiva crítica do formato anterior, que incentivava contratos de concessão (Planasa) e depois contratos de programa (Lei n. 11.107/2005 e Lei n. 11.445/2007 na redação original), em tese, preservando o padrão da Lei das Concessões (Lei n. 8.987/1995) para a confecção do instrumento que formaliza a relação entre municípios e empresas estatais. Tudo acontecendo com dispensa de licitação (Lei n. 8.666/1993, art. 24, VIII). Daqui em diante, com o *Novo Marco*, não apenas se incentiva disputas pelos contratos (Lei n. 11.445/2007, art. 10), mas todos precisam comprovar capacidade econômico-financeira para universalizar e confirmar um nível de entrega de serviços nos padrões determinados pelo arcabouço legal vigente para o setor².

Para compreensão da eficácia do regulamento, pressupõe-se necessariamente a definição: (i) da destinação do Decreto Federal n. 11.598/2023, ou seja, do entendimento sobre quais prestadores estão submetidos ao procedimento da capacidade econômico-financeira; e (ii) das metas de universalização exigidas pelo Decreto Federal n. 11.598/2023.

1 Decreto Federal n. 11.598/2023: “Art. 12 [...] § 4º A decisão da entidade reguladora sobre a capacidade econômico-financeira em cumprir com as metas de universalização refere-se ao prestador, observado o conjunto de contratos que detenha”.

2 Lembrem os autores, o que não interfere nos encaminhamentos que envolvem o processo de desestatização da Sabesp, ainda sob a vigência do Decreto Federal n. 10.710/2021, a Companhia “encaminhou requerimento à Arsesp, em 31/12/2022, para comprovação de sua capacidade econômico-financeira, considerando o conjunto de 370 municípios integrantes da URAE1-Sudeste, que foi o formato de prestação regionalizada estabelecido pela Lei Estadual n. 17.383/2021. Foram apresentados à Arsesp um conjunto com os documentos contendo os estudos de viabilidade e o plano de captação de recursos, bem como as minutas dos termos aditivos aos contratos que necessitam de alteração em virtude das metas de universalização definidas pelo Novo Marco Legal do setor de saneamento. Em atendimento aos dispositivos legais (naquele momento) “[...] houve emissão de parecer técnico por um auditor independente atestando a adequação do demonstrativo de cálculo dos indicadores econômico-financeiros aos parâmetros e aos índices referenciais mínimos estabelecidos no Decreto n. 10.710/2021. Da mesma forma, um certificador independente atestou a adequação dos estudos de viabilidade e do plano de captação de recursos às exigências previstas no Decreto supracitado”. Posteriormente, em 2022, a Arsesp reconheceu formalmente a capacidade econômico-financeira da Sabesp para responder pelos desafios propostos pelo Novo Marco, o que não invalida estratégias para propiciar melhores e mais rápidas entregas se bem-sucedido o processo de desestatização. BRAGA, Benedito; PAPA, João Paulo Tavares. Saneamento no Brasil tem Solução? O Caso Sabesp. In: ZULIANI, G; DAL POZZO, A. **Saneamento Básico: Uma Lei e um Marco**. Belo Horizonte: Fórum, 2023, p. 238.

1.1 Sujeitos ao Decreto Federal n. 11.598/2023

Nessa esteira, os §§ 1º, 2º e 3º do art. 1º do Decreto Federal n. 11.598/2023 estabelecem quais prestadores devem ser submetidos ao processo de comprovação da capacidade econômico-financeira. Nesse aspecto, o regulamento divide os prestadores entre os seguintes grupos: (a) concessionárias de serviço público, que operam contratos de concessão precedidos de licitação; (b) prestadores diretos, controlados pelo titular do serviço (Município ou Distrito Federal); e (c) os prestadores de serviços restantes, formados especialmente por companhias estaduais que operam contratos de programa ou outros instrumentos precários (art. 10 da Lei Federal n. 11.445/2007).

1.1.1 Concessionárias de Serviço Público

Para as concessionárias de serviço público, o regulamento prevê apenas uma hipótese em que essas devem se submeter ao procedimento de comprovação da capacidade econômico-financeira, disposta no art. 1º, § 2º do Decreto Federal n. 11.598/2023, *in verbis*:

*Art. 1º [...] § 2º Nos casos de prestação por meio de contrato precedido de licitação, seja de concessão comum, nos termos do disposto na Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, ou de concessão patrocinada ou administrativa, nos termos do disposto na Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, **a comprovação da capacidade econômico-financeira do prestador será necessária somente para fins de aditamento dos contratos para inclusão das metas de universalização** [grifamos].*

Como se depreende do dispositivo acima transcrito, admitindo-se uma interpretação literal, exigir-se-á das concessionárias de serviço público a comprovação da capacidade econômico-financeira tão somente na hipótese de aditamento dos contratos para inclusão das metas de universalização. O aditamento a que se refere o art. 1º, § 2º do Decreto Federal n. 11.598/2023, por sua vez, é o descrito pelo art. 11-B, § 2º, inciso III da Lei Federal n. 11.445/2007³.

3 "Art. 11-B [...] § 2º Contratos firmados por meio de procedimentos licitatórios que possuam metas diversas daquelas previstas no caput deste artigo, inclusive contratos que tratem, individualmente, de água ou de esgoto, permanecerão inalterados nos moldes licitados, e o titular do serviço deverá buscar alternativas para atingir as metas definidas no caput deste artigo, incluídas as seguintes: (Redação

De acordo com esta regra, os contratos de prestação de serviços públicos de saneamento básico celebrados por meio de procedimentos licitatórios que possuam metas diversas das dispostas pelo *Novo Marco Regulatório do Saneamento Básico* podem ser aditados para inclusão das metas de universalização.

Portanto, o art. 1º, § 2º do Decreto Federal n. 11.598/2023 condiciona o aditamento contratual de que trata o art. 11-B, § 2º, inciso III da Lei Federal n. 11.445/2007 à comprovação da capacidade econômico-financeira para o atingimento das metas de universalização dentro do prazo legal. Logo, se está tratando de um contrato de concessão licitado, mas submetido às novas regras setoriais, sendo então possível reconstruir as bases do contrato em exata sintonia com os objetivos traçados na versão mais recente da Lei n. 11.445/2007. Ocorrendo esse grande ajuste, torna-se indispensável comprovar a capacidade real de corresponder ao novo pacto.

Aqui, cabe uma ressalva: o aditamento contratual do art. 11-B, § 2º, inciso III da Lei Federal n. 11.445/2007 não é obrigatório⁴, tal medida depende de uma escolha técnica do titular do serviço pela incorporação das metas de universalização ao contrato de concessão vigente. Isso porque os incisos I e II, § 2º do art. 11-B da Lei Federal n. 11.445/2007⁵ explicitam que o titular do serviço possui uma escolha técnica (discricionariedade tecnicamente limitada) de: (i) prestar diretamente a parcela remanescente de serviço; (ii) realizar uma licitação complementar para o atingimento da totalidade da meta; ou (iii) promover o aditamento de contratos já licitados, em comum acordo com a contratada, e o reequilíbrio econômico-financeira correspondente.

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

4 O art. 11-B, § 2º da Lei Federal n. 11.445/2007 fala que os contratos "permanecerão inalterados nos moldes licitados".

5 "Art. 11-B [...] § 2º Contratos firmados por meio de procedimentos licitatórios que possuam metas diversas daquelas previstas no caput deste artigo, inclusive contratos que tratem, individualmente, de água ou de esgoto, permanecerão inalterados nos moldes licitados, e o titular do serviço deverá buscar alternativas para atingir as metas definidas no caput deste artigo, incluídas as seguintes: (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020) I - prestação direta da parcela remanescente; (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020) II - licitação complementar para atingimento da totalidade da meta; e (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020) III - aditamento de contratos já licitados, incluindo eventual reequilíbrio econômico-financeiro, desde que em comum acordo com a contratada" (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020).

Assim, com relação às concessionárias de serviço público, haverá a exigência de comprovação da capacidade econômico-financeira quando o titular do serviço, no exercício de sua discricionariedade técnica, decidir pelo aditamento do contrato vigente, nos termos do art. 11-B, § 2º, inciso III da Lei Federal n. 11.445/2007. Por outro lado, nas demais situações descritas pelo art. 11-B, §2º da Lei Federal n. 11.445/2007, o contrato de concessão permanece inalterado, hipótese em que não há necessidade de comprovação da capacidade econômico-financeira, uma vez que a concessionária de serviço público já atendera aos critérios de qualificação econômica exigidas no procedimento licitatório (art. 27, inciso III da Lei Federal n. 8.666/1993⁶). Na verdade, quando o escopo licitado não for alterado, passa-se longe do ritual de comprovação da capacidade econômico-financeira.

1.1.2 Prestadores Diretos

O Decreto Federal n. 11.598/2023 exclui a sua incidência sobre a prestação dos serviços públicos de forma direta pelo titular do serviço (art. 8º, inciso I da Lei Federal n. 11.445/2007⁷), mesmo quando prestada por meio de autarquia, empresa pública ou sociedade de economia mista controladas pelo próprio titular do serviço. Veja-se o art. 1º, § 3º do Decreto Federal n. 11.598/2023:

Art. 1º [...] § 3º O disposto neste Decreto não se aplica à prestação direta de serviços públicos de abastecimento de água potável ou de esgotamento sanitário pelo Distrito Federal ou pelo Município titular do serviço, ainda que por intermédio de autarquia, de empresa pública ou de sociedade de economia mista por eles controladas [grifamos].

Em relação ao dispositivo acima transcrito cabe atenção especial sobre os conceitos de *prestação direta* e de *controle pelo próprio titular do serviço*, porque são importantes para a conclusão de que a prestação por gestão associada (art. 241 da CF/1998 c/c art.

6 "Art. 27. Para a habilitação nas licitações exigir-se-á dos interessados, exclusivamente, documentação relativa a: [...] III - qualificação econômico-financeira;"

7 "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)"

13 da Lei Federal n. 11.107/2005) não está excluída do procedimento de comprovação da capacidade econômico-financeira.

Salienta-se que a Constituição Federal, no seu art. 175, estabelece que *"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"*. Isso quer dizer que os serviços públicos, como os serviços de saneamento básico — abastecimento de água, coleta e tratamento de esgoto, limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos, e drenagem urbana e manejo de águas pluviais —, podem ser prestados diretamente ou sob concessão e permissão (prestação indireta).

No conceito de prestação direta, há uma lista de formas de prestação, seja centralizada⁸ (*régie* direta e *régie* indireta/desconcentração), seja descentralizada⁹. Na prestação de serviços de forma direta e descentralizada, inclui-se as prestações por (i) outorga¹⁰: autarquias públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista; ou (ii) delegação¹¹: autogestão por usuários, convênios executados por organizações da sociedade civil (OSCs) e gestão associada.

Enquanto produto do Planasa¹², as operações no setor de saneamento básico foram concentradas pelas companhias

8 "Por essa forma, os entes da federação prestam os serviços públicos por seus próprios órgãos, ou seja, por via Administração Direta, cumulando as posições de titular e de prestador do serviço. Será o próprio ente da federação titular da atividade que a prestará." ARAGÃO, Alexandre Santos. **Direito dos Serviços Públicos**. 4ª Ed. Belo Horizonte, Fórum, 2017, p. 422.

9 Segundo Maria Sylvia Zanella di Pietro, a descentralização administrativa "é a distribuição de competências de uma para outra pessoa, física ou jurídica" e "ocorre quando as atribuições que os entes descentralizados exercem só têm valor jurídico que lhes empresta o ente central; suas atribuições não decorrem, com força própria, da Constituição, mas do Poder Central". DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 28ª Ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 516.

10 "Há outorga quando a transferência se dá por lei a entidade criada por determinado ente federativo e integrante da sua Administração Indireta, seja ela autarquia, fundação pública, empresa pública ou sociedade de economia mista". ARAGÃO, Alexandre Santos. **Direito dos Serviços Públicos**. 4ª Ed. Belo Horizonte, Fórum, 2017, 422-423.

11 "Já pela delegação, o Estado transfere por contrato (concessão) ou ato administrativo (permissão ou autorização) a execução de serviço a particular sob as condições regulamentares e controle do Estado". *Ibidem*, p. 423.

12 O modelo arquitetado teve como características principais: (i) a centralização, por meio da acumulação de operações em um único prestador regional; (ii) o financiamento público (da União Federal); (iii) a oferta de "subsídios cruzados" entre municipalidades, como forma de sustentação econômico-financeira das operações; e (iv) a autorregulação.

estaduais¹³ em contratos de concessão (depois contratos de programa) não licitados, tendo-se como elemento de motivação ampliar a cobertura da infraestrutura — construção e expansão dos sistemas, com ênfase maior para o abastecimento de água. O modelo do Planasa, com a Lei n. 11.107/2005, passa a admitir a composição entre municípios e o respectivo Estado-membro a partir do instituto da gestão associada, que foi disposto no art. 241 da Constituição Federal de 1988, *in verbis*:

*Art. 241. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de lei os **consórcios públicos e os convênios de cooperação** entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) [grifamos].*

Na verdade, a gestão associada para a prestação dos serviços públicos de saneamento básico passou a envolver consórcios públicos, convênios de cooperação, acordos de cooperação, termos de cooperação, entre outros instrumentos congêneres para transferir a prestação às companhias estaduais, antes mesmo da regulamentação do dispositivo constitucional (CF, art. 241). Especificamente, a Lei Federal n. 11.107/2005 (Lei dos Consórcios Públicos) disciplinou o art. 241 da CF/88 e regulamentou a gestão associada interfederativa (entre município e respectivo Estado-membro) para

13 “Acompanhando a mesma tendência verificada em outros países, ocorreu no direito brasileiro outro fenômeno: voltou-se a utilizar o instituto da concessão, não para delegar o serviço a particular, mas a empresas estatais sob controle acionário do poder público. A vantagem está no fato de que o Estado mantém, como na forma originária de concessão, seu poder de controle sobre o concessionário, inclusive na fixação de preços; por outro lado, todos os riscos do empreendimento ficam por conta do concedente (e não mais do concessionário), já que ele é o acionista majoritário da empresa. Perde-se, com esse procedimento, a grande vantagem da concessão que constitui a própria justificativa para o seu surgimento: a de prestar serviços públicos sem necessitar investir grandes capitais do Estado. a. Em alguns casos, o serviço público foi atribuído a um ente da Federação e delegado a empresa estatal sob controle acionário de outro ente; foi o caso dos serviços de energia elétrica, de navegação aérea, de telecomunicações, concedidos a empresas sob o controle acionário do Estado (Em São Paulo, a Cesp, Eletropaulo, Vasp, Telesp etc.); foi o caso também dos serviços de saneamento atribuídos a Municípios e concedidos a empresas estatais sob controle acionário do Estado (em São Paulo, a Sabesp)”. DI PIETRO, Maria Sílvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**. 12ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2019, p. 65-66.

prestação de serviços públicos no seu art. 13, por intermédio do *Contrato de Programa*:

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 [grifamos].**

Portanto, a gestão associada interfederativa (art. 241 da CF/88), instrumentalizada por contrato de programa (art. 13 da Lei Federal n. 11.107/2005), é prestação direta descentralizada — e exemplo de prestação regionalizada —, que não está excluída do procedimento de comprovação da capacidade econômico-financeira. O ponto central para a definição da amplitude do termo *prestação direta* (art. 1º, § 3º do Decreto Federal n. 11.598/2023) é o emprego do termo *controle pelo próprio titular do serviço*. Isso porque o controle do titular do serviço só é exercido nas hipóteses de prestação direta centralizada e na descentralizada por outorga, quando a operação é executada por autarquia, fundação, empresa pública ou sociedade de economia mista integrante da administração indireta do titular do serviço (Município ou Distrito Federal)¹⁴.

Esse controle pelo titular do serviço não é exercido na hipótese de prestação direta descentralizada por delegação, quando a transferência da gestão e execução do serviço público é realizada por contrato ou ato administrativo¹⁵, tanto que as companhias

14 De acordo com Maria Sylvia Zanella di Pietro, essa hipótese descreve: “Descentralização **por serviços, técnica** ou **funcional** é a que se verifica quando o poder público (União, Estados ou Municípios) cria uma pessoa jurídica de direito público ou privado e a ela atribui titularidade e a execução de determinado serviço público. No Brasil, essa criação somente pode dar-se por meio de **lei** e corresponde, basicamente, à figura da **autarquia**, mas abrange também as **fundações governamentais, sociedades de economia mista e empresas públicas**, que exerçam serviços públicos”. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**. 12ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2019, p. 56-57.

15 “Descentralização por colaboração é a que se verifica quando, por meio de acordo de vontades ou ato administrativo unilateral, se transfere a execução de determinado serviço público a pessoa jurídica de direito privado, previamente existente, conservando o poder público a titularidade do serviço.” Ibidem, p. 58.

estaduais que operam em regime de gestão associada não integram a Administração Indireta¹⁶ do titular do serviço.

Em suma, define-se que a prestação direta do art. 1º, § 3º do Decreto Federal n. 11.598/2023 é a centralizada — *régie* direta ou *régie* indireta, por órgão público com função e competência especificadas — ou a descentralizada por outorga — autarquia, fundação, empresa pública ou sociedade e economia mista —, ocasiões em que o Decreto Federal n. 11.598/2023 exclui a incidência do processo de comprovação da capacidade econômico-financeira.

1.1.3 Prestadores Remanescentes

Aqui, além das concessionárias de serviço público que assinaram o termo aditivo para universalização, propõe-se uma definição por exclusão dos prestadores de saneamento básico submetidos ao procedimento de capacidade econômico-financeira. Isso porque o próprio Decreto Federal n. 11.598/2023 estabelece essa técnica para a conceituação dos “[...] *prestadores de serviços públicos de abastecimento de água potável ou de esgotamento sanitário que detenham contratos em vigor* [...]”, como se denota da leitura do art. 1º do regulamento.

Em razão disso, esclareceu-se as concessionárias de serviço público que se submetem ao Decreto Federal n. 11.598/2023 e as formas de prestação direta que não se submetem ao regulamento. Assim, por exclusão, define-se como *prestadores remanescentes* aqueles que possuem contratos em vigor que não sejam ajustes de concessão devidamente licitados.

Nesse aspecto, cumpre reproduzir a redação do § 1º do art. 1º do Decreto Federal n. 11.598/2023:

Art. 1º Este Decreto regulamenta o art. 10-B da Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007, para estabelecer a metodologia para comprovação da capacidade econômico-financeira dos prestadores de serviços públicos de abastecimento de água potável ou de esgotamento sanitário que detenham contratos em vigor, com vistas a viabilizar o cumprimento das metas de universalização.

16 “Art. 4º A Administração Federal compreende: [...] II - A Administração Indireta, que compreende as seguintes categorias de entidades, dotadas de personalidade jurídica própria: a) Autarquias; b) Empresas Públicas; c) Sociedades de Economia Mista. d) fundações públicas” (Incluído pela Lei nº 7.596, de 1987).

§ 1º Os prestadores de serviço de que trata o caput com-provarão capacidade econômico-financeira ainda que, na data de publicação deste Decreto, tenham celebrado com o titular do serviço termo aditivo para incorporação das metas de universalização, nos termos do disposto no § 1º do art. 11-B da Lei nº 11.445, de 2007.

Conforme verificado no tópico 1.1.1, as concessionárias de serviço público submetidas ao regulamento são aquelas que assinaram ou que assinarão o termo aditivo referido no art. 11-B, § 2º, inciso III da Lei Federal n. 11.445/2007, as demais concessionárias não necessitam passar por uma nova qualificação econômico-financeira, diferente da realizada no procedimento licitatório (art. 27, inciso III da Lei Federal n. 8.666/1993).

No tópico 1.1.2, por sua vez, salientou-se que as formas de prestação direta não submetidas ao Decreto Federal n. 11.598/2023 são a centralizada e a descentralizada por outorga; fez-se isso para evitar a extensão indevida do dispositivo, de modo a utilizá-lo nas relações entre titulares do serviço (Município e Distrito Federal) e as companhias estaduais, configurada na gestão associada interfederativa (art. 241 da CF/88 c/c art. 13 da Lei Federal n. 11.107/2005).

Diante desse quadro conceitual, delimita-se aos prestadores remanescentes à prestação direta descentralizada por delegação, que engloba: autogestão por usuários, convênios executados por OSCs e gestão associada¹⁷. Por conseguinte, a gestão associada interfederativa por contratos de programa, composta entre Município e Estado-membro, para a prestação de serviços públicos de saneamento básico por companhias estaduais, integra o rol de operadores de serviço a que se refere o art. 1º, § 1º do Decreto Federal n. 11.598/2023.

17 "As formas de prestação direta descentralizada mediante delegação são três, conforme o destinatário da delegação: (i) órgão ou entidade de outro ente da Federação, quando haverá a gestão associada, prevista no art. 241 da Constituição Federal e que, nos termos do art. 13 da Lei n. 11.107/2005, deve ser obrigatoriamente disciplinada por contrato de programa – sendo este contrato o tema do presente estudo –; (ii) entidades da sociedade civil, que pode se revestir de várias formas, como, por exemplo a do termo de parceria celebrado com as OSCIPs – organizações da sociedade civil de interesse público; e (iii) os próprios usuários, em geral organizados em associações cooperativas, caracterizando a autogestão do serviço público." RIBEIRO, Wladimir Antônio. O Contrato de Programa. In: OLIVEIRA, Carlos Roberto de; GRANZIERA, Maria Luiza Machado. **Novo Marco do Saneamento Básico no Brasil**. Indaiatuba/SP, Editora Foco, 2021, p. 131.

Os contratos de programa, diferentemente dos contratos de concessão de serviços públicos (Lei Federal n. 8.987/1995) não se submeteram a uma qualificação econômica no decorrer do procedimento licitatório (Lei n. 8.666/1993, art. 27, III). Com a superveniência da Lei n. 14.026/2020 e das metas de universalização, impôs-se a tais instrumentos o que temos chamado de “*barreira econômica*” à continuidade da prestação dos serviços, que será mais bem explicado em momento oportuno.

Portanto, a continuidade dos contratos de programa, tal como disposto no § 3º do art. 10 da Lei Federal n. 11.445/2007¹⁸, estará condicionada ao cumprimento do art. 10-B da Lei Federal n. 11.445/2007 e do Decreto Federal n. 11.598/2023, de forma geral e indiscriminada. Demonstrando o nível de pressão colocado pelo *Novo Marco* para o formato de prestação de serviço originalmente pensado no Planasa e que sobrevive em muitos estados.

1.2 Metas de Universalização

O segundo conceito basilar para a compreensão do Decreto Federal n. 11.598/2023 é o de “*metas de universalização*”. Assim, é preciso definir: (i) a quais metas o regulamento se refere; e (ii) de que modo o seu cumprimento será exigido em face de contratos vigentes e suas respectivas áreas de atuação local.

Dois são os pontos que merecem destaque: em primeiro lugar, o tratamento a metas de redução de perdas de águas, de não intermitência de abastecimento e de melhoria no tratamento da água (metas que não envolvem cobertura de atendimento) e, também, à sobreposição das metas de cobertura de atendimento para a área de abrangência contratual.

Nesse aspecto, o art. 10-B da Lei Federal n. 11.445/2007 refere que “*Os contratos em vigor, incluídos aditivos e renovações [...] estarão condicionados à comprovação da capacidade econômico-financeira da contratada [...] com vistas a viabilizar a universalização dos serviços na área licitada até 31 de dezembro de 2033 [...]*”. Da leitura

18 “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). [...] § 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).

deste dispositivo, extrai-se que as principais metas a que se refere o regulamento são as de cobertura, quais sejam, a de 90% de cobertura de coleta e tratamento de esgoto e de 99% de cobertura de abastecimento de água até 31 de dezembro de 2033.

O Decreto Federal n. 11.598/2023, por sua vez, conceitua “*metas de universalização*” no seu art. 2º, inciso X, da seguinte forma:

Art. 2º Para fins do disposto neste Decreto, considera-se:[...] X - metas de universalização - metas previstas no caput do art. 11-B da Lei nº 11.445, de 2007, observado o disposto no § 9º do referido artigo;

Nessa esteira, o art. 11-B da Lei Federal n. 11.445/2007 revela as metas sobre as quais os contratos de prestação de serviços públicos de saneamento básico devem dispor:

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.

Como se depreende da leitura do dispositivo acima transcrito, as metas se referem a (i) índices de cobertura de atendimento de abastecimento de água e de coleta e tratamento de esgoto (*metas de universalização*); e (ii) metas quantitativas de não intermitência do abastecimento, de perdas de água e de melhoria dos processos de tratamento.

Entende-se que a comprovação da capacidade econômico-financeira do Decreto Federal n. 11.598/2023 tem como objetivo principal, contudo, a demonstração da viabilidade financeira para alcançar os índices de cobertura (*metas de universalização*) referidos no art. 11-B da Lei Federal n. 11.445/2007, como será explicado.

1.2.1 Metas de Cobertura de Atendimento

O art. 3º do Decreto Federal n. 11.598/2023 confirma que o objetivo da comprovação da capacidade econômico-financeira é instituir um mecanismo de controle sobre os prestadores de serviços públicos de saneamento básico com contratos vigentes, para que esses

demonstrem de maneira consistente o potencial financeiro de que dispõem para o atingimento da finalidade última do *Novo Marco Regulatório*, qual seja, a de universalizar a cobertura dos serviços. Veja-se:

Art. 3º A comprovação da capacidade econômico-financeira de que trata este Decreto terá por objetivo assegurar que os prestadores de serviços públicos de abastecimento de água potável ou de esgotamento sanitário tenham capacidade para cumprir as metas de universalização nos Municípios onde prestam os serviços.

A comprovação da capacidade econômico-financeira está diretamente relacionada ao debate sobre os aditamentos contratuais para a inclusão das “metas de universalização” (art. 11-B, §§ 1º e 2º da Lei Federal n. 11.445/2007¹⁹), naqueles ajustes que não possuem as metas de cobertura — contratos de programa ou contratos de concessão. Inclusive, “a minuta de termo aditivo que pretenda celebrar para incorporar ajustes relacionados à comprovação da capacidade econômico-financeira [...]” é um dos documentos exigidos no procedimento, tal como dispõe o inciso II do art. 10 do Decreto Federal n. 11.598/2023:

Art. 10. O prestador apresentará requerimento de comprovação de capacidade econômico-financeira junto a cada entidade reguladora responsável pela fiscalização de seus contratos, até 31 de dezembro de 2023, acompanhado dos seguintes documentos: [...]

II - minuta de termo aditivo que pretenda celebrar para incorporar ajustes relacionados à comprovação da

19 “Art. 11-B. Os contratos de prestação dos serviços públicos de saneamento básico deverão definir metas de universalização que garantam o atendimento de 99% (noventa e nove por cento) da população com água potável e de 90% (noventa por cento) da população com coleta e tratamento de esgotos até 31 de dezembro de 2033, assim como metas quantitativas de não intermitência do abastecimento, de redução de perdas e de melhoria dos processos de tratamento. (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020) § 1º Os contratos em vigor que não possuírem as metas de que trata o caput deste artigo terão até 31 de março de 2022 para viabilizar essa inclusão. (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020) § 2º Contratos firmados por meio de procedimentos licitatórios que possuam metas diversas daquelas previstas no **caput** deste artigo, inclusive contratos que tratem, individualmente, de água ou de esgoto, permanecerão inalterados nos moldes licitados, e o titular do serviço deverá buscar alternativas para atingir as metas definidas no caput deste artigo, incluídas as seguintes: (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020)”.

capacidade econômico-financeira, acompanhada de declaração de anuência do titular do serviço;

Nessa esteira, a Norma de Referência ANA n. 02/2021 (Resolução ANA n. 134, de 4 de novembro de 2021 — “NR ANA n. 02/2021”) regulou a padronização dos termos aditivos aos contratos de programa e contratos de concessão para incorporação das metas do art. 11-B da Lei Federal n. 11.445/2007. Em relação ao conteúdo da norma de referência, destaca-se o art. 7º, segundo o qual os aditivos devem incluir as metas de cobertura de atendimento, reitera-se, de 99% da população com água potável e de 90% da população com coleta e tratamento de esgotos, até 31 de dezembro de 2033.²⁰

Art. 7º Os aditivos aos Contratos de Programa e de Concessão 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 da área de abrangência do prestador de serviços com coleta e tratamento de esgotos até 31 de dezembro de 2033.

A norma de referência também prevê a estipulação de cláusulas que auxiliem na aferição do cumprimento das metas de cobertura de atendimento, na forma do art. 6º da NR ANA n. 02/2021, *in verbis*:

Art. 6º As cláusulas relativas às metas de universalização previstas no Art. 11-B da Lei n. 11.445/2007 deverão prever meios para aferição e comprovação de seu atingimento, por meio do acompanhamento periódico dos seguintes indicadores:

I - indicador de universalização do abastecimento de água: Índice de economias residenciais atendidas com rede de abastecimento de água na área de abrangência do prestador de serviços;

II - indicador de universalização de coleta de esgotos sanitários: Índice de economias residenciais atendidas com rede coletora de esgoto na área de abrangência do prestador de serviços;

III - indicador de universalização de tratamento de esgotos sanitários: Índice de economias residenciais atendidas

²⁰ Art. 7º Os aditivos aos Contratos de Programa e de Concessão 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 da área de abrangência do prestador de serviços com coleta e tratamento de esgotos até 31 de dezembro de 2033.

com rede coletora e tratamento de esgoto na área de abrangência do prestador de serviços.

Como se depreende do dispositivo, as fórmulas e informações para o cálculo dos três indicadores (abastecimento de água, coleta de esgotos e tratamento de esgotos) foram disponibilizados no anexo da NR ANA n. 02/2021, da seguinte forma:

Indicadores de Universalização do Abastecimento de Água:

INDICADORES PARA AFERIÇÃO DO CUMPRIMENTO DAS METAS	
INDICADOR DE UNIVERSALIZAÇÃO DO ABASTECIMENTO DE ÁGUA	
I01_Índice de economias residenciais com rede de abastecimento de água na área de abrangência do prestador de serviços	
DEFINIÇÃO	
Percentual de economias residenciais, na área de abrangência do Prestador dos Serviços, com ligações ativas e inativas conectadas à rede de abastecimento de água (%).	
FÓRMULA	
$NdS\ 01 = \left(\frac{\text{Quantidade de economias residenciais ativas de água} + \text{Quantidade de economias residenciais inativas de água}}{\text{Quantidade de domicílios residenciais existentes na área de abrangência do prestador de serviços}} \right) \times 100$	
INFORMAÇÕES	
Quantidade de economias residenciais ativas de água (economias)	Quantidade total de economias residenciais na área de abrangência do Prestador de Serviços, cadastradas pelo prestador, com ligação ativa à rede pública de abastecimento de água, no período de referência. Considera-se que uma economia residencial é equivalente a um domicílio. Ligações e economias ativas de água são aquelas que estão em pleno funcionamento. [Adaptado de SNIS AG013]
Quantidade de economias residenciais inativas de água (economias)	Quantidade total de economias residenciais na área de abrangência do Prestador de Serviços, cadastradas pelo prestador, com ligação inativa à rede pública de abastecimento de água, no período de referência. Considera-se que uma economia residencial é equivalente a um domicílio. Ligações e economias inativas de água são aquelas que, ao contrário das ativas, embora cadastradas como usuárias dos serviços, não estão em pleno funcionamento.
Quantidade de domicílios residenciais existentes (domicílios):	Quantidade total de domicílios residenciais existentes na área de abrangência do Prestador de Serviços, independentemente do atendimento da rede pública de abastecimento de água, no período de referência.
FORMA DE OBTENÇÃO	
Cadastro comercial do prestador e mapeamento de economias residenciais em sua área de abrangência (sede e localidades urbanas, áreas rurais, remotas e núcleos urbanos informais consolidados) e cadastro do município.	
OBSERVAÇÕES	
<u>Condição de rateio:</u> No caso de município atendido por mais de um sistema, as informações dos diversos sistemas devem ser somadas.	
<u>Período de referência:</u> A apuração das informações primárias é anual, de 01 de janeiro a 31 de dezembro.	
<u>Atendimento por métodos alternativos, descentralizados e individuais:</u> A Entidade Reguladora poderá considerar, para fins de comprovação do cumprimento das metas de universalização, as soluções a seguir, para tanto cabendo-lhe regulamentar e fiscalizar o serviço público que seja inerente à operação dessa ação de saneamento por parte do prestador de serviços:	
i) domicílios que sejam atendidos por métodos alternativos e descentralizados por ela autorizados, para os serviços de abastecimento de água ou de coleta e tratamento de esgoto, em áreas rurais, remotas ou em núcleos urbanos informais consolidados pertencentes à Área de Abrangência do Prestador de Serviços; e	
ii) soluções individuais por ela autorizadas em áreas que não se enquadram na diretriz acima e na ausência de redes públicas, para os serviços de abastecimento de água ou de coleta e tratamento de esgoto, na área de abrangência do prestador de serviços.	

Fonte e elaboração: Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico
— ANA — NR ANA n. 02/2021.

Indicadores de Universalização de Coleta de Esgotos Sanitários:

INDICADOR DE UNIVERSALIZAÇÃO DE COLETA DE ESGOTOS SANITÁRIOS	
I02_Índice de economias residenciais atendidas com rede coletora de esgoto na área de abrangência do prestador de serviços	
DEFINIÇÃO Percentual de economias residenciais, na área de abrangência do Prestador de Serviços, com ligações ativas e inativas conectadas à rede coletora de esgoto (%).	
FÓRMULA $NdS\ 02 = \left(\frac{\text{Quantidade de economias residenciais ativas de esgoto} + \text{Quantidade de economias residenciais inativas de esgoto}}{\text{Quantidade de domicílios residenciais existentes na área de abrangência do prestador de serviços}} \right) \times 100$	
INFORMAÇÕES	
Quantidade de economias residenciais ativas de esgoto (economias)	Quantidade total de economias residenciais na área de abrangência do Prestador de Serviços, cadastradas pelo prestador, com ligação ativa à rede pública de coleta de esgoto, no período de referência. Considera-se que uma economia residencial é equivalente a um domicílio. Ligações e economias ativas de esgoto são aquelas que estão em pleno funcionamento. [Adaptado de SNIS E3008]
Quantidade de economias residenciais inativas de esgoto (economias)	Quantidade total de economias residenciais na área de abrangência do Prestador de Serviços, cadastradas pelo prestador, com ligação inativa à rede pública de coleta de esgoto, no período de referência. Considera-se que uma economia residencial é equivalente a um domicílio. Ligações e economias inativas de esgoto são aquelas que, embora cadastradas como usuárias dos serviços, não estão em pleno funcionamento ou estão suspensas.
Quantidade de domicílios residenciais existentes (domicílios)	Quantidade total de domicílios residenciais existentes na área de abrangência do Prestador de Serviços, independentemente do atendimento da rede pública de coleta de esgotos, no período de referência.
FORMA DE OBTENÇÃO Cadastro comercial do prestador e mapeamento de economias residenciais em sua área de abrangência (sede e localidades urbanas, áreas rurais, remotas e núcleos urbanos informais consolidados e cadastro do município.	
OBSERVAÇÕES <u>Condição de rateio:</u> No caso de município atendido por mais de um sistema, as informações dos diversos sistemas devem ser somadas. <u>Período de referência:</u> A apuração das informações primárias é anual, de 01 de janeiro a 31 de dezembro. <u>Interface com outro(s) indicador(es):</u> Este indicador tem uma interface com o I 03: Índice de economias residenciais atendidas com rede coletora e tratamento de esgoto na área de abrangência do prestador de serviços. A diferença entre estes indicadores expressa o percentual da população atendida com coleta e sem tratamento. <u>Atendimento por métodos alternativos, descentralizados e individuais:</u> A Entidade Reguladora poderá considerar, para fins de comprovação do cumprimento das metas de universalização, as soluções a seguir, para tanto cabendo-lhe regulamentar e fiscalizar o serviço público que seja inerente à operação dessa ação de saneamento por parte do prestador de serviços: i) domicílios que sejam atendidos por métodos alternativos e descentralizados por ela autorizados, para os serviços de abastecimento de água ou de coleta e tratamento de esgoto, em áreas rurais, remotas ou em núcleos urbanos informais consolidados pertencentes à Área de Abrangência do Prestador de Serviços; e ii) soluções individuais por ela autorizadas em áreas que não se enquadram na diretriz acima e na ausência de redes públicas, para os serviços de abastecimento de água ou de coleta e tratamento de esgoto, na área de abrangência do prestador de serviços.	

Fonte e elaboração: Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico – ANA – NR ANA n. 02/2021.

Indicadores de Universalização de Tratamento de Esgotos Sanitários:

INDICADOR DE UNIVERSALIZAÇÃO DE TRATAMENTO DE ESGOTOS SANITÁRIOS							
I03 Índice de economias residenciais atendidas com rede coletora e tratamento de esgoto na área de abrangência do prestador de serviços							
DEFINIÇÃO Percentual de economias residenciais na área de abrangência do Prestador de Serviços, com ligações ativas e inativas conectadas à rede coletora de esgoto e posteriormente a uma unidade de tratamento de esgoto (%).							
FÓRMULA $NdS\ 03 = \left(\frac{\text{Quantidade de economias residenciais ativas com tratamento de esgoto} + \text{Quantidade de economias residenciais inativas com tratamento de esgoto}}{\text{Quantidade de domicílios residenciais existentes na área de abrangência do prestador de serviços}} \right) \times 100$							
INFORMAÇÕES <table border="0"> <tr> <td>Quantidade de economias residenciais ativas com tratamento de esgoto (economias)</td><td>Quantidade total de economias residenciais, na área de abrangência do Prestador de Serviços, cadastradas pelo prestador, com ligação ativa à rede pública de coleta de esgoto conectada a uma unidade de tratamento de esgoto, no período de referência. Considera-se que uma economia residencial é equivalente a um domicílio. Ligações e economias ativas de esgoto são aquelas que estão em pleno funcionamento.</td></tr> <tr> <td>Quantidade de economias residenciais inativas com tratamento de esgoto (economias)</td><td>Quantidade total de economias residenciais, na área de abrangência do Prestador de Serviços, cadastradas pelo prestador, com ligação inativa à rede pública de coleta de esgoto conectada a uma unidade de tratamento de esgoto, no período de referência. Considera-se que uma economia residencial é equivalente a um domicílio. Ligações e economias inativas de esgoto são aquelas que, embora cadastradas como usuárias dos serviços, não estão em pleno funcionamento ou estão suspensas.</td></tr> <tr> <td>Quantidade de domicílios residenciais existentes (domicílios)</td><td>Quantidade total de domicílios residenciais existentes na abrangência do Prestador de Serviços, independentemente do atendimento da rede pública de coleta de esgoto conectada a uma unidade de tratamento de esgotos, no período de referência.</td></tr> </table>		Quantidade de economias residenciais ativas com tratamento de esgoto (economias)	Quantidade total de economias residenciais, na área de abrangência do Prestador de Serviços, cadastradas pelo prestador, com ligação ativa à rede pública de coleta de esgoto conectada a uma unidade de tratamento de esgoto, no período de referência. Considera-se que uma economia residencial é equivalente a um domicílio. Ligações e economias ativas de esgoto são aquelas que estão em pleno funcionamento.	Quantidade de economias residenciais inativas com tratamento de esgoto (economias)	Quantidade total de economias residenciais, na área de abrangência do Prestador de Serviços, cadastradas pelo prestador, com ligação inativa à rede pública de coleta de esgoto conectada a uma unidade de tratamento de esgoto, no período de referência. Considera-se que uma economia residencial é equivalente a um domicílio. Ligações e economias inativas de esgoto são aquelas que, embora cadastradas como usuárias dos serviços, não estão em pleno funcionamento ou estão suspensas.	Quantidade de domicílios residenciais existentes (domicílios)	Quantidade total de domicílios residenciais existentes na abrangência do Prestador de Serviços, independentemente do atendimento da rede pública de coleta de esgoto conectada a uma unidade de tratamento de esgotos, no período de referência.
Quantidade de economias residenciais ativas com tratamento de esgoto (economias)	Quantidade total de economias residenciais, na área de abrangência do Prestador de Serviços, cadastradas pelo prestador, com ligação ativa à rede pública de coleta de esgoto conectada a uma unidade de tratamento de esgoto, no período de referência. Considera-se que uma economia residencial é equivalente a um domicílio. Ligações e economias ativas de esgoto são aquelas que estão em pleno funcionamento.						
Quantidade de economias residenciais inativas com tratamento de esgoto (economias)	Quantidade total de economias residenciais, na área de abrangência do Prestador de Serviços, cadastradas pelo prestador, com ligação inativa à rede pública de coleta de esgoto conectada a uma unidade de tratamento de esgoto, no período de referência. Considera-se que uma economia residencial é equivalente a um domicílio. Ligações e economias inativas de esgoto são aquelas que, embora cadastradas como usuárias dos serviços, não estão em pleno funcionamento ou estão suspensas.						
Quantidade de domicílios residenciais existentes (domicílios)	Quantidade total de domicílios residenciais existentes na abrangência do Prestador de Serviços, independentemente do atendimento da rede pública de coleta de esgoto conectada a uma unidade de tratamento de esgotos, no período de referência.						
FORMA DE OBTENÇÃO Cadastro comercial do prestador e mapeamento de economias residenciais em sua área de abrangência (sede e localidades urbanas, áreas rurais, remotas e núcleos urbanos informais consolidados) e cadastro do município.							
OBSERVAÇÕES <u>Condição de rateio:</u> No caso de município atendido por mais de um sistema, as informações dos diversos sistemas devem ser somadas. <u>Período de referência:</u> A apuração das informações primárias é anual, de 01 de janeiro a 31 de dezembro. <u>Delegação Parcial:</u> O indicador deverá refletir as informações em conjunto dos serviços de coleta e de tratamento de esgotos, mesmo sendo cada qual de responsabilidade de cada prestador individualmente. <u>Interface com outro(s) indicador(es):</u> Este indicador tem uma interface com o I 02: Índice de economias residenciais atendidas com rede coletora de esgoto na área de abrangência do prestador de serviços. A diferença entre estes indicadores expressa o percentual da população atendida com coleta e sem tratamento. <u>Atendimento por métodos alternativos, descentralizados e individuais:</u> A Entidade Reguladora poderá considerar, para fins de comprovação do cumprimento das metas de universalização, as soluções a seguir, para tanto cabendo-lhe regulamentar e fiscalizar o serviço público que seja inerente à operação dessa ação de saneamento por parte do prestador de serviços: i) domicílios que sejam atendidos por métodos alternativos e descentralizados por ela autorizados, para os serviços de abastecimento de água ou de coleta e tratamento de esgoto, em áreas rurais, remotas ou em núcleos urbanos informais consolidados pertencentes à Área de Abrangência do Prestador de Serviços; e ii) soluções individuais por ela autorizadas em áreas que não se enquadram na diretriz acima e na ausência de redes públicas, para os serviços de abastecimento de água ou de coleta e tratamento de esgoto, na área de abrangência do prestador de serviços.							

Fonte e elaboração: Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico – ANA – NR ANA n. 02/2021.

A regulação nacional ao indicar uma referência de boa prática, utiliza como base para o cálculo da cobertura da prestação dos serviços públicos a razão entre a soma de economias ativas e inativas e a totalidade de domicílios residências existentes na “*área de abrangência do prestador de serviços*”, conceito que será delimitado em tópico específico.

Importa salientar que o Decreto Federal n. 11.598/2023 exige dos prestadores de serviço a comprovação de sua capacidade econômico-financeira para o cumprimento das “*metas de universalização*”, conceituadas pela NR ANA n. 02/2021 como as metas de cobertura (art. 6º c/c 7º da NR) de atendimento, conforme os indicadores em anexo ao ato regulatório. A ressalva que se faz em relação ao presente tópico é de que a NR n. 02/2021, antes referida, está em processo de substituição pela norma de referência sobre metas progressivas e universalização dos serviços de abastecimento de água e de coleta e tratamento de esgoto.

1.2.1.1 Área de Abrangência

Um questionamento relevante para a operação de contratos de prestação de serviços públicos de saneamento básico é a definição da responsabilidade de oferta da infraestrutura na totalidade do território municipal, nos seus núcleos urbanos²¹, núcleos urbanos informais²², núcleos urbanos informais consolidados²³ e áreas rurais.

A exigência legal de cumprimento das metas de universalização é sobre a área total do Município. Diante disso, poder-se-ia suscitar as seguintes perguntas:

(a) os contratos vigentes estão obrigados a responder pela área total do Município no seu escopo de atuação?

(b) de quem é a responsabilidade econômica pela inclusão de novas áreas no contrato para fins de cumprimento das metas de universalização? Há direito a reequilíbrio econômico-financeiro para alguma das partes (prestador dos serviços ou titular dos serviços)?

21 “Art. 3º Para fins do disposto nesta Lei, considera-se: [...] X - núcleo urbano: assentamento humano, com uso e características urbanas, constituído por unidades imobiliárias com área inferior à fração mínima de parcelamento prevista no art. 8º da Lei nº 5.868, de 12 de dezembro de 1972, independentemente da propriedade do solo, ainda que situado em área qualificada ou inscrita como rural; (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020)”

22 “Art. 3º Para fins do disposto nesta Lei, considera-se: [...] XI - núcleo urbano informal: aquele clandestino, irregular ou no qual não tenha sido possível realizar a titulação de seus ocupantes, ainda que atendida a legislação vigente à época de sua implantação ou regularização; (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020)”

23 “Art. 3º Para fins do disposto nesta Lei, considera-se: [...] XII - núcleo urbano informal consolidado: aquele de difícil reversão, considerados o tempo da ocupação, a natureza das edificações, a localização das vias de circulação e a presença de equipamentos públicos, entre outras circunstâncias a serem avaliadas pelo Município ou pelo Distrito Federal; (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020)”

Uma primeira resposta reside na necessidade de atender ao princípio constitucional da segurança jurídica (art. 5º, inciso XXXVI da CF/88²⁴), com base na proteção ao instituto do ato jurídico perfeito, para justificar a impossibilidade de alteração do contrato sem a devida recomposição econômica.

A Lei Federal n. 11.445/2007, no seu art. 11-B, § 2º, dispõe que, na hipótese de prestação indireta por meio de contratos licitados, o titular do serviço possui a decisão técnica de (i) prestar diretamente a parcela remanescente de serviço; (ii) realizar uma licitação complementar para o atingimento da totalidade da meta; ou (iii) promover o aditamento de contratos já licitados, em comum acordo com a contratada, e o reequilíbrio econômico-financeiro correspondente.

Nessa esteira, a NR ANA n. 02/2021 consolidou o conceito de “*área de abrangência do contrato*”, nos termos do art. 2º, inciso III, *in verbis*:

Art. 2º Para os efeitos desta norma, aplicam-se os seguintes conceitos e definições:

III - Área de Abrangência do Prestador de Serviços: Área geográfica, definida em contrato ou outro instrumento legal, na qual o Prestador de Serviços obriga-se a prestar os serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário, considerados de forma individual ou conjunta, conforme definição do objeto do contrato;

Nos termos do dispositivo acima transcrito, a *área de abrangência do prestador de serviços* corresponde à área geográfica em que há a obrigação de prestação dos serviços, de forma coletiva ou individual, de acordo com a definição do objeto do contrato. No mesmo sentido, o art. 7º da NR ANA n. 02/2021 destaca que os aditivos contratuais devem definir metas de universalização (art. 11-B da Lei Federal n. 11.445/2007) que garantam o atendimento “[...] *da população da área de abrangência do prestador de serviços* [...]”.

Portanto, ainda que essa interpretação já fosse a mais adequada, a NR n. 02/2021 consolidou o entendimento de que é o contrato que determina a área na qual o prestador dos serviços está obrigado a disponibilizar infraestrutura de saneamento básico.

24 “Art. 5º [...] XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;”.

A partir dessa premissa, responde-se a ambos os questionamentos:

(a) Os contratos vigentes não estão obrigados a responder pela área total do território municipal, somente na hipótese de decisão técnica do titular do serviço pela realização do aditamento contratual para inclusão de eventuais áreas que não estejam contempladas pelo instrumento original, nos termos do art. 11-B, § 2º, inciso III da Lei Federal n. 11.445/2007 c/c art. 7º da NR ANA n. 02/2021.

(b) A NR ANA n. 02/2021 consolida o entendimento de que o prestador dos serviços tem a obrigação de responder tão somente pela área de abrangência do contrato (art. 7º c/c art. 2º, inciso III), de modo que a eventual inclusão de novas áreas ao contrato vigente deve ter como contrapartida o reequilíbrio econômico-financeiro, nos termos do art. 11-B, § 2º, inciso III e art. 9º, §§ 2º e 4º da Lei Federal n. 8.987/1995.

Na experiência prática mais atual, as concessionárias estão aproveitando a janela de oportunidade que decorre da transição de contratos de programa para contratos de concessão licitados em bloco (exemplo Corsan/Aegea) na privatização, para discutir a possibilidade de incorporar, sem disputa, novas áreas dos municípios, não alcançadas pelo contrato-base. Cria-se assim um espaço legítimo de negociação, quando são calculados custos e receitas extras, a fim de que se traga para a regulação contratual áreas desabrigadas pelas redes coletivas mais estruturadas, talvez por ocuparem originalmente a zona rural. No limite, pode-se cogitar a incorporação de outros serviços de saneamento para a concessão, quando for possível confirmar o interesse público em sentido estrito presente neste movimento, por exemplo, quando se percebe o nível de vinculação (ou interdependência) entre as estruturas de esgotamento sanitário e drenagem urbana, da prevalência ou espaço para mudança, do sistema misto para o separador absoluto.

1.2.1.2 Metas de Universalização e Prazo Contratual

Outro aspecto a ser observado é a relação entre as metas de cobertura e o prazo contratual, especialmente em contratos cujo prazo é inferior ao previsto para o cumprimento das metas de universalização — quando o termo final do ajuste ocorrer antes de 31 de dezembro de 2033.

Nesse caso, o questionamento que surge no processo de comprovação da capacidade econômico-financeira — e no próprio procedimento de aditivação do contrato para inclusão das metas de universalização — é o seguinte: o prestador de serviços estaria obrigado a cumprir a totalidade da meta de universalização até o advento do termo contratual?

A base para a resposta está no parágrafo único do art. 3º do Decreto Federal n. 11.598/2023, segundo o qual:

Art. 3º [...] Parágrafo único. Na hipótese de contrato cujo prazo de vigência se encerre antes de 31 de dezembro de 2033, a análise da capacidade econômico-financeira poderá considerar o atingimento proporcional das metas de universalização referidas no caput [grifamos].

Como é possível deduzir a partir da leitura do dispositivo acima transcrito, a análise da capacidade econômico-financeira do prestador de serviços *poderá* considerar o atingimento proporcional das metas de cobertura. Logo, não há uma diretriz no sentido de exigir do prestador a demonstração da viabilidade econômico-financeira de atingimento da totalidade das metas de universalização quando o termo final do contrato é inferior ao prazo legal.

Diante disso, tem-se uma distinção a ser feita entre os contratos cujo prazo de vigência se encerre antes de 31 de dezembro de 2033: (i) aqueles que possuam a obrigação de universalização antes do prazo legal (“Grupo A”)²⁵; e (ii) aqueles que não possuam essa obrigação (“Grupo B”).

Para os contratos do Grupo A, exigir-se-á a comprovação da capacidade econômico-financeira de cumprimento das metas de universalização dentro do prazo contratual, de modo a assegurar as condições financeiras para o atingimento das metas de cobertura. Deve-se considerar as regras de destinação do Decreto Federal n. 11.598/2023, considerando-se as espécies contratuais (contrato de programa ou contrato de concessão), explicadas anteriormente.

Em relação ao Grupo B, a exigência de comprovação da capacidade econômico-financeira *poderá* ser proporcional ao prazo de vigência do ajuste. Entende-se que a referência à *possibilidade*

25 É possível que o dever de universalização anteriormente ao prazo de 31 de dezembro de 2033 esteja previsto no instrumento contratual ou no plano municipal de saneamento básico, quando este é uma diretriz explícita como obrigação contratual.

indica que o contrato vigente pode: (i) responder pela meta de universalização de forma proporcional ao seu respectivo termo final; ou (ii) ser aditivado para a inclusão da totalidade da meta de cobertura (art. 11-B, § 2º, inciso III da Lei Federal n. 11.445/2007), reequilibrado economicamente e, assim, submetido ao procedimento do Decreto Federal n. 11.598/2023, sem a exceção do seu parágrafo único do art. 3º.

Em resumo, de acordo com o art. 3º, parágrafo único do Decreto Federal n. 11.598/2023, os contratos cujos prazos se encerrem antes de 31 de dezembro de 2033 não respondem pela totalidade das metas de universalização, e podem atendê-las proporcionalmente aos seus respectivos prazos de vigência. Por isso, *não parece lógico que municípios insistam em não ampliar os prazos dos seus contratos de programa, que migraram para concessão nas desestatizações, visto que muitos deles têm os seus prazos encerrando entre 2033 e 2040*. Não se pode esperar da concessionária uma entrega completa das metas para contratos que terminarão em 2033 sem que isso esteja reequilibrado na tarifa, ou represente grave passivo indenizatório para o município. Na prática, o que acabará acontecendo de qualquer forma, para o último ano do contrato, é efetivar-se uma recomposição das bases contratuais com aditivos de prazo, o que ficaria mais simples, garantindo segurança para o concessionário e para o sistema, se concretizado no início da nova relação.

1.2.1.3 Metas de Universalização e Métodos Alternativos de Atendimento

No planejamento das operações em diferentes locais, com realidades econômicas diversas, há o tema da definição sobre o uso de soluções coletivas ou individuais/alternativas²⁶ para a prestação de serviços públicos de saneamento básico, e se as soluções individualizadas serão contabilizadas para fins de cumprimento das metas de cobertura.

Para contextualizar, a experiência no setor de saneamento básico demonstra que a administração pública teve de superar a tarefa de disponibilizar infraestrutura em localidades que possuem

26 "Art. 3º Para fins do disposto nesta Lei, considera-se: [...] XVII - sistema individual alternativo de saneamento: ação de saneamento básico ou de afastamento e destinação final dos esgotos, quando o local não for atendido diretamente pela rede pública; (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020)."

condições operacionais desfavoráveis para a obtenção de VPL positivo, o que significaria, em tese, a absorção de operações cujas despesas são maiores do que as receitas — o que se costumou chamar de *prestações deficitárias*.

A necessidade de acomodação das denominadas *prestações deficitárias* constituiu um argumento jurídico e econômico para a utilização da ferramenta do *subsídio cruzado*²⁷ entre contratos de prestação de serviços públicos — em que o VPL positivo de algumas operações sustentaria o VPL negativo de outras, estabelecendo um equilíbrio capaz de garantir sustentabilidade social, ambiental e econômica pela escala obtida. O subsídio cruzado, por sua vez, favoreceu a consolidação de técnicas regulatórias que avaliassem o *sistema de saneamento básico* como um todo, considerando a totalidade de ativos do prestador de serviços.

Na verdade, a lógica da regionalização no Planasa — concentrado nas companhias estaduais contratadas sem licitação —, ou a sistemática proposta pelo *Novo Marco* — dependente de disputas pelos contratos, salvo nas hipóteses de prestação direta —, pressupõe, para qualquer dos subsistemas dos serviços de saneamento que a economia de escala é o caminho necessário para viabilizar os princípios fundamentais dispostos no art. 2º da Lei n. 11.445/2007. Mesmo no subsistema de limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos, onde os órgãos de controle eram convictos na defesa da pulverização de contratos, o estágio atual do *Novo Marco*, somado às exigências da Lei n. 12.305/2010 e do Planares, retoma a legalidade e a legitimidade da *concentração de tarefas* com regionalização, para tornar sustentável, por exemplo, a entrada de rotas tecnológicas no processo de gestão dos resíduos, inclusive imaginando um futuro de *aterro zero*.

Uma forma de amenizar a diferença econômico-financeira das operações é adotar soluções alternativas/individuais menos custosas, em detrimento de infraestrutura coletiva mais complexa. Essa ponderação entre técnicas de prestação dos serviços públicos

27 Em algumas localidades, em razão da baixa densidade populacional, ou da própria topografia da cidade, a prestação do serviço mostrava-se muito onerosa, sendo impossível recuperar os investimentos feitos apenas com as contribuições daqueles usuários. Assim, era preciso exigir pagamentos maiores dos usuários de municípios com resultado positivo na operação, o que permite a utilização do denominado subsídio cruzado, a metodologia que até hoje sustenta a equação econômico-financeira de muitas operações.

será importante, também, dentro de operações específicas, especialmente em localidades com menor densidade populacional ou de mais difícil acesso, inclusive para a realização de obras.

Cada vez mais o uso das soluções individuais surgirá como medida complementar ao sistema tradicional, especialmente para comunidades que não possuem disponibilidade de infraestrutura pública²⁸, situadas em zonas rurais, núcleos urbanos de menor porte e núcleos urbanos informais. Esse balanço entre a utilização de soluções individuais e de soluções compartilhadas — com estruturas mais complexas — deve ser definido pela agência reguladora infranacional, de acordo com as diretrizes nacionais (art. 45, § 1º da Lei n. 11.445/2007²⁹). Naturalmente, a própria carência por estes serviços, muito embora sua relevância, pode incentivar estratégias que propiciem uma resposta mais rápida. Neste momento, a abordagem principal acaba direcionada para o serviço de abastecimento de água e esgotamento sanitário, além da drenagem urbana e manejo de águas pluviais.

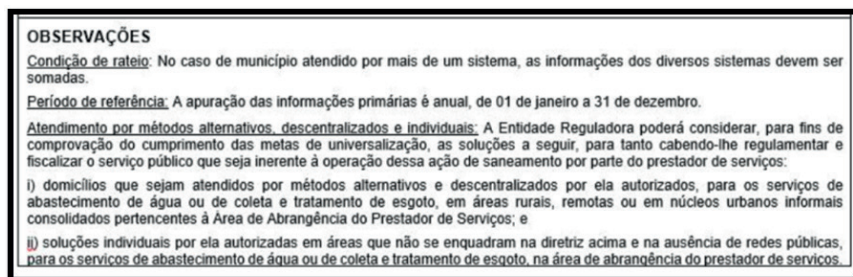
Importa reiterar que o art. 11-B, § 4º da Lei Federal n. 11.445/2007 assenta que o prestador poderá utilizar métodos alternativos e descentralizados para fins de abastecimento de água e coleta e tratamento de esgoto, os quais serão considerados para fins de atingimento das metas de universalização:

28 “Essas características fizeram com que fossem desenvolvidas soluções que fazem sentido no ambiente de adensamento urbano: para aproveitar ganhos de escala, são construídas estruturas complexas, com alta demanda de capital. Passamos tubulações por todo o subterrâneo para distribuir água e juntar todo o esgoto de milhões de pessoas em poucas estações de tratamento. Esse tipo de solução não faz sentido para locais com características diferentes, como os pequenos municípios, zonas rurais e comunidades isoladas. Nessas localidades, não há concentração de demanda suficiente para garantir a sustentabilidade econômica do investimento em infraestrutura.” FERREIRA, Artur Villela. OLIVEIRA, Gesner. **Nem Negacionismo, Nem Apocalipse. Economia do Meio Ambiente: Uma Perspectiva Brasileira**. 1ª ed. São Paulo: BEI Editora, 2021, p. 236.

29 “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.”

Art. 11-B [...] § 4º É facultado à entidade reguladora prever hipóteses em que o prestador poderá utilizar métodos alternativos e descentralizados para os serviços de abastecimento de água e de coleta e tratamento de esgoto em áreas rurais, remotas ou em núcleos urbanos informais consolidados, sem prejuízo da sua cobrança, com vistas a garantir a economicidade da prestação dos serviços públicos de saneamento básico (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020) [grifamos].

Em sentido análogo, os indicadores para a aferição do cumprimento das metas previstos na NR ANA n. 02/2021 preveem a mensuração do atendimento por meio de métodos alternativos, descentralizados e individuais para áreas rurais, remotas, núcleos urbanos consolidados e demais localidades:



Fonte e elaboração: Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico – ANA – NR ANA n. 02/2021

Em suma, os métodos alternativos, descentralizados e individuais podem ser utilizadas pelos prestadores de serviços em áreas rurais, remotas, núcleos urbanos consolidados e demais localidades, desde que obedeça aos atos regulatórios praticados pelas agências reguladoras subnacionais. Deve-se sempre ressaltar que a regulação contratual também pode trazer essa resposta, o que tende a ser o melhor, na medida em que os operadores conseguem antecipar os desafios de Capex e Opex oferecidos por determinado sistema.

1.2.2 Demais Metas Setoriais (Perdas de Água, Não Intermitência de Atendimento, Melhoria no Processo de Tratamento)

Como dito, a NR. ANA n 02/2021 manifestou que as metas obrigatórias no termo aditivo padronizado se referem às de universalização/

cobertura, as metas sobre as quais incidem o processo de comprovação da capacidade econômico-financeira. O art. 11-B, *caput* da Lei Federal n. 11.445/2007, por sua vez, anuncia a existência de metas quantitativas de não intermitência do abastecimento, de redução de perdas e de melhoria dos processos de tratamento, além das metas de cobertura.

Diante disso, questiona-se a avaliação das metas quantitativas no contexto do procedimento de comprovação da capacidade econômico-financeira, se há diretrizes da regulação nacional sobre o tema e se podem ser exigidas pelas entidades reguladoras infra-nacionais.

Em primeiro lugar, ressalta-se o entendimento exarado nos tópicos anteriores: de que o procedimento de comprovação da capacidade econômico-financeira tem como objetivo principal assegurar que os prestadores de serviços possuam condições financeiras de responder pelas metas de universalização/cobertura. Isso está evidente na interpretação dos arts. 1º e 3º do Decreto Federal n. 11.598/2023, amparado também no conteúdo da NR ANA n. 02/2021.

Nessa esteira, a NR ANA n. 02/2021, no seu art. 5º, § 2º, dispõe que as metas de (i) não intermitência de abastecimento de água (ii) de redução de perdas e (iii) de melhoria dos processos de tratamento serão objeto de norma de referência específica. Veja-se:

Art. 5º Os aditivos aos Contratos de Programa e de Concessão deverão prever metas finais e intermediárias de universalização.

§ 2º As metas de não intermitência do abastecimento, de redução de perdas e de melhoria dos processos de tratamento serão objeto de norma de referência específica a ser editada pela ANA.

A consequência regulatória disso é a ausência de um parâmetro nacional para a avaliação das metas quantitativas. Na ausência da regulação nacional, a regulação infranacional continua comprometida em dar as respostas, salvo quando antecipadas pela regulação contratual. Dessa forma, as metas quantitativas (de não intermitência de abastecimento, de perdas de água e de melhoria no processo de tratamento) que podem ser avaliadas pelas agências reguladoras infranacionais são aquelas dispostas pelos atos regulatórios infranacionais (como em resoluções normativas)

ou pelas cláusulas contratuais. Importante esclarecer, a regulação nacional é um ponto de referência, um caderno de boas práticas, sem frustrar a autonomia da inteligência local (sob pena de risco de inconstitucionalidade).

A eventual superveniência de metas quantitativas diversas³⁰ — e que incorporem encargos operacionais — ensejam reequilíbrio econômico-financeiro por alteração unilateral do contrato ou por fato do príncipe, tal como explicado em tópicos anteriores. Imprescindível que estas questões estejam bem resolvidas no âmbito da regulação contratual, sendo inadequado imaginar que a escolha do método para qualquer reequilíbrio envolva poder discricionário do concedente. Tudo o que se consegue antecipar na regulação contratual implica em maior segurança para o projeto.

No caso específico da água, o seu uso negligente e as grandes perdas hídricas durante todo o processo de abastecimento de água potável fazem parte das preocupações destacadas pelo *Novo Marco*. Mesmo o Brasil sendo um país abundante em recursos hídricos, a desigualdade no acesso à água, a instabilidade climática, o risco hidrológico e os períodos de escassez são cada vez mais frequentes nas diversas regiões do país. Diante de tantas motivações, a legislação setorial, com as modificações, estabelece índices desafiadores para a redução de perdas, físicas ou econômicas. Em verdade, princípios, metas e condições para a alocação de recursos com base na regularidade dos contratos e no desempenho dos prestadores nas medidas voltadas para reduzir o número de perdas de água. Nesse sentido, o inciso XIII do art. 2º da Lei Federal n. 11.445/2007, ao tratar dos princípios fundamentais dos serviços de saneamento, dispõe:

Art. 2º Os serviços públicos de saneamento básico serão prestados com base nos seguintes princípios fundamentais: [...] XIII - redução e controle das perdas de água, inclusive na distribuição de água tratada, estímulo à racionalização de seu consumo pelos usuários e fomento à eficiência energética, ao reúso de efluentes sanitários e ao aproveitamento de águas de chuva; (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020) [grifamos].

30 Na hipótese, por exemplo, de norma de referência da Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico – ANA – que imponha metas contratuais diversas das previstas em atos regulatórios das entidades reguladoras infranacionais ou em cláusulas contratuais.

A nova redação dada ao dispositivo citado, responsável por acrescentar a redução de perdas no texto do princípio que orienta os serviços públicos de saneamento, revela o caráter prioritário conferido pelo *Novo Marco* ao tema, demonstrando a existência de uma real preocupação com o estágio atual deste aspecto da política pública (em coerência com o conceito de *regulação por performance*). Nos contratos de concessão que resultaram do modelo Cedae, tornou-se ponto de tensão os números reais das perdas na rede de abastecimento de água quando confrontadas com os documentos que orientaram o processo licitatório e a formulação das propostas. Se a matriz de risco não esclarece, as distâncias entre números projetados e a experiência real das operações é desarrazada, mas isso, de alguma forma, foi esclarecido nos debates da licitação, cria-se um problema que só o bom senso entre os envolvidos pode resolver.

Toda concessão se justifica pela sustentabilidade social, ambiental e econômica, e, por isso, qualquer das partes envolvidas precisa entreter esforços para que todos esses aspectos estejam harmonizados na rotina de aplicação desses acordos. Por isso, todos esses vínculos, para a compreensão atual do Direito Administrativo, são móveis e precisam contemplar interesses públicos e privados, sem artificiais supremacias ou prevalências desproporcionais.

No ponto, sob pena de nulidade dos contratos, o *Novo Marco* exige a previsão contratual das disposições expressas no art. 10-A da Lei Federal 11.445/2007, tendo como relevante para o assunto aqui abordado o inciso I, que determina:

*Art. 10-A. Os contratos relativos à prestação dos serviços públicos de saneamento básico deverão conter, expressamente, sob pena de nulidade, as cláusulas essenciais previstas no art. 23 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, além das seguintes disposições: [...] I - metas de expansão dos serviços, **de redução de perdas na distribuição de água tratada**, de qualidade na prestação dos serviços, de eficiência e de uso racional da água, da energia e de outros recursos naturais, do reúso de efluentes sanitários e do aproveitamento de águas de chuva, em conformidade com os serviços a serem prestados; (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020) [grifamos].*

Em suma, o *Novo Marco* reconhece a relevância do problema, buscando, por meio do seu texto legal, iniciativas por parte

dos prestadores e reguladores dos serviços de saneamento básico, para que se conscientizem a respeito do assunto e busquem soluções capazes de reduzir concretamente as perdas desse insumo.

Vale ressaltar, também, que a gestão de perdas dialoga com a redução de custos operacionais (Opex), a preservação do meio ambiente e o interesse social. Dessa forma, por meio de uma gestão bem estruturada, a prestadora poderá desenvolver estudos e planejamentos com o objetivo de reduzir o volume de água comprometida no serviço de abastecimento, promovendo: (i) a sustentabilidade ambiental devido a redução das perdas — consequentemente, o aproveitamento dos recursos captados; (ii) a sustentabilidade econômica ao identificar irregularidades (como ligações clandestinas), novas ligações possíveis à rede de abastecimento e desenvolver uma fiscalização mais eficiente do consumo de água pelos consumidores, aumentando o faturamento da prestadora; e (iii) a sustentabilidade social devido à redução de gastos com o serviço, podendo ser transferida parte da receita arrecadada para reduzir o valor da tarifa, em coerência com o princípio da modicidade tarifária.

A metodologia conhecida por *Balanco Hídrico* tem a utilidade de estabelecer um parâmetro de comparação entre a água que é captada no sistema de abastecimento até sua disposição ao consumidor³¹. Podendo medir, dessa forma, a quantidade de água que se perdeu ao longo da cadeia. Essa metodologia é utilizada para medir a eficiência da operação dos serviços de abastecimento de água, tendo em vista o balanço entre a captação e as perdas hídricas e de faturamento. Existe a medida do que é captado, do volume tratado, mas sem a devida correspondência com o faturado, apenas para comprovar que existe um descompasso entre a entrega do serviço e a efetiva contraprestação do usuário.

Em outras palavras, o volume de água distribuído é classificado como consumo autorizado ou como perda (real ou aparente).³² O consumo autorizado é aquele em que há o conhecimento da sua utilização pelos consumidores autorizados para tal, podendo

31 INSTITUTO TRATA BRASIL. **Perdas de Água 2023 (SNIS 2021)**: Desafios para Disponibilidade Hídrica e Avanço da Eficiência do Saneamento Básico no Brasil. Disponível em: <https://tratabrasil.org.br/perdas-de-agua-2023/>. Acesso em: 11 mar. 2024.

32 HELLER, Léo; PÁDUA Valter Lúcio (org.). **Abastecimento de água para o consumo humano**. Volume II. 2ª ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2010, p. 803 e 804.

ser faturado ou não faturado. Por outro lado, a perda pode ser classificada de duas maneiras: (i) perdas reais ou perdas físicas — volume de água perdido durante as etapas da produção e (ii) perdas aparentes — volume de água consumido sem autorização. Ambas resultam em *não faturamento* pela concessionária, impactando na arrecadação tarifária e prejudicando a sustentabilidade econômica do serviço.

O cenário brasileiro, no que diz respeito às perdas hídricas, revela um quadro preocupante. De acordo com os dados fornecidos pelo Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento (SNIS 2022),³³ a média nacional de perdas de água na distribuição (IN049) é de 37,8% — com estados chegando a mais de 70% de perdas desse tipo —, um percentual muito elevado em comparação a países desenvolvidos e outros países em desenvolvimento.³⁴ Distante, também, da meta estabelecida pelo art. 3º, parágrafo primeiro, da Portaria MDR n. 490/2021,³⁵ que estabelece a meta de 25% para o índice IN049 (Índice de perdas na distribuição). Além desse dado, o SNIS também apresenta uma média nacional de 337,7 litros/ligação/dia para o índice de perdas por ligação (IN051), estando, novamente, muito acima da meta prevista pela portaria — 216 litros/ligação/dia.³⁶

Sobre o tema, na perspectiva da orientação mais atual, são as entidades reguladoras infranacionais as responsáveis em editar normas observando as diretrizes determinadas pela ANA (como boas práticas). É isso que está previsto no art. 23 da Lei Federal n.

33 SISTEMA NACIONAL DE INFORMAÇÃO SOBRE SANEAMENTO (SNIS). **Série Histórica**. Disponível em: <http://app4.mdr.gov.br/serieHistorica/#>. Acesso em: 11 mar. 2024.

34 INSTITUTO TRATA BRASIL. Perdas de Água 2023 (SNIS 2021): **Desafios para Disponibilidade Hídrica e Avanço da Eficiência do Saneamento Básico no Brasil**. Disponível em: <https://tratabrasil.org.br/perdas-de-agua-2023/>. Acesso em: 11 mar. 2024.

35 Art. 3º Para atendimento à condição estabelecida no caput do art. 1º, em cada município a ser beneficiado os valores dos indicadores devem ser menores ou iguais à seguinte proporção do índice médio nacional da última atualização da base de dados do SNIS: I - 100% nos anos de 2021 e 2022; II - 95% nos anos de 2023 e 2024; III - 90% nos anos de 2025 e 2026; IV - 85% nos anos de 2027 e 2028; V - 80% nos anos de 2029 e 2030; VI - 75% nos anos de 2031 e 2032; VII - 70% no ano de 2033; e VIII - 65% a partir do ano de 2034. **§ 1º Os valores previstos no caput ficam limitados ao mínimo de 25% para o IN049 - índice de perdas na distribuição e de 216,0 litros/ligação/dia para o IN051 - índice de perdas por ligação [grifamos].**

36 Ibidem.

11.445/2007. Ainda, em relação às diretrizes sobre perdas de água, dispõe o art. 23 e seu inciso XIV:

Art. 23. A entidade reguladora, observadas as diretrizes determinadas pela ANA, editará normas relativas às dimensões técnica, econômica e social de prestação dos serviços públicos de saneamento básico, que abrangerão, pelo menos, os seguintes aspectos: (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020) [...]

XIV - diretrizes para a redução progressiva e controle das perdas de água. (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020) [grifamos].

Revela-se, portanto, a preocupação trazida pelo *Novo Marco* ao estabelecer um ambiente regulatório adequado e rigoroso quanto ao controle de perdas de água, delegando à ANA e às entidades infranacionais a competência para regular o assunto, tendo em vista uma realidade de números que é prejudicial ao setor. Seguindo a legislação, as agências devem fiscalizar a adoção dessas normas pelas concessionárias para que, assim, alcancem as metas desejadas no quesito *redução de perdas*. Ademais, a agenda regulatória da ANA prevê a produção de “diretrizes para metas progressivas de universalização”, estando presente, no texto da minuta disponibilizada no sistema de participação social, o assunto de metas de redução de perdas³⁷. Nessa lógica, a Lei Federal 11.445/2007 é bem minuciosa ao estabelecer em seus incisos III e IV do art. 50³⁸ as condições de alocação de recursos públicos federais, prevendo a adoção das normas expedidas pela ANA para regular a prestação dos serviços e o atingimento do índice de perdas de água na distribuição.

37 ANA. Sistema de Participação Social nas Decisões da ANA. **Audiência Pública nº 004/2023**. Disponível em: <https://participacao-social.ana.gov.br/Consulta/147>. Acesso em: 22 nov. 2023.

38 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; (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020)

IV - ao cumprimento de índice de perda de água na distribuição, conforme estabelecido em ato do Ministro de Estado das Cidades; (Redação dada pela Lei nº 14.600, de 2023)

2. Procedimento e Requisitos

Definido o grupo de prestadores de serviços aos quais o Decreto Federal n. 11.598/2023 se destina, bem como o conteúdo exigido, qual seja, a comprovação da capacidade econômico-financeira de responder pelas metas de universalização — especialmente a metas de cobertura —, este tópico irá descrever o procedimento e os requisitos exigidos no processo.

2.1 Prazo para Apresentação do Requerimento

A publicação do Decreto Federal n. 11.598/2023, que substituiu o Decreto Federal n. 11.466/2023 e o Decreto Federal n. 10.710/2021, abriu novo prazo para a apresentação do requerimento de comprovação de capacidade econômico-financeira, de modo a permitir que os prestadores que não apresentaram o pedido nos termos do Decreto Federal n. 10.710/2021 tenham uma nova oportunidade de demonstrarem a sua viabilidade econômico-financeira para operar os ajustes de sua base de ativos. Não se pode mais admitir que a solução para o setor de saneamento seja liderada por operadores públicos ou privados que não demonstrem poder de investimento para concretizar as entregas exigidas pelo vigente marco legal. É disso que se está falando aqui, para além das ideologias: existe uma conta que precisa ser paga, de infraestrutura nova, tanto cinza quanto verde, para que se consiga garantir o direito ao futuro de todas as populações. Os desafios impostos ao Brasil, respeitando-se as singularidades locais, estão testando a qualidade dos decisores públicos em todo o planeta.

O prazo anterior para a apresentação de requerimento de comprovação da capacidade econômico-financeira se encerrou em 31 de dezembro de 2021, nos termos do art. 10 do Decreto Federal 10.710/2021³⁹. A superveniência do Decreto Federal n. 11.466/2023, contudo, revogou o dispositivo e estipulou novo prazo, para 31 de dezembro de 2023, o qual restou confirmado pelo art. 10 do Decreto Federal n. 11.598/2023⁴⁰.

39 "Art. 10. O prestador deverá apresentar requerimento de comprovação de capacidade econômico-financeira junto a cada entidade reguladora responsável pela fiscalização de seus contratos até 31 de dezembro de 2021."

40 "Art. 10. O prestador apresentará requerimento de comprovação de capacidade econômico-financeira junto a cada entidade reguladora responsável pela fiscalização de seus contratos, até 31 de dezembro de 2023, acompanhado dos seguintes documentos:"

Assim, os prestadores de serviços que não apresentaram requerimento de comprovação da capacidade econômico-financeira nos termos do Decreto Federal 10.710/2021 ou que o fizeram e não tenham sido aprovados tiveram nova oportunidade de realizar o requerimento com base no Decreto Federal n. 11.598/2023, até 31 de dezembro de 2023 (será preciso acompanhar os resultados e o grau de rigor na avaliação dessas entregas). No ponto, os principais prestadores que serão beneficiados com a regra são os operadores de contratos de programa (prestação direta por delegação), que terão nova oportunidade para assegurar administrativamente a sua viabilidade econômico-financeira de cumprimento das metas de universalização, conforme os requisitos do Decreto Federal n. 11.598/2023.

2.1.1 Documentos Comprobatórios

Para fins de instrução do procedimento de comprovação da capacidade econômico-financeira, o art. 10 do Decreto Federal n. 11.598/2023 exigiu que os prestadores de serviços encaminhassem uma lista de documentos na apresentação do requerimento até 31 de dezembro de 2023, quais sejam:

I - cópia dos contratos de prestação de serviços de abastecimento de água potável ou de esgotamento sanitário de que seja titular, com a inclusão dos respectivos anexos e termos aditivos;

II - minuta de termo aditivo que pretenda celebrar para incorporar ajustes relacionados à comprovação da capacidade econômico-financeira, acompanhada de declaração de anuência do titular do serviço;

III - demonstrações contábeis consolidadas do grupo econômico a que pertence o requerente devidamente auditadas, referentes aos cinco últimos exercícios financeiros já exigíveis;

IV - demonstrativo de cálculo dos indicadores econômico-financeiros de que trata o art. 5º;

V - laudo ou parecer técnico de auditor independente que ateste, sob sua responsabilidade, a adequação do demonstrativo de cálculo dos indicadores econômico-financeiros aos parâmetros e aos índices referenciais mínimos previstos no art. 5º;

VI - estudos de viabilidade de que trata o inciso I do caput do art. 6º;

VII - plano de captação de recursos de que trata o inciso II do caput do art. 6º; e



VIII - laudo ou parecer técnico de certificador independente que ateste, sob sua responsabilidade, a adequação dos estudos de viabilidade e do plano de captação às exigências previstas nos art. 6º a art. 8º e, quando aplicável, no inciso IV do caput do art. 9º e seu § 1º.

A lista de documentos é idêntica à estabelecida pelo Decreto Federal n. 10.710/2023⁴¹, redigido pelo Governo Federal anterior. Dentre esses, destaca-se a indicação de necessidade da anuência do titular do serviço sobre o conteúdo disposto na minuta de termo aditivo para inclusão das metas de universalização, nos termos do art. 11-B, §§ 1º e 2º, inciso III da Lei n. 11.445/2007. A referida declaração de anuência, evidentemente, está relacionada ao reconhecimento de pendência de revisão econômico-financeira do contrato ou à definição da medida de reequilíbrio econômico-financeiro — tal como indicado pelo art. 7º, § 2º do Decreto Federal n. 11.598/2023⁴². Possivelmente, comprovando-se uma baixa adesão, pode-se discutir, em momento seguinte, para não convulsionar o sistema, a possibilidade de novos prazos, na medida em que o incentivo principal é dar pleno conhecimento da realidade de cada operação.

41 "Art. 11. O prestador deverá apresentar o requerimento de comprovação de capacidade econômico-financeira acompanhado dos seguintes documentos: I - cópia dos contratos regulares em vigor de prestação de serviços de abastecimento de água potável ou de esgotamento sanitário de que seja titular, com a inclusão dos respectivos anexos e termos aditivos; II - minuta de termo aditivo que pretenda celebrar para incorporar ao contrato as metas de universalização, acompanhada de declaração de anuência do titular do serviço; III - demonstrações contábeis consolidadas do grupo econômico a que pertence o requerente devidamente auditadas, referentes aos cinco últimos exercícios financeiros já exigíveis; IV - demonstrativo de cálculo dos indicadores econômico-financeiros de que trata o art. 5º; V - laudo ou parecer técnico de auditor independente que ateste, sob sua responsabilidade, a adequação do demonstrativo de cálculo dos indicadores econômico-financeiros aos parâmetros e aos índices referenciais mínimos previstos no art. 5º; VI - estudos de viabilidade de que trata o inciso I do caput do art. 6º; VII - plano de captação de recursos de que trata o inciso II do caput do art. 6º; e VIII - laudo ou parecer técnico de certificador independente que ateste, sob sua responsabilidade, a adequação dos estudos de viabilidade e do plano de captação às exigências previstas nos art. 6º a art. 8º e, quando aplicável, no inciso IV do caput e no § 1º do art. 9º."

42 "Art. 7º [...] § 2º Os estudos de viabilidade poderão prever, dentre outros elementos: I - repactuação tarifária, desde que haja manifestação oficial favorável do titular do serviço e que o prestador tenha protocolado o pedido de repactuação junto à entidade reguladora competente, de acordo com as normas aplicáveis; e II - aporte, contraprestação pecuniária ou subsídio de ente público, desde que compatíveis com o Plano Plurianual, a Lei de Diretrizes Orçamentárias e a Lei Orçamentária Anual, vedada a previsão de prestações em valor crescente, se plurianual."

2.1.2 Avaliação Econômico-financeira

O art. 4º do Decreto Federal n. 11.598/2023⁴³ condiciona a aprovação do prestador de serviços no processo de comprovação da capacidade econômico-financeira à avaliação em duas etapas.

Na primeira etapa, avalia-se os último cinco exercícios financeiros do prestador, nos quais esse deve cumprir indicadores mínimos listados no art. 5º do Decreto Federal n. 11.598/2023. Na segunda etapa, analisa-se a adequação do “*plano de captação*” para o cumprimento das metas de universalização dentro do prazo de 31 de dezembro de 2033 (art. 6º do Decreto Federal n. 11.598/2023).

A seguir, analisa-se os requisitos exigidos pelo Decreto Federal n. 11.598/2023 para a comprovação da capacidade econômico-financeira.

2.2 Primeira Etapa

Na primeira etapa, o art. 5º do Decreto Federal n. 11.598/2023⁴⁴ exige a análise da situação econômico-financeira do prestador de serviços, com base nas medianas dos indicadores dos últimos cinco

43 “Art. 4º A avaliação da capacidade econômico-financeira será realizada pela entidade reguladora em duas etapas sucessivas: I - na primeira etapa, será analisado o cumprimento de índices referenciais mínimos dos indicadores econômico-financeiros; e II - na segunda etapa, será analisada a adequação dos estudos de viabilidade e do plano de captação.”

44 “Art. 5º Para a aprovação na primeira etapa de que trata o inciso I do caput do art. 4º, o prestador comprovará que os indicadores econômico-financeiros do grupo econômico a que pertence atendem aos seguintes referenciais mínimos: I - índice de margem líquida sem depreciação e amortização superior a zero; II - índice de grau de endividamento inferior ou igual a um; III - índice de retorno sobre patrimônio líquido superior a zero; e IV - índice de suficiência de caixa superior a um. § 1º A verificação do atendimento aos índices de que trata o caput será realizada por meio da análise das demonstrações contábeis consolidadas do grupo econômico a que pertence o prestador, elaboradas de acordo com as normas contábeis aplicáveis. § 2º Os índices de que trata o caput serão obtidos a partir das medianas dos indicadores dos últimos cinco exercícios financeiros já exigíveis e devidamente auditados. § 3º Caso o divisor e o dividendo de seu cálculo sejam negativos, não se considera atendido o índice de retorno sobre patrimônio líquido superior a zero. § 4º Caso os referenciais mínimos não sejam atendidos nos termos do disposto no § 2º, o prestador apresentará um plano de metas para o atingimento, no prazo máximo de cinco anos, dos referenciais mínimos dispostos no caput, o qual deve ser detalhado ano a ano e conter metas intermediárias, e demonstrar a viabilidade de seu atingimento e a sua compatibilidade com os estudos de viabilidade e com o plano de captação de que trata o art. 6º. § 5º Caberá à entidade reguladora competente verificar anualmente o atingimento dos referenciais mínimos previstos no plano de metas a que se refere o § 4º.”

exercícios financeiros. Os parâmetros são os seguintes: índice de margem líquida sem depreciação e amortização superior a zero, índice de grau de endividamento inferior ou igual a um e índice de retorno sobre patrimônio líquido superior a zero e suficiência de caixa superior a um. O efetivo cumprimento dos indicadores pelo prestador dos serviços deve ser atestado por auditor independente, de acordo com o art. 2º, inciso I, do Decreto Federal n. 11.598/2023⁴⁵.

Em relação aos índices, pontua-se que o Decreto Federal n. 10.710/2021 listou indicadores idênticos ao do atual regulamento. A diferença que mais se destaca entre ambos os decretos é que, no atual procedimento, a eventual não aprovação do prestador de serviços na primeira etapa pode ser superada por meio da apresentação de um *plano de metas para o atingimento* (art. 5º, § 4º do Decreto Federal n. 11.598/2023⁴⁶), enquanto no Decreto Federal 10.710/2021 a não aprovação na primeira etapa impedia a análise da documentação referente à segunda etapa⁴⁷.

O plano de metas para o atingimento deve prever o cumprimento dos indicadores do art. 5º do Decreto Federal n. 11.598/2023 em até cinco anos, com descrição de metas intermediárias, as quais serão verificadas pela reguladora infranacional (art. 5º, § 5º do Decreto Federal n. 11.598/2023⁴⁸).

Diante disso, destaca-se que o novo regulamento possui uma linha de orientação mais flexível para a hipótese de prestadores de serviços que possuam situação econômico-financeira instável.

45 "Art. 2º [...] I - auditor independente - pessoa jurídica de direito privado, de notória reputação, registrada como auditoria independente na Comissão de Valores Mobiliários - CVM, apta a atuar com imparcialidade e independência perante o prestador e o titular do serviço público de saneamento básico, com a responsabilidade de emitir laudo ou parecer técnico que ateste a correção do cálculo e o atendimento dos indicadores econômico-financeiros aos referenciais mínimos previstos no art. 5º;"

46 "Art. 5º [...] § 4º Caso os referenciais mínimos não sejam atendidos nos termos do disposto no § 2º, o prestador apresentará um plano de metas para o atingimento, no prazo máximo de cinco anos, dos referenciais mínimos dispostos no caput, o qual deve ser detalhado ano a ano e conter metas intermediárias, e demonstrar a viabilidade de seu atingimento e a sua compatibilidade com os estudos de viabilidade e com o plano de captação de que trata o art. 6º."

47 Em outras palavras, a não aprovação na primeira etapa acarretava a não comprovação da capacidade econômico-financeira do prestador dos serviços, nos termos do Decreto Federal n. 10.710/2021 (revogado).

48 "Art. 5º [...] § 5º Caberá à entidade reguladora competente verificar anualmente o atingimento dos referenciais mínimos previstos no plano de metas a que se refere o § 4º."

2.3 Segunda Etapa

Na segunda etapa, o Decreto Federal n. 11.598/2023 observa o planejamento do futuro econômico do prestador dos serviços, que deverá apresentar um estudo de viabilidade econômico-financeira (art. 6º, inciso I do Decreto Federal n. 11.598/2023⁴⁹) e um plano de captação para o cumprimento das metas de universalização (art. 6º, inciso II do Decreto Federal n. 11.598/2023⁵⁰).

2.3.1 Estudos de Viabilidade Econômico-financeira

Em relação aos estudos de viabilidade econômico-financeira, o Decreto Federal n. 11.598/2023 condiciona a sua aprovação às seguintes características de contabilidade regulatória: (i) fluxo de caixa global com valor presente líquido igual ou superior a zero (art. 6º, inciso I do Decreto Federal n. 11.598/2023); (ii) apresentação de estimativas dos investimentos necessários para o atingimento das metas de universalização em cada um dos Municípios e dos investimentos globais (art. 7º, inciso I, alíneas “a” e “b”); e (iii) demonstração do fluxo de caixa global esperado para o prestador e o fluxo de caixa para cada Município com contrato em vigor, compatíveis com a documentação que regula a prestação do serviço (art. 7º, incisos II e III do Decreto Federal n. 11.598/2023).

O Decreto Federal n. 11.598/2023 também descreve as premissas de contabilidade regulatória que os estudos de viabilidade econômico-financeira devem adotar, dispostos no art. 7º, § 1º:

Art. 7º [...]

I - a estimativa de receitas tarifárias futuras adotará como base as receitas reais auferidas no ano mais recente, ajustada para eventual repactuação tarifária de que trata o inciso I do § 2º, incidido sobre ela o crescimento anual proporcional ao crescimento das ligações ativas de água e de esgoto, até o atingimento das metas de universalização;

II - margem LAJIDA equivalente à mediana dos últimos cinco anos, que poderá incorporar ganhos futuros de eficiência operacional e comercial, desde que estejam amparados em projetos e planos devidamente estruturados e aptos à implementação, conforme avaliação da entidade reguladora;

49 “Art. 6º Para a aprovação na segunda etapa de que trata o inciso II do caput do art. 4º, o prestador comprovará que: I - os estudos de viabilidade resultam em fluxo de caixa global com valor presente líquido igual ou superior a zero;”

50 “Art. 6º [...] II - o plano de captação está compatível com os estudos de viabilidade.”



III - taxa de desconto dos fluxos futuros de entradas e saídas de caixa que reflita, no mínimo, a taxa de longo prazo - TLP divulgada pelo Banco Central do Brasil; e

IV - índice de cobertura do serviço da dívida, definido como a razão entre a margem LAJIDA e a soma dos pagamentos de juros e amortização dos recursos de terceiros, igual ou maior que um inteiro, admitido o prazo de carência de até quatro anos.

Em sentido análogo, o § 3º do art. 7º do Decreto Federal n. 11.598/2023 salienta que os estudos de viabilidade econômico-financeira não poderão prever: (i) amortização de recursos de capital de terceiros ulterior ao prazo do contrato; (ii) amortização de investimentos em bens reversíveis ulterior ao prazo do contrato; e (iii) indenização de valor residual em bens reversíveis ao fim do contrato, exceto se essa regra estiver prevista em contrato antes da vigência do Decreto Federal n. 11.598/2023.

Ressalta-se que os estudos de viabilidade econômico-financeira devem ter as suas premissas e conclusões atestadas por certificador independente (art. 2º, inciso II do Decreto Federal n. 11.598/2023⁵¹).

2.3.1.1 Normas Regulatórias para Repactuação de Serviços

Como dito anteriormente, a celebração de termo aditivo para fins de inclusão das metas de universalização/cobertura dos serviços de saneamento básico (art. 11-B, §§ 1º e 2º da Lei Federal n. 11.445/2007) pressupõe o reequilíbrio econômico-financeiro do ajuste — seja por alteração unilateral, seja por fato do príncipe.

Com base nisso, o art. 7º, § 2º do Decreto Federal n. 11.598/2023⁵² possibilita que o estudo de viabilidade econômico-

51 “Art. 2º [...] II - certificador independente - pessoa jurídica de direito privado, de notória reputação, acreditada pelo Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia - Inmetro, como Organismo de Inspeção Acreditada de Empreendimentos de Infraestrutura com escopo de saneamento, ou que comprove ter sido pré-qualificada por instituição financeira federal, nos últimos cinco anos, para a realização de estudos de estruturação de concessões e parcerias público-privadas na área de saneamento, e que esteja apta a atuar com imparcialidade e independência perante o prestador e o titular do serviço público de saneamento básico, com a responsabilidade de emitir laudo ou parecer técnico que ateste a adequação dos estudos de viabilidade e do plano de captação às exigências previstas nos art. 6º a art. 8º e, quando aplicável, no inciso IV do caput do art. 9º e no seu § 1º;”.

52 “Art. 7º [...] § 2º Os estudos de viabilidade poderão prever, dentre outros elementos: I - repactuação tarifária, desde que haja manifestação oficial favorável do titular

-financeira preveja repactuação tarifária — desde que haja manifestação favorável do titular do serviço — e/ou aporte do titular do serviço.

Um aspecto que chama atenção é a não replicação do art. 7^a, § 3^o, inciso I do Decreto Federal n. 10.710/2021⁵³, que vedava a extensão do prazo de contratos de programa como medida de reequilíbrio econômico-financeira em contrapartida à inclusão das metas de universalização, no atual regulamento. Assim, não há dispositivo correspondente no Decreto Federal n. 11.598/2023, ainda que na prática, por óbvio, isso não modifica o que já estava estabelecido e continua na última redação da Lei n. 11.445/2007.

Não implica na possibilidade de reequilíbrio econômico-financeiro de contratos operados pelos prestadores de serviços por meio de aditamento e ampliação do prazo de vigência; pelo contrário, a Lei Federal n. 11.445/2007 c/c Lei Federal n. 14.026/2020 veda essa possibilidade⁵⁴. No ponto, salienta-se a proibição de formalização e renovações/prorrogações de contratos de programa: (i) pelo *caput* do art. 10 da Lei Federal n. 11.445/2007⁵⁵; e (ii) pelos efeitos tácitos do veto ao art. 16 da Lei Federal n. 14.026/2020⁵⁶.

do serviço e que o prestador tenha protocolado o pedido de repactuação junto à entidade reguladora competente, de acordo com as normas aplicáveis; e II - aporte, contraprestação pecuniária ou subsídio de ente público, desde que compatíveis com o Plano Plurianual, a Lei de Diretrizes Orçamentárias e a Lei Orçamentária Anual, vedada a previsão de prestações em valor crescente, se plurianual.”

53 Art. 7^o [...] § 3^o Os estudos de viabilidade não poderão prever:

I - no caso de contrato de programa, ampliação de seu prazo de vigência;

54 MOREIRA, Egon Bockmann. **O Novo Marco Legal do Saneamento e a Impossibilidade de Prorrogação de Contratos de Programa**. Disponível em: <https://zenite.blog.br/o-novo-marco-legal-do-saneamento-e-a-impossibilidade-de-prorrogacao-de-contratos-de-programa/>. Acesso em: 05 fev. 2022.

55 “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).

56 “A propositura legislativa, ao regularizar e reconhecer os contratos de programa, situações não formalizadas de prestação de serviços públicos de saneamento básico por empresa pública ou sociedade de economia mista, bem como possibilitar a prorrogação por 30 anos das atuais avenças, prolonga de forma demasiada a situação atual, de forma a postergar soluções para os impactos ambientais e de saúde pública decorrentes da falta de saneamento básico e da gestão inadequada da limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos. Ademais, a proposta, além de limitar a livre iniciativa e a livre concorrência, está em descompasso com os objetivos do novo marco legal do saneamento básico que orienta a celebração de

A hipótese de reequilíbrio econômico-financeiro por meio de ampliação do prazo contratual está reservada para contratos de concessão de serviços públicos, nos termos do art. 11-B, § 2º, inciso III da Lei Federal n. 11.445/2007 e do art. 14, § 2º da Lei Federal n. 14.026/2020⁵⁷. Destarte, o reequilíbrio econômico-financeiro decorrente da inclusão das metas de universalização ao contrato de programa e outros instrumentos congêneres pode ser realizado por meio de: (i) repactuação tarifária; ou (ii) aporte financeiro do titular do serviço.

Para os contratos de concessão, por sua vez, o reequilíbrio econômico-financeiro pode ser efetivado mediante: (i) repactuação tarifária; (ii) aporte financeiro do titular do serviço; ou (iii) extensão do prazo contratual.

2.3.2 Plano de Captação de Recursos

Na segunda etapa, o prestador de serviços tem a obrigação de apresentar, além dos estudos de viabilidade econômico-financeira, o Plano de Captação de Recursos (art. 8º do Decreto Federal n. 11.598/2023⁵⁸), cuja finalidade é informar a estratégia de captação

contratos de concessão, mediante prévia licitação, estimulando a competitividade da prestação desses serviços com eficiência e eficácia, o que por sua vez contribui para melhores resultados.” BRASIL. Mensagem de Veto n. 396, de 15 de julho de 2020. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Msg/VEP/VEP-396.htm. Acesso em: 03 maio 2022.

57 “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. [...] § 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.”

58 “Art. 8º O plano de captação de recursos de que trata o art. 6º conterá os termos e as condições das captações previstas nos estudos de viabilidade, com vistas ao cumprimento das metas de universalização. § 1º O plano de captação de recursos informará, no mínimo: I - a estratégia de captação, com a informação das fontes de recursos próprios ou de terceiros para atender ao total de investimentos a serem realizados; II - a indicação dos agentes financeiros com quem o prestador realizará a captação de recursos, acompanhada de carta de intenções, ainda que não vinculante, emitida por instituição financeira que indique a viabilidade de crédito, no caso de financiamento, ou a viabilidade da emissão, no caso de debêntures, suficientes para a obtenção dos recursos de terceiros previstos no plano de captação até 31 de dezembro de 2024; III - o faseamento do financiamento ou das integrações de capital; IV - os prazos e a forma de alocação de recursos; e

de recursos. O plano de captação deve estar de acordo com as informações apresentadas pelos estudos de viabilidade.

Assim, o prestador de serviços tem a responsabilidade de informar as fontes dos recursos que utilizará para o cumprimento dos investimentos previstos⁵⁹: se próprios ou de terceiros, inclusive com contratação de dívida. Nesta hipótese, o art. 8º, § 1º, inciso II do Decreto Federal exige a designação dos agentes financeiros envolvidos no plano de captação, bem como a apresentação de carta de intenções.

Além disso, o regulamento exige as informações sobre: (i) o faseamento do financiamento ou das integralizações de capital; (ii) os prazos e a forma de alocação de recursos; e (iii) o fluxo de pagamento dos recursos captados de terceiros, se houver. Destaca-se que o Plano de Captação de Recursos apresentado pelo prestador de serviços deve ter as suas premissas e conclusões atestadas por certificador independente (art. 2º, inciso II do Decreto Federal n. 11.598/2023). A delimitação do espaço de competências das agências reguladoras quando também está presente a figura do certificador independente dependerá do acúmulo de experiência concreta, visto que, é esperado, surjam situações de conflito em zonas cinzas ainda não percebidas nas primeiras leituras nas normas setoriais.

Portanto, apresentados os dois documentos exigidos pelo art. 6º do Decreto Federal n. 11.598/2023, quais sejam, o estudo de viabilidade econômico-financeira e o plano de captação de recursos, formalmente o prestador de serviços terá encaminhado a documentação necessária para a comprovação de sua capacidade econômico-financeira. Ainda assim, haverá a análise da entidade reguladora competente.

2.4 Hipótese de Privatização do Prestador dos Serviços

O Decreto Federal n. 11.598/2023 mantém a lógica do Decreto Federal n. 10.710/2021 (revogado), segundo a qual as empresas públicas ou sociedades de economia mista estaduais e distritais prestadoras de serviço público de abastecimento de água ou de

V - o fluxo de pagamento dos recursos captados de terceiros previstos no inciso I do caput, se houver. § 2º O faseamento de que trata o inciso III do § 1º deverá prever as captações de recursos necessárias para cada exercício, e a entidade reguladora acompanhará anualmente, e a partir do segundo ano de forma acumulada, a sua efetivação."

59 Especialmente os investimentos para o atendimento das metas de universalização.

esgotamento sanitário que estiverem em processo de desestatização — de alteração de seu controle acionário — terão sua capacidade econômico-financeira presumida (art. 17 do Decreto Federal n. 11.598/2023⁶⁰).

O direito à presunção da viabilidade financeira da empresa pública ou da sociedade de economia mista em processo de desestatização está condicionada à apresentação de requerimento de comprovação da capacidade econômico-financeira que informe a pretensão de alienação do controle acionário às entidades reguladoras competentes, acompanhado de comprovação da contratação de estudos para o processo de privatização.

Após a apresentação do requerimento, a estabilização da comprovação da capacidade econômico-financeira em decorrência da desestatização depende da realização dos seguintes atos, dentro dos respectivos prazos: (i) autorização legislativa geral ou específica para a privatização, até 31 de março de 2024⁶¹; (ii) a previsão

60 "Art. 17. Caso sejam submetidas a processo de desestatização, as empresas públicas ou as sociedades de economia mista estaduais e distritais que prestem serviços públicos de abastecimento de água potável ou de esgotamento sanitário, de acordo com contrato de programa celebrado nos termos do disposto na Lei nº 11.107, de 6 de abril de 2005, terão sua capacidade econômico-financeira presumida, desde que atendidas as seguintes condições: I - apresentação de requerimento pelo controlador, até 31 de dezembro de 2023, às entidades reguladoras competentes para decidir sobre a capacidade econômico-financeira da empresa pública ou da sociedade de economia mista, acompanhado de comprovação da contratação dos estudos e dos atos necessários à desestatização junto à instituição financeira, com mandato para venda em caso de viabilidade econômica da operação; II - autorização legislativa geral ou específica para a desestatização, até 31 de março de 2024; III - atendimento às metas de universalização pelos contratos de concessão que substituirão os contratos de programa para prestação de serviços públicos de abastecimento de água potável ou de esgotamento sanitário, a serem celebrados em conjunto com a desestatização; IV - realização do processo de desestatização de modo compatível com as estruturas de prestação regionalizada, nos termos do disposto no inciso VI do caput do art. 3º da Lei nº 11.445, de 2007; e V - conclusão da desestatização até 31 de dezembro de 2024. § 1º O disposto neste artigo não impede que as empresas públicas e as sociedades de economia mista de que trata o caput comprovem sua capacidade econômico-financeira nos termos do disposto neste Decreto. § 2º Ressalvada a possibilidade de comprovação da capacidade econômico-financeira nos termos do disposto no § 1º, o desatendimento a quaisquer das condições estabelecidas no caput ensejará a perda dos efeitos da presunção relativa e o reconhecimento da ausência de capacidade econômico-financeira da respectiva empresa pública ou da sociedade de economia mista. § 3º Na hipótese prevista no § 2º, o prestador que não tiver observado o prazo para a apresentação do requerimento previsto no art. 10 não terá nova oportunidade para demonstrar sua capacidade econômico-financeira."

61 No caso de companhias estaduais, de autorização da Assembleia Legislativa do Estado, tal como ocorreu na desestatização da Corsan (Lei Estadual n. 15.708/2021).

de atendimento das metas de universalização pelos contratos de concessão que substituam os contratos vigentes entre prestador dos serviços e titular dos serviços (contratos de programa ou outros instrumentos congêneres)⁶²; (iii) a compatibilidade entre a regionalização e o processo de desestatização; e (iv) a efetiva conclusão da desestatização até 31 de dezembro de 2024. Salienta-se que o requerimento de comprovação da capacidade econômico-financeira pode ser apresentado em conjunto ao ordinário, com a apresentação de estudos de viabilidade financeira e de plano de captação de recursos (art. 17, § 1º do Decreto Federal n. 11.598/2023⁶³).

O atendimento às condições impostas pelo Decreto Federal n. 11.598/2023, e a desestatização dentro do prazo previsto, tornam a presunção da capacidade econômico-financeira do prestador dos serviços em efetiva comprovação da viabilidade econômica da empresa. Nesse aspecto, identifica-se a existência de um estímulo regulatório à desestatização de prestadores de serviços de abastecimento de água e/ou de coleta e tratamento de esgoto.

Por tudo o que já se viu, o procedimento de comprovação da capacidade econômico-financeira é complexo, tanto que houve prestadores não aprovados no processo regulamentado pelo

62 "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."

63 "Art. 17 [...] § 1º O disposto neste artigo não impede que as empresas públicas e as sociedades de economia mista de que trata o caput comprovem sua capacidade econômico-financeira nos termos do disposto neste Decreto."

Decreto Federal n. 10.710/2021⁶⁴. Por isso, a presunção da capacidade econômico-financeira na desestatização pode ser instrumentalizada para regularizar eventuais relações jurídicas que não teriam condições de se estabilizarem no novo quadro regulatório do saneamento, o qual exige sustentabilidade econômica de seus prestadores.

O descumprimento de quaisquer dos requisitos e atos inerentes ao processo de desestatização ensejará a perda da presunção relativa de capacidade econômico-financeira (art. 17, § 2º do Decreto Federal n. 11.598/2023⁶⁵), o que torna os contratos de prestação de serviços públicos de saneamento⁶⁶ irregulares (art. 16 do Decreto Federal n. 11.598/2023⁶⁷). Inclusive, o regulamento impossibilita expressamente a apresentação de um novo requerimento de comprovação da capacidade econômico-financeira, dentro dos moldes ordinários, caso a desestatização não se complete.⁶⁸

Destarte, o Decreto Federal n. 11.598/2023, assim como o Decreto Federal n. 10.710/2021 (revogado), firma as condições e atos necessários para que empresas públicas e sociedades de economia que estiverem em “*processo de desestatização*” (art. 17 do Decreto Federal n. 11.598/2023) tenham direito à presunção de sua capacidade econômico-financeira para o cumprimento de seus contratos vigentes, com ênfase para as metas de universalização/cobertura.

64 AGÊNCIA NACIONAL DE ÁGUAS E SANEAMENTO BÁSICO (ANA). **Resultado Do Processo de Avaliação pelas Entidades Reguladoras**. Disponível em: <https://arquivos.ana.gov.br/saneamento/recebimento-entidades-reguladoras.html>. Acesso em: 08 ago. 2023.

65 “Art. 17 [...] § 2º Ressalvada a possibilidade de comprovação da capacidade econômico-financeira nos termos do disposto no § 1º, o desatendimento a quaisquer das condições estabelecidas no caput ensejará a perda dos efeitos da presunção relativa e o reconhecimento da ausência de capacidade econômico-financeira da respectiva empresa pública ou da sociedade de economia mista.”

66 Contratos de programa, termos de parceria e outros instrumentos congêneres.

67 “Art. 16. Serão considerados irregulares os contratos de prestação de serviços públicos de abastecimento de água potável ou de esgotamento sanitário firmados com prestador público que não comprove sua capacidade econômico-financeira nos termos do disposto neste Decreto. Parágrafo único. Aplica-se o disposto no caput em caso de posterior revisão da decisão que concluir pela comprovação da capacidade econômico-financeira, nos termos do disposto no art. 14.”

68 “Art. 17 [...] § 3º Na hipótese prevista no § 2º, o prestador que não tiver observado o prazo para a apresentação do requerimento previsto no art. 10 não terá nova oportunidade para demonstrar sua capacidade econômico-financeira.”

3. Regulação Nacional e Infranacional no Procedimento

A avaliação da documentação necessária para a comprovação da capacidade econômico-financeira dos prestadores de serviço é realizada pelas agências reguladoras infranacionais competentes, a quem compete a decisão definitiva sobre o procedimento. A ANA, por sua vez, tem o papel de monitorar e dar transparência às decisões no âmbito do Decreto Federal n. 11.598/2023.

A seguir, delimitar-se-á a competência da regulação infranacional — reguladoras locais da prestação dos serviços públicos — e da regulação nacional — desempenhada pela ANA.

3.1 Regulação Infranacional

O que se denomina aqui como “*regulação infranacional*” corresponde à regulação exercida pelas agências reguladoras infranacionais — ou na nomenclatura da Resolução ANA n. 134/2022, as Entidades Reguladoras Infranacionais (ERIs) -, que são escolhidas pelo titular do serviço, independentemente da modalidade de prestação (art. 8º, § 5º da Lei Federal n. 11.445/2007⁶⁹). Nessa esteira, compete às agências reguladoras infranacionais o estabelecimento de padrões e normas para a adequação da prestação dos serviços, garantir a execução das cláusulas contratuais, prevenir abuso de poder econômico e definir a equação econômico-financeira da operação (art. 22 da Lei Federal n. 11.445/2007⁷⁰).

69 “Art. 8º [...] § 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” (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020).

70 “Art. 22. São objetivos da regulação: I - estabelecer padrões e normas para a adequada prestação e a expansão da qualidade dos serviços e para a satisfação dos usuários, com observação das normas de referência editadas pela ANA; (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020) II - garantir o cumprimento das condições e metas estabelecidas nos contratos de prestação de serviços e nos planos municipais ou de prestação regionalizada de saneamento básico; (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020) III - prevenir e reprimir o abuso do poder econômico, ressalvada a competência dos órgãos integrantes do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; e (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020) IV - definir tarifas que assegurem tanto o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos quanto a modicidade tarifária, por mecanismos que gerem eficiência e eficácia dos serviços e que permitam o compartilhamento dos ganhos de produtividade com os usuários. (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020)”



3.1.1 Decisão sobre a Capacidade Econômico-Financeira

Em relação ao processo de comprovação da capacidade econômico-financeira, o Decreto Federal n. 11.598/2023 atribuiu às agências reguladoras infranacionais a decisão definitiva sobre a viabilidade financeira dos prestadores de serviço de cumprimento das metas de universalização/cobertura (art. 11 do Decreto Federal n. 11.598/2023⁷¹). Evidentemente, prestadores dos serviços que são regulados por mais de uma agência reguladora⁷² são avaliados por todas elas, em decisões esparsas ou conjuntas (art. 11, § 1º do Decreto Federal n. 11.598/2023).

Em uma visão geral do procedimento, há uma fase de instrução do processo administrativo-regulador da comprovação da capacidade econômico-financeira, na qual o prestador dos serviços encaminha a documentação⁷³ necessária à reguladora infranacional, a qual pode solicitar documentos adicionais (art. 10, § 3º do Decreto Federal n. 11.598/2023⁷⁴). Após o encerramento da instrução, a reguladora infranacional possui a incumbência de emitir a decisão sobre a viabilidade econômica do prestador dos serviços até o dia 31 de março de 2024 (art. 12 do Decreto Federal n. 11.598/2023⁷⁵).

71 "Art. 11. Caberá à entidade reguladora competente decidir sobre a capacidade econômico-financeira do prestador do serviço. § 1º Quando o mesmo prestador de serviço for titular de contratos submetidos a entidades reguladoras distintas, essas entidades poderão celebrar termo de cooperação técnica para a apreciação conjunta da capacidade econômico-financeira do prestador de serviço. § 2º A análise de comprovação de capacidade econômico-financeira observará o rito processual aplicável a cada entidade reguladora, atendidos os pressupostos da transparência, da publicidade, da tecnicidade e do direito à ampla defesa e ao contraditório, inclusive na etapa recursal."

72 Como consabido, é comum que prestadores dos serviços sejam regulados por mais de uma reguladora infranacional, sobretudo em razão do fenômeno das agências reguladoras municipais no setor de saneamento básico.

73 Dentre a documentação, o estudo de viabilidade econômico-financeira e o plano de captação de recursos.

74 "Art. 10 [...] § 3º A entidade reguladora competente poderá, para subsidiar sua análise e decisão, requisitar ao interessado a apresentação de informações e documentos complementares, inclusive laudos ou pareceres específicos a serem elaborados por entidades de notória reputação."

75 "Art. 12. Encerrada a instrução processual, a entidade reguladora emitirá, até 31 de março de 2024, decisão fundamentada que conclua pela comprovação ou não da capacidade econômico-financeira do prestador de serviços nos termos do disposto neste Decreto."

Pontua-se que algumas características do processo de decisão da agência reguladora: (i) o rito processual obedece ao adotado por cada uma das entidades reguladoras competentes (art. 11, § 2º do Decreto Federal n. 11.598/2023); (ii) a documentação utilizada para a formação da convicção técnica da agência reguladora não se limita ao que foi apresentado pelo prestador dos serviços, com base no art. 10 do Decreto Federal n. 11.598/2023, uma vez que aquela pode se utilizar de outros documentos ou informações a que tenha acesso (art. 12, § 2º do Decreto Federal n. 11.598/2023); e (iii) a reguladora infranacional não está vinculada às conclusões dos laudos técnicos e pareceres apresentados com base no art. 2º, incisos I e II do Decreto Federal n. 11.598/2023 (art. 12, § 3º do Decreto Federal n. 11.598/2023⁷⁶).

3.1.2 Monitoramento e Fiscalização das Metas Legais

No caso de aprovação da prestadora dos serviços no procedimento do Decreto Federal n. 11.598/2023, a regulação infranacional será responsável pelo monitoramento do cumprimento das metas de universalização. No ponto, o art. 15 do Decreto Federal n. 11.598/2023 replica a previsão do art. 11-B, § 5º da Lei Federal n. 11.445/2007⁷⁷. Veja-se:

Art. 15. Caberá à entidade reguladora competente verificar anualmente o cumprimento das metas de universalização para o prestador que tiver a capacidade econômico-financeira comprovada, observado um intervalo dos últimos cinco anos, nos quais as metas serão cumpridas em, no mínimo, três, e a primeira fiscalização será realizada ao término do quinto ano de vigência do contrato ou do termo aditivo, nos termos do disposto no § 5º do art. 11-B da Lei nº 11.445, de 2007 [grifamos].

Diante disso, a reguladora infranacional possui a incumbência de avaliar o cumprimento das metas de universalização, de acordo

76 "Art. 12 [...] § 3º A decisão da entidade reguladora não está vinculada às conclusões constantes dos laudos ou dos pareceres técnicos apresentados pelo prestador, a que se referem os incisos V e VIII do caput do art. 10."

77 "Art. 11-B [...] § 5º O cumprimento das metas de universalização e não intermitência do abastecimento, de redução de perdas e de melhoria dos processos de tratamento deverá ser verificado anualmente pela agência reguladora, observando-se um intervalo dos últimos 5 (cinco) anos, nos quais as metas deverão ter sido cumpridas em, pelo menos, 3 (três), e a primeira fiscalização deverá ser realizada apenas ao término do quinto ano de vigência do contrato" (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020).



com o estudo de viabilidade econômico-financeira e o plano de captação de recursos apresentado. Excepciona-se a hipótese de desestatização, situação na qual não há apresentação desses documentos, de modo que compete à agência reguladora local a avaliação do adimplemento ou não das cláusulas de serviço do contrato de concessão⁷⁸ (art. 22, inciso II da Lei Federal n. 11.445/2007).

Como se depreende do art. 15 do Decreto Federal n. 11.598/2023, ainda que o *Novo Marco Legal do Saneamento* tenha imposto novas condições regulatórias para a verificação da correta prestação dos serviços públicos, o exercício da regulação, do monitoramento e da fiscalização pela agência infranacional exige processo específico, que estabelece um intervalo de cinco anos do prazo de inclusão das metas de universalização até a realização da primeira fiscalização pela entidade reguladora.

Em outras palavras, a conclusão pelo descumprimento do contrato só pode ser oposta após o intervalo de cinco anos da inclusão das metas de universalização, verificado o inadimplemento da prestadora em, ao menos, três anos em tal período⁷⁹.

Na hipótese de descumprimento do contrato, o Decreto Federal n. 11.598/2023 também replica a Lei Federal n. 11.445/2007 ao mencionar o art. 11-B, § 7º⁸⁰:

*Art. 15 [...] Parágrafo único. Na hipótese de não atingimento das metas, **será iniciado procedimento administrativo pela entidade reguladora com o objetivo de avaliar as ações a serem adotadas**, incluídas medidas sancionatórias, com eventual declaração de caducidade do contrato, assegurado o direito à ampla defesa, nos termos do disposto no § 7º do art. 11-B da Lei nº 11.445, de 2007 [grifamos].*

78 Contrato de concessão que substitui o contrato de programa ou instrumento congênere, que regulava a prestação do serviço.

79 Para corroborar tal afirmação, salienta-se o disposto pela Norma de Referência ANA n. 02/2021, especificamente no seu art. 5º, §3º, in verbis: “Art. 5º [...] §3º A adoção das metas de universalização previstas no “caput” do art.11- B da Lei nº 11.445/2007 terão exame prospectivo, vedando-se a aplicação e a interpretação retroativas para verificação do cumprimento de obrigações de universalização previstas nos instrumentos contratuais anteriormente à celebração dos aditivos”.

80 “Art. 11-B [...] § 7º No caso do não atingimento das metas, nos termos deste artigo, deverá ser iniciado procedimento administrativo pela agência reguladora com o objetivo de avaliar as ações a serem adotadas, incluídas medidas sancionatórias, com eventual declaração de caducidade da concessão, assegurado o direito à ampla defesa. (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020).”

Destaca-se que o regulamento estabelece a abertura de processo administrativo sancionador no caso de descumprimento das metas de universalização, referenciando-se a possibilidade de caducidade do contrato (art. 38 da Lei Federal n. 8.987/1995⁸¹), como medida de última *ratio*. Salienta-se que própria Lei Federal n. 8.987/1995 firma a impossibilidade de instauração de processo administrativo de caducidade sem comunicação anterior ao prestador de serviços das falhas operacionais e a concessão de prazo para a sua correção (art. 38, § 3º). Nessa linha, a agenda regulatória da ANA prevê a redação de norma de referência sobre critérios para a decretação da caducidade dos ajustes (art. 4º-A, § 1º, inciso X da Lei Federal n. 9.984/2000⁸²).

81 "Art. 38. A inexecução total ou parcial do contrato acarretará, a critério do poder concedente, a declaração de caducidade da concessão ou a aplicação das sanções contratuais, respeitadas as disposições deste artigo, do art. 27, e as normas convencionadas entre as partes. § 1º A caducidade da concessão poderá ser declarada pelo poder concedente quando: I - o serviço estiver sendo prestado de forma inadequada ou deficiente, tendo por base as normas, critérios, indicadores e parâmetros definidores da qualidade do serviço; II - a concessionária descumprir cláusulas contratuais ou disposições legais ou regulamentares concernentes à concessão; III - a concessionária paralisar o serviço ou concorrer para tanto, ressalvadas as hipóteses decorrentes de caso fortuito ou força maior; IV - a concessionária perder as condições econômicas, técnicas ou operacionais para manter a adequada prestação do serviço concedido; V - a concessionária não cumprir as penalidades impostas por infrações, nos devidos prazos; VI - a concessionária não atender a intimação do poder concedente no sentido de regularizar a prestação do serviço; e VII - a concessionária não atender a intimação do poder concedente para, em 180 (cento e oitenta) dias, apresentar a documentação relativa a regularidade fiscal, no curso da concessão, na forma do art. 29 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. (Redação dada pela Lei nº 12.767, de 2012) § 2º A declaração da caducidade da concessão deverá ser precedida da verificação da inadimplência da concessionária em processo administrativo, assegurado o direito de ampla defesa. § 3º Não será instaurado processo administrativo de inadimplência antes de comunicados à concessionária, detalhadamente, os descumprimentos contratuais eferidos no § 1º deste artigo, dando-lhe um prazo para corrigir as falhas e transgressões apontadas e para o enquadramento, nos termos contratuais. § 4º Instaurado o processo administrativo e comprovada a inadimplência, a caducidade será declarada por decreto do poder concedente, independentemente de indenização prévia, calculada no decurso do processo. § 5º A indenização de que trata o parágrafo anterior, será devida na forma do art. 36 desta Lei e do contrato, descontado o valor das multas contratuais e dos danos causados pela concessionária. § 6º Declarada a caducidade, não resultará para o poder concedente qualquer espécie de responsabilidade em relação aos encargos, ônus, obrigações ou compromissos com terceiros ou com empregados da concessionária."

82 "Art. 4º-A. A ANA instituirá normas de referência para a regulação dos serviços públicos de saneamento básico por seus titulares e suas entidades reguladoras e fiscalizadoras, observadas as diretrizes para a função de regulação estabelecidas na Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007. (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020)

Para resumir: o Decreto Federal n. 11.598/2023 replica as regras da Lei Federal n. 11.445/2007 ao atribuir à regulação infranacional o papel de monitoramento do respeito às metas de universalização (art. 15 do Decreto Federal n. 11.598/2023), cujo eventual descumprimento enseja a abertura de processo administrativo sancionador e, em última *ratio*, a decretação de caducidade (art. 15, parágrafo único do Decreto Federal n. 11.598/2023).

3.1.3 Revisão da Decisão sobre Capacidade Econômico-Financeira

Ainda que o prestador de serviços tenha sido aprovado pela reguladora infranacional no processo de comprovação da capacidade econômico-financeira, o Decreto Federal n. 11.598/2023 dispõe sobre a revisão dessa decisão (art. 14 do Decreto Federal n. 11.598/2023⁸³), ou seja, a possibilidade de decidir novamente sobre a aprovação ou reprovação do prestador de serviços. Nessa esteira, a revisão está reservada para as situações em que a reguladora infranacional identifica o descumprimento das premissas da

§ 1º Caberá à ANA estabelecer normas de referência sobre: (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020) X - parâmetros para determinação de caducidade na prestação dos serviços públicos de saneamento básico; (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020)”

- 83 “Art. 14. A decisão que concluir pela comprovação da capacidade econômico-financeira do prestador de serviços poderá ser revista pela entidade reguladora se: I - o requerimento tiver se baseado, conforme o disposto no inciso I do § 2º do art. 7º, em repactuação tarifária que não seja efetivada tempestivamente, de modo a comprometer o atendimento à exigência de valor presente líquido igual ou superior a zero; II - o requerimento tiver se baseado, conforme o disposto no inciso II do § 2º do art. 7º, em aporte, contraprestação pecuniária ou subsídio de ente público que não seja realizado tempestivamente, de modo a comprometer o atendimento à exigência de valor presente líquido igual ou superior a zero; III - a captação de recursos prevista no § 2º do art. 8º não for efetivada de acordo com o plano de captação apresentado, ainda que por fontes distintas daquelas originalmente previstas; IV - os referenciais mínimos dos indicadores econômico-financeiros previstos no plano de metas a que se referem os § 4º e § 5º do art. 5º não forem atingidos pelo prestador; e V - a capacidade econômico-financeira tiver sido comprovada por estrutura de prestação regionalizada nos termos do disposto no art. 9º, e: a) não for constituída a sociedade de propósito específico para essa finalidade; ou b) a estrutura de ativos, de passivos, de receitas e de despesas efetivamente transferidos à sociedade de propósito específico de que trata a alínea “a” não corresponder àquela estimada no fluxo de caixa regionalizado apresentado para fins de comprovação da capacidade econômico-financeira do prestador. Parágrafo único. A entidade reguladora comunicará eventual decisão de revisão sobre a capacidade econômico-financeira do prestador à ANA, acompanhada da documentação correspondente, nos termos do disposto no art. 13.”

primeira ou da segunda etapa do procedimento de comprovação da capacidade econômico-financeira.

As hipóteses de descumprimento das premissas apresentadas no processo de comprovação da capacidade econômico-financeira se referem especialmente à divergência entre os indicadores dos estudos de viabilidade econômico-financeira (art. 7º do Decreto Federal n. 11.598/2023) e do plano de captação de recursos (art. 8º do Decreto Federal n. 11.598/2023).

Em relação aos estudos de viabilidade, a decisão pode ser revisada no caso de requerimento do prestador dos serviços baseado em repactuação tarifária não efetivada tempestivamente (art. 14, I, do Decreto Federal n. 11.598/2023) ou em aporte, contraprestação pecuniária ou subsídio não repassado tempestivamente (art. 14, II, do Decreto Federal n. 11.598/2023). Desde logo, registra-se a crítica ao dispositivo, porque repactuações tarifárias e/ou aportes financeiros não efetivados decorrem, na maioria das vezes, de atos de responsabilidade exclusiva do Poder Público⁸⁴. Assim, o Decreto Federal n. 11.598/2023 atribui o ônus de atos do titular do serviço ao prestador dos serviços. Aqui, cabe salientar que o titular do serviço manifestou a sua anuência ao estudo de viabilidade, como exigido pelo regulamento. Em tese, essa discussão deve ser realizada no processo de revisão da comprovação da capacidade econômico-financeira, para que o inadimplemento do titular do serviço não prejudique o prestador.

Quanto ao plano de captação de recursos, o Decreto Federal n. 11.598/2023 refere a possibilidade de revisão da comprovação da capacidade econômico-financeira quando a captação não for concretizada de acordo com o que foi apresentado na segunda etapa da avaliação, ainda que o prestador de serviços tenha realizado os investimentos por fontes distintas (art. 14, inciso III do Decreto Federal n. 11.598/2023).

Na primeira etapa da avaliação, a única situação passível de revisão é o não atingimento dos referenciais mínimos do plano de metas (§§ 4º e 5º do art. 5º do Decreto Federal n. 11.598/2023), apresentado como medida saneadora do desatendimento dos indicadores econômico-financeiros listados no art. 5º do Decreto Federal n. 11.598/2023, quando o prestador dos serviços já não teria

84 Inclusive, em contratos públicos com matriz de riscos, o ônus da não efetivação tempestiva de repasses ou reajustes e revisões tarifárias é alocado ao Poder Público.

sido aprovado na primeira etapa, mas elaborou plano para suplan-
tar deficiências econômico-financeiras dentro de prazo razoável.

Por fim, o regulamento prevê a revisão quando a capacidade econômico-financeira tiver sido comprovada por estrutura de regionalização e os seguintes aspectos não terem sido efetivados: (i) não for constituída a sociedade de propósito específico para essa finalidade; ou (ii) a estrutura de ativos, de passivos, de receitas e de despesas efetivamente transferidos à sociedade de propósito específico não corresponder àquela estimada no fluxo de caixa regionalizado apresentado para fins de comprovação da capacidade econômico-financeira do prestador (art. 14, V, “a” e “b” do Decreto Federal n. 11.598/2023).

Destaca-se que o *caput* do art. 14 do Decreto Federal n. 11.598/2023 fala em possibilidade de revisão da decisão, de modo que a modificação da decisão de comprovação da capacidade econômico-financeira na hipótese de ocorrência das situações acima descritas não é automática, tampouco um ato vinculado da agência reguladora. Entende-se que a reguladora infranacional dispõe de discricionariedade para reavaliar a capacidade econômico-financeira e exigir medidas corretivas antes da reprovação definitiva do prestador de serviços no procedimento.

3.1.4 Omissões do Decreto Federal n. 11.598/2023

Na hipótese em que o Decreto Federal n. 11.598/2023 é omissor, ou seja, nos casos de ausência de dispositivo normativo, o regulamento determina que a reguladora infranacional será a responsável por dirimir e dar soluções à omissão normativa (art. 20 do Decreto Federal n. 11.598/2023⁸⁵).

Isso significa dizer que as entidades reguladoras infranacionais terão a atribuição para, dentro de sua discricionariedade técnica, superar situações em que o Decreto Federal n. 11.598/2023 não preveja um regramento específico como base jurídica de solução.

3.2 Regulação Nacional

Denomina-se aqui a *regulação nacional* como a atuação da ANA como indutora da padronização regulatória, atuando sobre as

85 “Art. 20. Os casos omissos neste Decreto serão dirimidos pelas entidades reguladoras competentes.”

agências subnacionais, para que essas incorporem aos seus regulamentos e atos regulatórios as normas de referência descritas no art. 23 da Lei Federal n. 11.445/2007⁸⁶ e no art. 4º-A da Lei Federal n. 9.984/2000⁸⁷. Portanto, tem-se uma espécie de regulação

86 “Art. 23. A entidade reguladora, observadas as diretrizes determinadas pela ANA, editará normas relativas às dimensões técnica, econômica e social de prestação dos serviços públicos de saneamento básico, que abrangerão, pelo menos, os seguintes aspectos: (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020) 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 segurança, de contingência e de emergência, inclusive quanto a racionamento; (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020) XII – (VETADO). XIII - procedimentos de fiscalização e de aplicação de sanções previstas nos instrumentos contratuais e na legislação do titular; e (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020) XIV - diretrizes para a redução progressiva e controle das perdas de água” (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020).

87 “Art. 4º-A. A ANA instituirá normas de referência para a regulação dos serviços públicos de saneamento básico por seus titulares e suas entidades reguladoras e fiscalizadoras, observadas as diretrizes para a função de regulação estabelecidas na Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007. (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020) § 1º Caberá à ANA estabelecer normas de referência sobre: (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020) I - padrões de qualidade e eficiência na prestação, na manutenção e na operação dos sistemas de saneamento básico; (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020) 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; (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020) 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; (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020) 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; (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020) V - critérios para a contabilidade regulatória; (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020) VI - redução progressiva e controle da perda de água; (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020) VII - metodologia de cálculo de indenizações devidas em razão dos investimentos realizados e ainda não amortizados ou depreciados; (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020) VIII - governança das entidades reguladoras, conforme princípios estabelecidos no art. 21 da Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007; (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020) IX - reúso dos efluentes sanitários tratados, em conformidade com as normas ambientais e de saúde pública; (Incluído pela Lei nº

indireta da ANA sobre as operações de saneamento básico, cuja contundência dependerá do nível de adesão das agências infranacionais (da regulação local) aos parâmetros técnico-regulatórios nacionais (regulação nacional). Em Portugal o poder concedente pode ser federal ou municipal, mas a regulação é federal/nacional. Nos Estados Unidos o poder concedente pode ser federal, estadual e municipal, assim como a regulação. Diga-se de passagem, dois exemplos (Portugal e Estados Unidos) com elevada cobertura de abastecimento de água e esgotamento sanitário.

3.2.1 Monitoramento da ANA

O Decreto Federal n. 11.598/2023 não prevê atuação direta da ANA sobre a comprovação da capacidade econômico-financeira dos prestadores de serviço. Como explicado anteriormente, a decisão definitiva sobre a viabilidade financeira dos prestadores de serviço é atribuição das agências infranacionais. Ainda assim, o regulamento dispõe sobre o papel da regulação nacional de monitoramento e publicação dos resultados do procedimento.

O monitoramento exercido pela ANA ocorre desde o protocolo do requerimento do prestador de serviços, cuja cópia de toda a documentação deve ser encaminhada à reguladora nacional — protocolo, requerimento e documentos que acompanham o requerimento (art. 10, § 2º do Decreto Federal n. 11.598/2023⁸⁸). A reguladora infranacional, ainda, tem a incumbência de informar à ANA sobre as decisões de aprovação ou reprovação de prestadores de serviços no processo de comprovação da capacidade econômico-financeira (art. 13 do Decreto Federal n. 11.598/2023⁸⁹), bem

14.026, de 2020) X - parâmetros para determinação de caducidade na prestação dos serviços públicos de saneamento básico; (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020) XI - normas e metas de substituição do sistema unitário pelo sistema separador absoluto de tratamento de efluentes; (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020) XII - sistema de avaliação do cumprimento de metas de ampliação e universalização da cobertura dos serviços públicos de saneamento básico; (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020) XIII - conteúdo mínimo para a prestação universalizada e para a sustentabilidade econômico-financeira dos serviços públicos de saneamento básico" (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020).

88 "Art. 10 [...] § 2º O prestador apresentará à Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico - ANA, no prazo de cinco dias, contado da data do protocolo do pedido, as seguintes cópias: I - do protocolo do requerimento de comprovação de capacidade econômico-financeira junto à entidade reguladora competente; II - do requerimento; e III - dos documentos que acompanharam o requerimento."

89 "Art. 13. Após a decisão final, a entidade reguladora encaminhará cópia do

como sobre eventual revisão da decisão (art. 14, parágrafo único do Decreto Federal n. 11.598/2023⁹⁰).

Além disso, a reguladora nacional, após o recebimento das cópias dos requerimentos e das decisões técnicas das agências reguladoras infranacionais, deve: (i) atribuir publicidade aos documentos que embasaram os pedidos dos prestadores de serviço; e (ii) disponibilizar às manifestações técnicas da regulação local. No ponto, salienta-se que a ANA realizou essas tarefas no contexto do Decreto Federal n. 10.710/2021 e disponibilizou o “Recebimento de Resultado do Processo de Avaliação pelas Entidades Reguladoras até 31 de março de 2022”⁹¹

Finalmente, a reguladora nacional tem a atribuição de publicar uma *relação de contratos regulares* entre prestadores de serviços e titulares de serviços, os quais tenham sido aprovados no procedimento de comprovação da capacidade econômico-financeira (art. 13, parágrafo único do Decreto Federal n. 11.598/2023⁹²).

4. Efeitos da Não Comprovação da Capacidade Econômico-Financeira

A legislação passou a exigir dos prestadores de serviço a comprovação da sua capacidade econômico-financeira para a operação de contratos de saneamento básico. Essa regra tem como principal destino a prestação que decorre de uma delegação, quando os operadores são empresas públicas e sociedades de economia mista que não integram a administração indireta do titular do serviço, tendo como principal exemplo as companhias estaduais de saneamento.

processo para a ANA, em formato digital, que disponibilizará em seu sítio eletrônico, no mínimo, cópia eletrônica das manifestações técnicas e das decisões da entidade reguladora, ressalvadas as hipóteses de sigilo previstas em lei.”

90 “Art. 14 [...] Parágrafo único. A entidade reguladora comunicará eventual decisão de revisão sobre a capacidade econômico-financeira do prestador à ANA, acompanhada da documentação correspondente, nos termos do disposto no art. 13.”

91 Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico – ANA. **Resultado Do Processo de Avaliação pelas Entidades Reguladoras**. Disponível em: <https://arquivos.ana.gov.br/saneamento/recebimento-entidades-reguladoras.html>. Acesso em: 08 ago. 2023.

92 “Art. 13 [...] Parágrafo único. A ANA disponibilizará também a relação dos contratos regulares firmados com os prestadores que tiveram a capacidade econômico-financeira comprovada, nos termos do disposto neste Decreto, e a lista dos contratos irregulares.”

Com base nisso, o Decreto Federal n. 11.598/2023 estipula diferentes consequências jurídicas para: (i) prestadores privados de contratos de concessão que formalizaram o termo aditivo do art. 11-B, § 2º, inciso III da Lei Federal n. 11.445/2007; e (ii) prestadores públicos, na modalidade prestação direta por delegação, que celebraram o termo aditivo de que trata o art. 11-B, § 1º da Lei Federal n. 11.445/2007. Em seguida, demonstrar-se-á as consequências jurídicas para cada um dos grupos.

4.1 Efeitos para Prestador Privado

O que se denominou ao longo deste trabalho como “Grupo A” foram as concessionárias de serviço público que celebraram ou que pretendem celebrar o termo aditivo para inclusão das metas de universalização de que trata o art. 11-B, § 2º, inciso III da Lei Federal n. 11.445/2007.

Retomando-se o que foi explicado no tópico 1.1.1, o titular do serviço possui uma escolha técnica (discricionariedade tecnicamente limitada) sobre como responder pelas metas de universalização entre: (i) prestar diretamente a parcela remanescente de serviço; (ii) realizar uma licitação complementar para o atingimento da totalidade da meta; ou (iii) promover o aditamento de contratos já licitados, em comum acordo com a contratada, e o reequilíbrio econômico-financeira correspondente.

Tão somente, no caso de aditamento contratual é que o “Grupo A” deve se submeter ao procedimento de comprovação da capacidade econômico-financeira. Contudo, uma vez aditado o contrato, a reguladora infranacional deve decidir sobre a viabilidade econômico-financeira dessa incorporação de cláusulas de serviço ao ajuste. Assim, questiona-se as consequências jurídicas da eventual não aprovação da concessionária de serviço público no procedimento de comprovação econômico-financeira.

Aqui, entende-se que a não aprovação no procedimento tem a única consequência jurídica de invalidar o termo aditivo de comprovação da capacidade econômico-financeira, sem prejuízo ao contrato vigente de concessão. Reitera-se que o prestador de serviço já se submeteu à qualificação econômica exigida no edital do procedimento licitatório, de modo que o procedimento do Decreto Federal n. 11.598/2023 não possui eficácia sobre atos jurídicos

perfeitos, mas sobre o aditamento contratual superveniente, como é o caso do art. 11-B, § 2º, inciso III da Lei Federal n. 11.445/2007.

Diante disso, em eventual reprovação, o titular do serviço teria de planejar uma nova solução para entregar as metas de universalização, com base nas possibilidades destacadas pelo art. 11-B, § 2º da Lei Federal n. 11.445/2007. Nesse aspecto, suscita-se a possibilidade de submissão de um novo termo aditivo para consideração no processo de comprovação da capacidade econômico-financeira, sob outras premissas financeiras, desde que a reguladora infranacional concorde com a medida, por se tratar de hipótese omissa no Decreto Federal n. 11.598/2023.

Para resumir: a reprovação do concessionário de serviço público (Grupo A) no procedimento de comprovação da capacidade econômico-financeira tem a consequência jurídica de invalidar o termo aditivo celebrado para inclusão das metas de universalização (art. 11-B, § 2º, inciso III da Lei Federal n. 11.445/2007). Assim, o titular do serviço teria a responsabilidade de planejar novo meio para o atingimento das metas de universalização, com base nas possibilidades descritas pelo art. 11-B, § 2º da Lei Federal n. 11.445/2007.

4.2 Efeitos para Prestador Público

O que se delimitou como prestador público foi a prestação direta descentralizada por delegação, que engloba: autogestão por usuários, convênios executados por OSCs e gestão associada, cujos principais atores são as empresas públicas e as sociedades de economia mista não integrantes da administração indireta do titular dos serviços. Para esses, os efeitos da não comprovação da capacidade econômico-financeira merecem maior atenção.

De acordo com o art. 16 do Decreto Federal n. 11.598/2023, os integrantes do “Grupo C” que não comprovarem a sua viabilidade econômico-financeira de entregar as metas do *caput* do art. 11-B da Lei Federal n. 11.445/2007 terão os seus contratos considerados irregulares. Veja-se:

Art. 16. Serão considerados irregulares os contratos de prestação de serviços públicos de abastecimento de água potável ou de esgotamento sanitário firmados com prestador público que não comprove sua capacidade econômico-financeira nos termos do disposto neste Decreto. Parágrafo único. Aplica-se o disposto no caput em caso de posterior revisão da decisão



que concluir pela comprovação da capacidade econômico-financeira, nos termos do disposto no art. 14.

A regra de transição para os contratos de programa é a seguinte: não será possível celebrar novos ajustes da espécie, mas os contratos vigentes serão mantidos até o advento do seu termo contratual. Retoma-se a regra do art. 10, § 3º da Lei Federal n. 11.445/2007, segundo a qual *“Os contratos de programa regulares vigentes permanecem em vigor até o advento do seu termo contratual”*.

No caso de operadores de contratos de programa que não tiverem a sua capacidade econômico-financeira comprovada, os seus contratos não farão *jus* à proteção da regra de transição e, portanto, serão considerados irregulares para todos os fins. Essa hipótese se difere da reprovação da viabilidade econômico-financeira dos prestadores privados porque o grupo de prestadores públicos não passou por uma qualificação econômica em procedimento licitatório.

Assim, a reprovação de operador de contrato englobado no contexto operacional da prestação direta por delegação (contrato de programa, termo de parceria ou outro instrumento congênere do art. 10 da Lei Federal n. 11.445/2007) enseja a irregularidade do ajuste. Uma vez considerado irregular, inicia-se o apoio técnico da União Federal para a realização da transição de uma prestação em modalidade irregular para uma regular, na forma do Decreto Federal n. 11.599/2023.

Por fim, salienta-se que o art. 19 do Decreto Federal n. 11.598/2023 consagra que os estudos para a estruturação de parcerias em Municípios cujo prestador não tenha sido aprovado no procedimento de comprovação da capacidade econômico-financeira poderão ser considerados iniciativas prioritárias para o Fundo de Apoio à Estruturação e ao Desenvolvimento de Projetos de Concessão e Parcerias Público-Privadas⁹³.

Destarte, para prestadores de serviços que operam contratos de prestação direta por delegação (contrato de programa, termo de parceria ou outro instrumento congênere do art. 10 da Lei Federal

93 “Art. 19. Os estudos para estruturação de parcerias nos Municípios cujo prestador não comprove capacidade econômico-financeira poderão ser considerados iniciativas prioritárias para o Fundo de Apoio à Estruturação e ao Desenvolvimento de Projetos de Concessão e Parcerias Público-Privadas da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios - FEP, observada a disponibilidade orçamentária e financeira.”

n. 11.445/2007), a reprovação no procedimento de comprovação da capacidade econômico-financeira tem como consequência a irregularidade dos ajustes para todos os fins (art. 16 do Decreto Federal n. 11.598/2023).

5. Aproveitamento Da Avaliação Econômico-Financeira Anterior

No contexto da vigência do Decreto Federal n. 10.710/2021, diversos prestadores de serviços realizaram o requerimento de comprovação da capacidade econômico-financeira seja pelo meio: (i) ordinário, que exigia a apresentação de estudo de viabilidade econômico-financeira; ou (ii) presumido, com base no processo de privatização. Inclusive, a informação sobre os prestadores de serviços que foram aprovados no procedimento está disponibilizada pela ANA, em sede do documento “Recebimento de Resultado do Processo de Avaliação pelas Entidades Reguladoras até 31/03/2022⁹⁴”.

O Decreto Federal n. 11.598/2023, contudo, estipulou um novo prazo para a realização do requerimento de comprovação da capacidade econômico-financeira, já ultrapassado, de 31 de dezembro de 2023. Porém, o Decreto Federal n. 11.598/2023 possui regramento específico para prestadores de serviço que já foram aprovados no procedimento de comprovação econômico-financeira do Decreto Federal n. 10.710/2023, na forma do art. 21, *in verbis*:

Art. 21. O prestador que tenha se submetido ao procedimento de avaliação da capacidade econômico-financeira previsto no Decreto nº 10.710, de 31 de maio de 2021, poderá optar por manter a avaliação anterior.

O prestador de serviços que tenha sido avaliado em procedimento de comprovação da capacidade econômico-financeira anterior poderá optar pela manutenção da decisão exarada naquele procedimento.

Por conseguinte, os prestadores de serviço aprovados no procedimento do Decreto Federal n. 10.710/2021 podem escolher informar para as reguladoras infranacionais, com base no art. 21 do

94 AGÊNCIA NACIONAL DE ÁGUAS E SANEAMENTO BÁSICO — ANA. **Resultado Do Processo de Avaliação pelas Entidades Reguladoras**. Disponível em: <https://arquivos.ana.gov.br/saneamento/recebimento-entidades-reguladoras.html>. Acesso em: 08 ago. 2023.

Decreto Federal n. 11.598/2023, o aproveitamento da decisão anteriormente exarada. Aqui, não há espaço para discricionariedade da reguladora infranacional, de modo que não possua legitimidade para exigir que o prestador dos serviços seja novamente avaliado, agora com base no Decreto Federal n. 11.598/2023.

Em suma, compreende-se que os prestadores de serviço aprovados na viabilidade econômico-financeira do Decreto Federal n. 10.710/2023 podem manifestar a sua escolha pela manutenção da avaliação anterior, nos termos do art. 21 do Decreto Federal n. 11.598/2023, para as reguladoras infranacionais e, assim, estarem liberados de nova avaliação regulatória com base no Decreto Federal n. 11.598/2023.

6. Temas Regulamentados pelo Decreto Federal n. 11.598/2023

Tópico	Resumo
Destinação do Decreto Federal n. 11.598/2023	Para compreensão da eficácia do regulamento, pressupõe-se necessariamente a definição: i) da destinação do Decreto Federal n. 11.598/2023, ou seja, do entendimento sobre quais prestadores estão submetidos ao procedimento da capacidade econômico-financeira; e ii) das metas de universalização exigidas pelo Decreto Federal n. 11.598/2023. O regulamento divide os prestadores entre os seguintes grupos: a) concessionárias de serviço público, que operam contratos de concessão precedidos de licitação; b) prestadores diretos, controlados pelo titular do serviço (Município ou Distrito Federal); e c) os prestadores de serviços restantes, formados especialmente por companhias estaduais que operam contratos de programa ou outros instrumentos precários (art. 10 da Lei Federal n. 11.445/2007). Com relação às concessionárias de serviço público (Grupo A), haverá a exigência de comprovação da capacidade econômico-financeira quando o titular do serviço, no exercício de sua discricionariedade técnica, decidir pelo aditamento do contrato vigente, nos termos do art. 11-B, § 2º, inciso III da Lei Federal n. 11.445/2007. Define-se que a prestação direta do art. 1º, § 3º do Decreto Federal n. 11.598/2023 é a centralizada (<i>régie</i> direta ou <i>régie</i> indireta – por órgão público com função e competência especificadas) ou a descentralizada por outorga (autarquia, fundação, empresa pública ou sociedade e economia mista), ocasiões em que o Decreto Federal n. 11.598/2023 exclui a incidência do processo de

	comprovação da capacidade econômico-financeira. Delimita-se o “Grupo C” à prestação direta descentralizada por delegação, que engloba: autogestão por usuários, convênios executados por organizações da sociedade civil e gestão associada. Por conseguinte, a gestão associada interfederativa por contratos de programa, composta entre Município e Estado-membro, para a prestação de serviços públicos de saneamento básico por companhias estaduais integra o rol de operadores de serviço a que se refere o art. 1º, § 1º do Decreto Federal n. 11.598/2023 deve comprovar a sua viabilidade econômico-financeira.
Objetivo: metas de universalização	Entende-se que a comprovação da capacidade econômico-financeira do Decreto Federal n. 11.598/2023 tem como objetivo principal, contudo, a demonstração da viabilidade financeira do atingimento dos índices de cobertura (<i>metas de universalização</i>) referidos no art. 11-B da Lei Federal n. 11.445/2007, conceituados pela NR ANA n. 02/2021, como as metas de cobertura (art. 6º c/c 7º da NR) de atendimento, conforme os indicadores em anexo ao ato regulatório.
Área de abrangência	Um questionamento relevante para a operação de contratos de prestação de serviços públicos de saneamento básico é a definição da responsabilidade de oferta da infraestrutura na totalidade do território municipal, nos seus núcleos urbanos, núcleos urbanos informais, núcleos urbanos informais consolidados e áreas rurais. Como consabido, a exigência legal de cumprimento das metas de universalização é sobre a área total do Município. Diante disso, poder-se-ia suscitar as seguintes perguntas: a) os contratos vigentes estão obrigados a responder pela área total do Município no seu escopo de atuação? b) de quem é a responsabilidade econômica pela inclusão de novas áreas no contrato para fins de cumprimento das metas de universalização? Há direito a reequilíbrio econômico-financeira para alguma das partes (prestador dos serviços ou titular dos serviços)? De acordo com a Norma de Referência ANA n. 02/2021, a “<i>área de abrangência do prestador de serviços</i>” corresponde à área geográfica em que há a obrigação de prestação dos serviços, de forma coletiva ou individual, de acordo com a definição do objeto do contrato. No mesmo sentido, o art. 7º

	da NR ANA n. 02/2021 destaca que os aditivos contratuais devem definir metas de universalização (art. 11-B da Lei Federal n. 11.445/2007) que garantam o atendimento “[...] <i>da população da área de abrangência do prestador de serviços</i> [...]”. Portanto, ainda que essa interpretação já fosse a mais adequada (CF/88, Lei Geral de Licitações, Lei Geral de Concessões e o Marco Regulatório do Saneamento), a NR ANA n. 02/2021 consolidou o entendimento de que é o contrato que determina a área na qual o prestador dos serviços está obrigado a disponibilizar infraestrutura de saneamento básico. A partir dessa premissa, responde-se a ambos os questionamentos: - Os contratos vigentes não estão obrigados a responder pela área total do território municipal, somente na hipótese de decisão técnica do titular do serviço pela realização do aditamento contratual para inclusão de eventuais áreas que não estejam contempladas pelo instrumento original, nos termos do art. 11-B, § 2º, inciso III da Lei Federal n. 11.445/2007 c/c art. 7º da NR. ANA n. 02/2021. - A NR ANA n. 02/2021 consolida o entendimento de que o prestador dos serviços tem a obrigação de responder tão somente pela área de abrangência do contrato (art. 7º c/c art. 2º, inciso III), de modo que a eventual inclusão de novas áreas ao contrato vigente deve ter como contrapartida o reequilíbrio econômico-financeiro, nos termos do art. 11-B, § 2º, inciso III e art. 9º, §§ 2º e 4º da Lei Federal n. 8.987/1995.
Metas de universalização e prazo contratual	De acordo com o art. 3º, parágrafo único do Decreto Federal n. 11.598/2023, os contratos cujos prazos se encerrem antes de 31 de dezembro de 2033 não respondem obrigatoriamente pela totalidade das metas de universalização, e podem atendê-las proporcionalmente aos seus respectivos prazos de vigência.

Metas de universalização e formas alternativas e descentralizadas de prestação dos serviços	No planejamento das operações em diferentes localidades, com suas diversas realidades econômicas, há o tema da definição sobre o uso de soluções coletivas ou individuais/alternativas para a prestação de serviços públicos de saneamento básico, e se as soluções individualizadas serão contabilizadas para fins de cumprimento das metas de cobertura. As alternativas individuais, descentralizadas e alternativas podem ser utilizadas pelos prestadores de serviços em áreas rurais, remotas, núcleos urbanos consolidados e demais localidades, desde que obedeça aos atos regulatórios praticados pelas agências reguladoras subnacionais, na forma do art. 11-B, § 4º c/c art. 45, § 1º, ambos da Lei Federal n. 11.445/2007.
Prazo para apresentação do requerimento	O prazo anterior para a apresentação de requerimento de comprovação da capacidade econômico-financeira se encerrou em 31 de dezembro de 2021, nos termos do art. 10 do Decreto Federal 10.710/2021. A superveniência do Decreto Federal n. 11.466/2023, contudo, revogou o dispositivo e estipulou novo prazo, para 31 de dezembro de 2023, o qual restou confirmado pelo art. 10 do Decreto Federal n. 11.598/2023. Assim, os prestadores de serviços que não apresentaram requerimento de comprovação da capacidade econômico-financeira nos termos do Decreto Federal 10.710/2021 ou que o fizeram e não tenham sido aprovados podem realizar o requerimento com base no Decreto Federal n. 11.598/2023, até 31 de dezembro de 2023 (prazo já superado).
Lista de documentos exigidas para a comprovação da capacidade econômico-financeira	A lista de documentos está descrita no art. 10 do Decreto Federal n. 11.598/2023. Dentre esses, destaca-se a indicação de necessidade da anuência do titular do serviço sobre o conteúdo disposto na minuta de termo aditivo para inclusão das metas de universalização, nos termos do art. 11-B, §§ 1º e 2º, inciso III da Lei n. 11.445/2007. A referida declaração de anuência, evidentemente, está relacionada ao reconhecimento de pendência de revisão econômico-financeira do contrato ou à definição da medida de reequilíbrio econômico-financeiro — tal como indicado pelo art. 7º, § 2º do Decreto Federal n. 11.598/2023.

Procedimento de avaliação econômico-financeira	O art. 4º do Decreto Federal n. 11.598/2023 condiciona a aprovação do prestador de serviços no processo de comprovação da capacidade econômico-financeira à avaliação econômico-financeira em duas etapas. Na primeira etapa, avalia-se os último cinco exercícios financeiros do prestador, nos quais esse deve cumprir indicadores mínimos listados no art. 5º do Decreto Federal n. 11.598/2023. Na segunda etapa, analisa-se especificamente a adequação do <i>plano de captação</i> para o cumprimento das metas de universalização dentro do prazo de 31 de dezembro de 2033 (art. 6º do Decreto Federal n. 11.598/2023). Na primeira etapa, o art. 5º do Decreto Federal n. 11.598/2023 exige a análise da situação econômico-financeira do prestador de serviços, com base nas medianas dos indicadores dos últimos cinco exercícios financeiros. Os parâmetros são os seguintes: índice de margem líquida sem depreciação e amortização superior a zero, índice de grau de endividamento inferior ou igual a um e índice de retorno sobre patrimônio líquido superior a zero e suficiência de caixa superior a um. O efetivo cumprimento dos indicadores pelo prestador dos serviços deve ser atestado por auditor independente, de acordo com o art. 2º, inciso I do Decreto Federal n. 11.598/2023. Na segunda etapa, o Decreto Federal n. 11.598/2023 observa o planejamento do futuro econômico do prestador dos serviços, que deverá apresentar um estudo de viabilidade econômico-financeira (art. 6º, inciso I do Decreto Federal n. 11.598/2023) e um plano de captação para o cumprimento das metas de universalização (art. 6º, inciso II do Decreto Federal n. 11.598/2023).
Normas regulatórias para a repactuação dos serviços	O reequilíbrio econômico-financeira decorrente da inclusão das metas de universalização ao contrato de programa e outros instrumentos congêneres pode ser realizado por meio de: (i) repactuação tarifária; ou (ii) aporte financeiro do titular do serviço (art. 7º, § 2º do Decreto Federal n. 11.598/2023). Para os contratos de concessão, por sua vez, o reequilíbrio econômico-financeiro pode ser efetivado mediante: (i) repactuação tarifária; (ii) aporte financeiro do titular do serviço; ou (iii) extensão do prazo contratual.

Hipótese de privatização do prestador de serviços	O Decreto Federal n. 11.598/2023, assim como o Decreto Federal n. 10.710/2021 (revogado), estabelece as condições e atos necessários para que empresas públicas e sociedades de economia que estiverem em “ <i>processo de desestatização</i> ” (art. 17 do Decreto Federal n. 11.598/2023) tenham direito à presunção de sua capacidade econômico-financeira para o cumprimento de seus contratos vigentes, especialmente em relação às metas de universalização/cobertura, desde que cumpram com as condições e atos necessários previstos no regulamento.
Funções regulatórias	A avaliação da documentação necessária para a comprovação da capacidade econômico-financeira dos prestadores de serviço é realizada pelas agências reguladoras infranacionais competentes, a quem compete a decisão definitiva sobre o procedimento. A Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico (ANA), por sua vez, tem o papel de monitorar e dar transparência às decisões no contexto do Decreto Federal n. 11.598/2023.
Regulação infranacional	O que se denomina aqui como “ <i>regulação infranacional</i> ” corresponde à regulação exercida pelas agências reguladoras infranacionais — ou na nomenclatura da Resolução ANA n. 134/2022, as Entidades Reguladoras Infranacionais —, que são escolhidas pelo titular do serviço, independentemente da modalidade de prestação (art. 8º, § 5º da Lei Federal n. 11.445/2007). Nessa esteira, compete às agências reguladoras infranacionais o estabelecimento de padrões e normas para a adequação da prestação dos serviços, garantir a execução das cláusulas contratuais, prevenir abuso de poder econômico e definir a equação econômico-financeira da operação (art. 22 da Lei Federal n. 11.445/2007). Em relação ao processo de comprovação da capacidade econômico-financeira, o Decreto Federal n. 11.598/2023 atribuiu às agências reguladoras infranacionais a decisão definitiva sobre a viabilidade financeira dos prestadores de serviço de cumprimento das metas de universalização/cobertura (art. 11 do Decreto Federal n. 11.598/2023). Evidentemente, prestadores dos serviços que são regulados por mais de uma agência reguladora são avaliados por todas as agências reguladoras, em decisões esparsas ou conjuntas (art. 11, § 1º do Decreto Federal n. 11.598/2023). O Decreto Federal n. 11.598/2023 replica as regras da Lei Federal n. 11.445/2007 ao atribuir à regulação infranacional o papel de monitoramento do cumprimento das metas de universalização (art. 15 do Decreto Federal n. 11.598/2023), cujo eventual

	descumprimento enseja a abertura de processo administrativo sancionador e, em última <i>ratio</i>, a decretação de caducidade (art. 15, parágrafo único do Decreto Federal n. 11.598/2023). Destaca-se que o caput do art. 14 do Decreto Federal n. 11.598/2023 fala em possibilidade de revisão da decisão, de modo que a modificação da decisão de comprovação da capacidade econômico-financeira na hipótese de ocorrência das situações acima descritas não é automática, tampouco um ato vinculado da agência reguladora. Entende-se que a reguladora infranacional dispõe de discricionariedade para reavaliar a capacidade econômico-financeira e exigir medidas corretivas antes da reprovação definitiva do prestador de serviços no procedimento. Na hipótese em que o Decreto Federal n. 11.598/2023 é omissivo, ou seja, nos casos de ausência de dispositivo normativo, o regulamento determina que a reguladora infranacional será a responsável por dirimir e dar soluções à omissão normativa (art. 20 do Decreto Federal n. 11.598/2023).
Regulação nacional	Denomina-se aqui a “<i>regulação nacional</i>” como a atuação da ANA como indutora da padronização regulatória, atuando sobre as agências subnacionais, para que essas incorporem aos seus regulamentos e atos regulatórios as normas de referência descritas no art. 23 da Lei Federal n. 11.445/2007 e no art. 4º-A da Lei Federal n. 9.984/2000. Portanto, tem-se uma espécie de regulação indireta da ANA sobre as operações de saneamento básico, cuja efetividade ainda dependerá do nível de adesão das agências subnacionais (da regulação local) aos parâmetros técnico-regulatórios nacionais (regulação nacional). O monitoramento exercido pela ANA ocorre desde o protocolo do requerimento do prestador de serviços, cuja cópia de toda a documentação deve ser encaminhada à reguladora nacional — protocolo, requerimento e documentos que acompanham o requerimento (art. 10, § 2º do Decreto Federal n. 11.598/2023). A reguladora infranacional, ainda, tem a incumbência de informar à ANA sobre as decisões de aprovação ou reprovação de prestadores de serviços no processo de comprovação da capacidade econômico-financeira (art. 13 do Decreto Federal n. 11.598/2023), bem como sobre eventual revisão da decisão (art. 14, parágrafo único do Decreto Federal n. 11.598/2023). Além disso, a reguladora nacional, após o recebimento das cópias dos requerimentos e das decisões técnicas das agências reguladoras infranacionais, deve: (i) atribuir publicidade aos documentos que embasaram os pedidos dos prestadores de serviço; e (ii) disponibilizar às manifestações técnicas da regulação local.

Efeitos da não comprovação da capacidade econômico-financeira	O Decreto Federal n. 11.598/2023 estabelece diferentes consequências jurídicas para: (i) prestadores privados de contratos de concessão que formalizaram o termo aditivo do art. 11-B, § 2º, inciso III da Lei Federal n. 11.445/2007 (Grupo A); e (ii) prestadores públicos, na modalidade prestação direta por delegação, que celebraram o termo aditivo de que trata o art. 11-B, § 1º da Lei Federal n. 11.445/2007 (Grupo C). Em seguida, demonstrar-se-á as consequências jurídicas para cada um dos grupos. A não aprovação do concessionário de serviço público (Grupo A) no procedimento de comprovação da capacidade econômico-financeira tem a única consequência jurídica de invalidar o termo aditivo celebrado para inclusão das metas de universalização (art. 11-B, § 2º, inciso III da Lei Federal n. 11.445/2007). Assim, o titular do serviço teria a responsabilidade de planejar novo meio para o atingimento das metas de universalização, com base nas possibilidades descritas pelo art. 11-B, § 2º da Lei Federal n. 11.445/2007. Por outro lado, para prestadores de serviços que operam contratos de prestação direta por delegação (contrato de programa, termo de parceria ou outro instrumento congênere do art. 10 da Lei Federal n. 11.445/2007), a reprovação no procedimento de comprovação da capacidade econômico-financeira tem como consequência a irregularidade dos ajustes para todos os fins (art. 16 do Decreto Federal n. 11.598/2023).
Aproveitamento da avaliação econômico-financeira do Decreto Federal 10.710/2021	Compreende-se que os prestadores de serviço aprovados na viabilidade econômico-financeira do Decreto Federal n. 10.710/2023 podem manifestar a sua escolha pela manutenção da avaliação anterior, nos termos do art. 21 do Decreto Federal n. 11.598/2023, para as entidades reguladoras infranacionais e, assim, estarem liberados de nova avaliação regulatória com base no Decreto Federal n. 11.598/2023.





Capítulo XI

Regionalização dos Serviços de Saneamento Básico e Alocação de Recursos e Financiamentos pela União Federal

1. Prestação Regionalizada como Diretriz

Concomitantemente às diretrizes da universalização dos serviços e da competitividade para a assinatura do contrato de concessão, o *Novo Marco Regulatório do Saneamento* incentiva a modelagem de estruturas para a prestação dos serviços públicos de forma regionalizada, buscando economia de escala e de escopo. Pela regra atual, para que a prestação seja considerada regional, o território deverá estar incorporado a uma das estruturas do art. 3º, inciso VI, alíneas “a”, “b” e “c” da Lei n. 11.445/2007, as quais dispõem sobre a Região Metropolitana, a Aglomeração Urbana, a Microrregião, a Unidade Regional e o Bloco de Referência. Cuida-se de um elemento de novidade porque, antes da Lei n. 14.026/2020, a regionalização era tão somente a prestação dos serviços pelo mesmo operador em mais de um titular, dispensando-se maiores formalidades para enquadramento ao conceito (um espaço majoritariamente ocupado pelas companhias públicas estaduais).

Existe uma lógica para tal modificação, que pode ser compreendida por meio de uma leitura global da Lei Federal n. 14.026/2020 e dos seus impactos na Lei n. 11.445/2007. A regionalização, protegendo o princípio da competitividade e incentivando a universalização com qualidade desta política pública, revela uma estratégia baseada na conjugação de diferentes titulares sob uma mesma governança. Trata-se de um reconhecimento legal de que o saneamento, também em decorrência de sua natureza monopolista, extrapola os limites do interesse local e passa a consolidar-se como um tema de

interesse comum, especialmente na hipótese de compartilhamento de instalações operacionais. É preciso, no cotidiano dessas operações, trabalhar de maneira coordenada, o que, há tempo, é estimulado pelos princípios do federalismo cooperativo.

Com os incentivos da legislação e o trabalho desenvolvido pela reguladora nacional, quer-se atingir uma padronização técnico-regulatória, com benefícios para a sociedade, o Estado e o mercado. Nesse sentido, é mais fácil engajar os reguladores infranacionais ao caderno de boas práticas organizadas pela ANA quando o diálogo setorial envolve coletivos organizados a partir dos modelos — antigos e novos — destacados pela versão mais recente da legislação. A dispersão da base regulatória pode tornar muito difícil a governança dos operadores que desejam atuar em todo o território nacional — e isso ocorre com mais facilidade quando municípios insistem em atuações isoladas, prejudicando a formação de escalas que favoreçam projetos de investimento sustentáveis.

O isolamento dos territórios é ambiente favorável para práticas regulatórias ineficientes, que não estejam de acordo — ou signifiquem um nível de exigência menor — na comparação com as orientações da ANA, por meio de suas normas de referência. Operações isoladas e reguladoras capturadas, seja pelo Poder Público ou pelos atores privados, tende a atrasar o esforço por aproximar a vida real das melhores vontades da legislação.

Portanto, essa é uma convicção deste trabalho, a regionalização é uma das ferramentas capazes de aperfeiçoar o sistema, na medida em que cria um ambiente favorável para a disseminação dos cadernos regulatórios da agência nacional. A padronização técnico-regulatória também é um meio mais seguro e transparente de regular tarifas, ponto que será crucial em face da necessidade de mediação de futuros conflitos que digam respeito ao equilíbrio econômico-financeiro dos contratos ante a imposição de novas metas de universalização e fluxo de investimentos. A gestão de uma política tarifária que coloque sob tensão a regulação contratual e a regulação discricionária pode ser administrada quando observa-se uma padronização construída a partir de um inventário das melhores práticas.

A ideia inicial do *Novo Marco do Saneamento* era consolidar as estruturas de regionalização dos serviços para facilitar licitações e contratos com essas novas configurações. A lógica é a seguinte:

atribui-se escala com a finalidade de permitir o subsídio cruzado entre Municípios, mesmo com formatos mais evoluídos, para que as combinações regionais — subdivididas em lotes ou sub-blocos — viabilizem concessões e PPPs. Obviamente, quando comprovar-se serem essas as melhores soluções para concretizar as diretrizes firmadas pela última fotografia do *Novo Marco Legal do Saneamento* (Lei n. 11.445/2007, art. 2º).

Desenha-se um projeto de concessão regionalizada, ofertando-se ao mercado um produto economicamente sustentável, em troca de investimentos para o alcance das metas de universalização e das metas quantitativas de que trata o art. 11-B da Lei Federal n. 11.445/2007. Todavia, observa-se a dificuldade de implementar essas ferramentas de regionalização, visto que tem sido comum a aprovação de leis que artificialmente tentam impor esse acordo coletivo negligenciando a importância dos estudos de viabilidade. No Amazonas, existe uma microrregião (bloco único) com base na Lei Complementar Estadual n. 214/2021, enquanto no estado de Rondônia existe uma Unidade Regional de Saneamento (bloco único), a partir da Lei Estadual n. 4.955/2021.¹ Nos diferentes estados brasileiros optou-se pelo arranjo mais apropriado para o contexto, ainda que nem sempre as avaliações técnicas foram desencadeadas a tempo de minimizar os riscos que envolvem um erro nesses encaminhamentos. São comuns os exemplos de unidades regionais concebidas sem a discussão suficiente para formar esses coletivos, induzindo, desde o início, uma força centrífuga, especialmente em relação aos municípios mais importantes para tornar sustentável essa governança. Da mesma forma, tornou-se obrigatório integrar

1 Conforme o autor: “em que pese o Novo Marco Legal tenha priorizado a regionalização dos serviços públicos de saneamento básico aos estados – seja mediante a instituição de regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, seja mediante a criação de unidades regionais de saneamento, ora à União para os blocos de referência –, não se desprezou a possibilidade de os entes federativos comporem os seus interesses e estabelecerem entre si o compartilhamento da gestão associada dos seus serviços. É certo que, do ponto de vista político, haverá resistência por parte de alguns municípios em aderir voluntariamente à regionalização. [...] Pode-se dizer que, até o Novo Marco Legal, a prestação regionalizada funcionou, na prática, como uma ferramenta de estatização do setor de saneamento por meio do predomínio das companhias estaduais na prestação dos serviços. No entanto, o seu propósito atual relaciona-se mais diretamente com a atração de capital privado. A prestação regionalizada passa, portanto, a constituir um elemento central na estratégia de desestatização do setor de concessões”. BERTOCCELLI, Rodrigo de Pinho. **Prestação regionalizada de saneamento básico no Brasil**: experiências concretas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2023, p. 64-65.

determinados arranjos sem antes a demonstração técnica de que havia o compartilhamento de estruturas.

2. Região Metropolitana, Aglomeração Urbana e Microrregião

A Região Metropolitana, a Aglomeração Urbana e a Microrregião são estruturas de regionalização mais bem elucidadas pelo Estatuto da Metrópole (Lei Federal 13.089/2015), especificamente no art. 1º, § 1º, inciso I e art. 2º incisos I e VII:

Art. 1º Esta Lei, denominada Estatuto da Metrópole, estabelece diretrizes gerais para o planejamento, a gestão e a execução das funções públicas de interesse comum em regiões metropolitanas e em aglomerações urbanas instituídas pelos Estados, normas gerais sobre o plano de desenvolvimento urbano integrado e outros instrumentos de governança interfederativa, e critérios para o apoio da União a ações que envolvam governança interfederativa no campo do desenvolvimento urbano, com base nos incisos XX do art. 21, IX do art. 23 e I do art. 24, no § 3º do art. 25 e no art. 182 da Constituição Federal.

§ 1º Além das regiões metropolitanas e das aglomerações urbanas, as disposições desta Lei aplicam-se, no que couber:

*I – às **microrregiões** instituídas pelos Estados com fundamento em funções públicas de interesse comum com características predominantemente urbanas;*

Art. 2º Para os efeitos desta Lei, consideram-se:

*I – **aglomeração urbana**: unidade territorial urbana constituída pelo agrupamento de 2 (dois) ou mais Municípios limítrofes, caracterizada por complementaridade funcional e integração das dinâmicas geográficas, ambientais, políticas e socioeconômicas;*

[...]

*VII - **região metropolitana**: unidade regional instituída pelos Estados, mediante lei complementar, constituída por agrupamento de Municípios limítrofes para integrar a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum; (Redação dada pela Lei nº 13.683, de 2018)*

Em sentido análogo, o Decreto Federal n. 11.599/2023 define as estruturas de região metropolitana, aglomeração urbana e microrregião no art. 6º, inciso I, *in verbis*:

*Art. 6º [...] I - **região metropolitana, aglomeração urbana ou microrregião** - unidade instituída pelos Estados mediante lei complementar, de acordo com o disposto no § 3º do art. 25 da Constituição, composta de agrupamento de Municípios limítrofes e instituída nos termos do disposto na Lei nº 13.089, de 12 de janeiro de 2015; [grifamos]*

O ponto convergente das referidas estruturas de regionalização, em termos conceituais, é a existência de compartilhamento material de infraestrutura, ou seja, de instalações operacionais entre os municípios nesses territórios. Por isso, fala-se sobretudo em municípios limítrofes, com encontro de malhas urbanas — a denominada *conurbação urbana*. A partir dessa característica, identifica-se a extrapolação do interesse local na prestação de um serviço, passando-se ao campo da função pública de interesse comum, definido pelo Estatuto da Metrópole como a “*política pública ou ação nela inserida cuja realização por parte de um Município, isoladamente, seja inviável ou cause impacto em Municípios limítrofes*” (art. 2º, inciso II).

Além dessas estruturas, que não são novidades da Lei Federal n. 14.026/2020 por já estarem previstas pela Constituição Federal e pelo Estatuto da Metrópole (Lei n. 13.089/2015), o *Novo Marco*, para fins exclusivos do saneamento básico, elenca duas outras figuras: a da Unidade Regional e a do Bloco de Referência. Nessas estruturas, o território não será constituído necessariamente por municípios limítrofes, o aspecto preponderante é a modelagem econômico-financeira (art. 6º, § 1º do Decreto Federal n. 11.599/2023²), a conjugação de localidades deficitárias com localidades superavitárias para garantir a viabilidade econômica por meio de ganhos de escala. Entre essas, a principal característica distintiva é o ente federativo responsável pelo desenho técnico: a Unidade Regional (o exemplo do Rio Grande do Sul está na Lei Estadual n. 15.795/2022 e no Decreto Estadual n. 56.627/2022) é de competência do Estado-membro, ao passo que o Bloco de Referência dependerá de uma iniciativa da União Federal.

2 “Art. 6º [...] § 1º As unidades regionais de saneamento básico deverão apresentar sustentabilidade econômico-financeira e contemplar, preferencialmente, pelo menos uma região metropolitana, facultada a sua integração por titulares dos serviços de saneamento básico.”

A primeira diferença entre as estruturas de regionalização já previstas pelo Estatuto da Metrópole e as novas elencadas pela Lei Federal n. 14.026/2020, e provavelmente a mais importante em termos de consequências práticas, é definir a voluntariedade ou obrigatoriedade da adesão pelos Municípios. Embora o tema esteja pacificado no âmbito do STF, identifica-se algumas resistências e incompreensões.

Com relação à Região Metropolitana, à Aglomeração Urbana e à Microrregião, a adesão dos municípios é compulsória, também porque esse formato compreende a existência objetiva de compartilhamento de infraestrutura operacional, equilibrando interesse local e interesse comum. Assim, entende-se que o exercício das atividades de saneamento em um município tem impacto direto em outro município, de modo que a regra do artigo 8º, inciso I seja superada pelo disposto no inciso II, na Lei n. 11.445/2007. Observa-se:

Art. 8º Exercem a titularidade dos serviços públicos de saneamento básico: (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020)

I - os Municípios e o Distrito Federal, no caso de interesse local; (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020)

II - o Estado, em conjunto com os Municípios que compartilham efetivamente instalações operacionais integrantes de regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, instituídas por lei complementar estadual, no caso de interesse comum. (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020)

Trata-se da transformação em lei, especificamente para o saneamento básico, do entendimento do Supremo Tribunal Federal, confirmado na ADI n. 1842/RJ. Na oportunidade, a Suprema Corte posicionou-se pela obrigatoriedade da adesão dos municípios aos instrumentos previstos pelo Estatuto da Metrópole, com base na ideia de que haveria a superação do interesse local em tais hipóteses. No caso específico, discutiu-se a constitucionalidade da Lei Complementar Estadual n. 87/1997, da Lei Estadual n. 2.869/1997 e do Decreto Estadual n. 24.631/1998, que instituíram a Região Metropolitana do Rio de Janeiro e transferiram a titularidade da prestação de serviços públicos de interesse metropolitano para o Estado do Rio de Janeiro. O ponto de conflito seria a eventual supressão da autonomia municipal em face desses comandos legislativos. Ao fim, o Supremo Tribunal Federal julgou parcialmente procedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade, com base no entendimento

de que (i) “o interesse comum e a compulsoriedade da integração metropolitana não são incompatíveis com a autonomia municipal”³; (ii) “É necessário evitar que o poder decisório e o poder concedente se concentrem nas mãos de um único ente para preservação do autogoverno e da autoadministração dos municípios”⁴.

Sobre o exercício do interesse comum em saneamento básico, o STF ressaltou a necessidade de fortalecimento das instâncias decisórias colegiadas, entre municípios e Estado-membro. Observa-se o seguinte trecho:

*O interesse comum é muito mais que a soma de cada interesse local envolvido, pois a má condução da função de saneamento básico por apenas um município pode colocar em risco todo o esforço do conjunto, além das consequências para a saúde pública de toda a região. O parâmetro para aferição da constitucionalidade reside no respeito à divisão de responsabilidades entre municípios e estado. [...] Reconhecimento do poder concedente e da titularidade do serviço ao colegiado formado pelos municípios e pelo estado federado. A participação dos entes nesse colegiado não necessita de ser paritária, desde que apta a prevenir a concentração do poder decisório no âmbito de um único ente. A participação de cada Município e do Estado deve ser estipulada em cada região metropolitana de acordo com suas particularidades, sem que se permita que um ente tenha predomínio absoluto.*⁵

A necessidade de compartilhamento das decisões estratégicas e técnicas foi absorvida pelo Estatuto da Metrópole, conforme extrai-se dos seus artigos 7º-A e 8º:

Art. 7º-A. No exercício da governança das funções públicas de interesse comum, o Estado e os Municípios da unidade territorial deverão observar as seguintes diretrizes gerais: (Incluído pela Lei nº 13.683, de 2018)

I - compartilhamento da tomada de decisões com vistas à implantação de processo relativo ao planejamento, à elaboração de projetos, à sua estruturação econômico-financeira, à operação e à gestão do serviço ou da atividade; e (Incluído pela Lei nº 13.683, de 2018)

3 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.842/RJ**. Inteiro Teor do Acórdão, p. 2-3.

4 Ibidem.

5 Ibidem.

II - compartilhamento de responsabilidades na gestão de ações e projetos relacionados às funções públicas de interesse comum, os quais deverão ser executados mediante a articulação de órgãos e entidades dos entes federados. (Incluído pela Lei nº 13.683, de 2018)

Art. 8º A governança interfederativa das regiões metropolitanas e das aglomerações urbanas compreenderá em sua estrutura básica:

I – instância executiva composta pelos representantes do Poder Executivo dos entes federativos integrantes das unidades territoriais urbanas;

II – instância colegiada deliberativa com representação da sociedade civil;

III – organização pública com funções técnico-consultivas; e

IV – sistema integrado de alocação de recursos e de prestação de contas.

Por conseguinte, em que pese exista a obrigatoriedade de adesão dos Municípios às estruturas de regionalização cuja base conceitual seja o compartilhamento de instalações operacionais (Região Metropolitana, Aglomeração Urbana e Microrregião) em decorrência da transição do interesse local para o interesse comum, não há o predomínio absoluto do Estado-membro em termos decisórios. Existe o compartilhamento da titularidade, não propriamente a assunção dessa pelo Estado-membro⁶. Trata-se de um mecanismo de governança interfederativa em que é respeitada a autonomia do município — ao menos esse é o discurso legitimador.

2.1 Vedação à Gestão Associada

Em relação às estruturas de interesse comum, a maior novidade do Decreto Federal n. 11.599/2023 é a revogação dos trechos do Decreto Federal n. 11.467/2023 que autorizavam, nas hipóteses de região metropolitana, aglomeração urbana e microrregião: (i) a prestação dos serviços em determinado Município por entidade

⁶ Essa é, inclusive, é direção normativa, uma vez que o art. 8º, inciso II da Lei n. 11.445/2007 fala em exercício da titularidade do “[...] Estado, em conjunto com os Municípios [...], no caso de interesse comum”. De modo que a interpretação mais, digamos, peremptória de que haveria uma transição de titularidade do Município para o Estado-membro não nos parece a mais razoável, à luz, inclusive, dos recentes posicionamentos do Supremo Tribunal Federal a respeito do tema.

que integre a administração indireta do Estado-membro, mediante autorização da entidade de governança federativa da respectiva estrutura de regionalização; e (ii) a equiparação dessa modalidade à prestação direta (art. 6º, § 16º do Decreto Federal n. 11.467/2023⁷).

A previsão do Decreto Federal n. 11.467/2023 representava um rompimento com uma das bases do *Novo Marco*, qual seja, a imposição da prestação indireta mediante concessões públicas (art. 10 da Lei Federal n. 11.445/2007), em detrimento da gestão associada interfederativa por meio de contratos de programa, um formato de ajuste que dispensava a licitação (Lei n. 8.666/1993, art. 24, VIII). Como enfatizado tantas vezes, a Lei Federal n. 14.026/2020 desenhou o ciclo de universalização dos serviços (art. 11-B da Lei Federal n. 11.445/2007) com investimentos privados e contratos submetidos à licitação (Lei n. 11.445/2007, art. 10), na lógica da regulação pela competição.

O Decreto Federal n. 11.467/2023, por outro lado, restringiu a extensão da eficácia do art. 10 da Lei Federal n. 11.445/2007 ao permitir a prestação dos serviços em determinado Município por entidade que integre a administração indireta do Estado-membro, mediante autorização da entidade de governança federativa da respectiva estrutura de regionalização, nas hipóteses de região metropolitana, microrregião e aglomeração urbana.

Explicando-se: diante da obrigação de prévio procedimento licitatório para a operação de contratos de saneamento básico, as companhias estaduais buscaram alternativas para viabilizar sua sobrevivência e a continuidade de suas operações em um ambiente adverso. Tentou-se sustentar a operação dos serviços de saneamento básico em região metropolitana, microrregião e aglomeração urbana sem prévia licitação, mesmo confrontando princípios básico distinguidos no art. 2º, da Lei n. 11.445/2007, sendo um dos exemplos o inciso XV, quando destacada a importância de priorizar-se a *seleção competitiva do prestador*.

Nessa lógica, o Estado do Maranhão e o Estado da Paraíba são exemplos de Estados-membros que decidiram estruturar a

7 "Art. 6º [...] § 13. A prestação integrada a que se refere o caput pressupõe uniformização da regulação e da fiscalização e a compatibilidade de planejamento entre os titulares, com vistas à universalização dos serviços, admitida a existência de prestadores distintos dentro da mesma estrutura, a critério da respectiva entidade de governança, e garantida segurança jurídica aos contratos vigentes e às situações de prestação direta pelos Municípios que a integram."

regionalização do saneamento por meio da microrregião, a partir da Lei Complementar Estadual n. 239/2021 e da Lei Complementar Estadual n. 168/2021. Ambas as leis dividiram o território estadual em microrregiões de água e esgoto, independentemente da efetiva existência de compartilhamento material de infraestrutura, ou seja, de instalações operacionais entre os Municípios.

Os diplomas legais também previam a hipótese de prestação direta pelas respectivas companhias estaduais. Veja-se:

Lei Complementar Estadual n. 239/2021:

Art. 5. As Autarquias Microrregionais de Saneamento Básico têm por finalidade exercer as competências relativas à integração, planejamento, gestão e execução das funções públicas de interesse comum dispostas no art. 4º, dentre elas:

*XI - **autorizar a prestação direta dos serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário pela Companhia de Saneamento Ambiental do Maranhão - CAEMA**, em razão desta integrar a administração indireta de um dos entes da entidade microrregional [grifamos].*

Lei Complementar Estadual n. 168/2021 (revogada):

*Art. 7º São atribuições do Colegiado Microrregional: XI - **autorizar a prestação direta dos serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário pela Companhia de Água e Esgotos da Paraíba - CAGEPA**, em razão desta integrar a administração indireta de um dos entes da entidade microrregional [grifamos];*

O argumento é de que, em estruturas de regionalização de interesse comum, há a alteração da titularidade do serviço (art. 8º, inciso IIº da Lei Federal n. 11.445/2007) para as entidades microrregionais de saneamento, de modo que as companhias estaduais passam a *integrar a administração indireta do titular do serviço*. Logo, poderiam operar sem licitação, em modalidade de prestação direta.

Compreende-se que essa construção possui graves inconsistências, porque: (i) as microrregiões não possuem as premissas de

8 "Art. 8º Exercem a titularidade dos serviços públicos de saneamento básico: (Redação 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).

uma microrregião segundo o tipo legal, que começa por *territórios limítrofes que compartilham de instalações de infraestrutura*; (ii) as companhias estaduais não são empresas públicas e sociedades de economia mista criadas pela entidade microrregional para a prestação de serviços interfederativos de saneamento, tal como tradicionalmente seria exigido em uma modalidade de prestação direta descentralizada por outorga⁹; (iii) a alternativa viola a diretriz da regulação pela competição do mercado, caracterizando-se como verdadeira burla à competitividade no setor (Lei n. 11.445/2007, art. 2º, XV); e (iv) o ato do Estado-membro de promulgar a lei complementar estadual com o objetivo de viabilizar a continuidade das operações da respectiva companhia estadual tende a entrar em conflito com o esforço para acelerar — via financiamento privado — a universalização dos serviços combinada com a efetiva prestação (Lei n. 11.445/2007, art. 2º, I), além de restringir, sem respeitar todas as premissas da lei, os interesses locais.

Inclusive, a Associação e Sindicato Nacional das Concessionárias de Serviços Públicos de Água e Esgoto (Abcon/Sindicon), antes mesmo da redação do Decreto Federal n. 11.467/2023, ajuizou no Supremo Tribunal Federal a ADI n. 7.335, questionando a previsão de “*prestação direta*” pela Companhia Estadual de Água e Esgotos da Paraíba (Cagepa).

A discussão suscitada pela Abcon/Sindicon foi a de que o *Novo Marco* expressou a vontade política de eleger o modelo da concessão como o preferencial para concretizar-se o ponto ideal da universalização, e o movimento do Estado da Paraíba afastava-se dessa diretriz criando mecanismo de delegação que retomava o Planasa, baseado em vínculo celebrados sem disputa pelo mercado. Nesse sentido, argumentou-se pela violação: (i) à competência de organização e planejamento do serviço público de saneamento pelo Município, enquanto de interesse local (art. 30, inciso V da

9 A gestão associada interfederativa não foi vedada pela legislação nacional, mas está reservada para a hipótese de empresa pública ou sociedade de economia mista interfederativa, criada pela respectiva entidade federativa para o fim específico do saneamento. A hipótese descrita anteriormente pelo regulamento era, nada mais nada menos, que o modelo da gestão associada *sui generis*, a concessão de serviços público sem licitação disfarçada de prestação direta por cooperação federativa.

CF/88¹⁰); (ii) à livre concorrência (art. 170, IV¹¹ e 173, § 4º¹² da CF/88); e (iii) ao dever de licitar (art. 37, XXI e 175 da CF/88¹³).

Desde o ajuizamento da referida ADI, houve posicionamentos formais no processo da Advocacia-Geral da União (AGU) e da Procuradoria-Geral da República. A AGU, de seu lado, posicionou-se no sentido de que prestação direta pela companhia estadual em estruturas de regionalização de interesse comum é alternativa constitucional, uma vez que a sociedade de economia mista integra a administração indireta do Estado-membro, o qual exerce a titularidade em conjunto com os Municípios, por meio da entidade microrregional¹⁴. Assim, a modelagem operacional descrita estaria em conformidade com os artigos 175 e 241 da Constituição Federal. Por outro lado, a Procuradoria-Geral da República opinou pelo não conhecimento da ADI por perda superveniente do objeto, tendo em vista a revogação da Lei Complementar Estadual n. 168/2021

10 "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;"

11 "Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] IV - livre concorrência;"

12 "Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. [...] § 4º A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros."

13 "Art. 37. [...] XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações" (Regulamento).

14 "É certo que o novo marco legal exige que as companhias estaduais de saneamento participem dos procedimentos licitatórios destinados à concessão dos serviços públicos de saneamento básico, mas, como deixa claro o dispositivo acima transcrito, isso somente será devido na hipótese em que a entidade não integre a administração do titular. No caso dos autos, o que se tem é uma autorização para prestação direta dos serviços pela CAGEPA, uma sociedade de economia mista cujo capital pertence majoritariamente ao Estado da Paraíba, cotitular do serviço público de saneamento básico, em conjunto com os municípios que compartilham efetivamente instalações operacionais integrantes das respectivas microrregiões". BRASIL. Supremo Tribunal Federal - STF. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 7.335/PB**. Manifestação AGU (e-STF, doc. 34), p. 9.

pela Lei Complementar Estadual n. 182/2023, diploma legal este que não possui previsão de prestação direta pela Cagepa. Portanto, a discussão em concreto de eventual prestação direta pela Cagepa deveria ser realizada pelas vias ordinárias¹⁵.

Apesar da indefinição do julgamento da ADI n. 7.335, houve o posicionamento do Poder Legislativo em relação ao tema. Reitera-se que o Projeto de Decreto Legislativo n. 98/2023 sustou os §§ 13º e 16º do art. 6º do Decreto Federal n. 11.467/2023, inclusive para vedar a possibilidade de operação de prestadores públicos não integrantes da administração do titular do serviço sem prévia licitação. Em tal contexto, há uma diretriz interpretativa do próprio legislador sobre a ilegalidade da utilização das estruturas de regionalização de interesse comum para a formalização de prestações diretas sem prévia licitação por empresas públicas e sociedades de economia mista não integrantes da administração do titular do serviço, como já abordado anteriormente.

Com tudo isso, reitera-se que a revogação dos trechos do Decreto Federal n. 11.467/2023 que autorizavam, nas hipóteses de região metropolitana, aglomeração urbana e microrregião, a prestação direta de empresa pública e sociedade de economia mista não integrante da administração do titular do serviço reforça a convicção de que esta linha de raciocínio não está conforme o sistema legal vigente. Destaca-se que tal alternativa é análoga à gestão associada interfederativa por meio de contrato de programa, em total desacordo com o art. 10 da Lei n. 11.445/2007.

3. Unidade Regional e Bloco de Referência

Com relação às estruturas regionalizadas trazidas pelo *Novo Marco* (Unidade Regional, Bloco de Referência), destaca-se que a adesão dos Municípios será voluntária. Isso resulta do texto da Lei n. 11.445/2007. Reitera-se que o artigo 8º, inciso I da Lei n. 11.445/2007 dispõe que a titularidade dos serviços de saneamento será dos Municípios e do Distrito Federal “*no caso de interesse local*”. Caso o município exerça a titularidade por predomínio do interesse local,

15 BRASIL. Procuradoria-Geral da República. **Parecer AJCONST/PGR n. 371746/2023**. Disponível: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=6547099>. Acesso em: 08 ago. 2023.



cobra-se dele a anuência voluntária para integrar a Unidade Regional ou o Bloco de Referência¹⁶. Atenta-se:

Lei n. 11.445/2007

Art. 8º-A. É facultativa a adesão dos titulares dos serviços públicos de saneamento de interesse local às estruturas das formas de prestação regionalizada (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020).

Segundo a lógica do *Novo Marco*, presume-se de interesse local o serviço não contemplado pelas hipóteses de regionalização com adesão compulsória. Assim, as Unidades Regionais e os Blocos de Referência destinar-se-ão ao desenho de territórios que abranjam mais de um município, mesmo quando haja a predominância do interesse local em tais áreas. Inclusive, é possível a incorporação, nas Unidades Regionais e nos Blocos de Referência, de regiões com exercício de interesse local e de outras com predomínio do interesse comum, conforme extrai-se da previsão legal do artigo 8º, § 2º da Lei Federal n. 11.445/2007¹⁷ e do artigo 6º, § 1º do Decreto Federal n. 11.599/2023¹⁸. De todo modo, a adesão às novas estruturas de regionalização dependeria da anuência do titular — do município, quando de interesse local, e do colegiado de Municípios e/ou Estado-membro, quando de interesse comum (Região Metropolitana, Aglomeração Urbana e Microrregião).

Importa destacar que há uma diferença entre as estruturas criadas pelo *Novo Marco Regulatório do Saneamento Básico* (Unidade Regional e Bloco de Referência) e as decorrentes do Estatuto da

16 No Decreto Federal n. 10.588/2020 (revogado) a faculdade de adesão estava expressa no art. 2º, §5º: “Art. 2º A prestação regionalizada de serviços de saneamento visa à geração de ganhos de escala e à garantia da universalização e da viabilidade técnica e econômico-financeira dos serviços, com uniformização do planejamento, da regulação e da fiscalização. [...] § 5º É facultativa a adesão dos titulares dos serviços públicos de saneamento básico de interesse local às estruturas das formas de prestação regionalizada”.

17 “Art. 8º Exercem a titularidade dos serviços públicos de saneamento básico: (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020) [...] § 2º Para os fins desta Lei, as unidades regionais de saneamento básico devem apresentar sustentabilidade econômico-financeira e contemplar, preferencialmente, pelo menos 1 (uma) região metropolitana, facultada a sua integração por titulares dos serviços de saneamento. (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020)”

18 “Art. 6º [...] § 1º As unidades regionais de saneamento básico deverão apresentar sustentabilidade econômico-financeira e contemplar, preferencialmente, pelo menos uma região metropolitana, facultada a sua integração por titulares dos serviços de saneamento básico.”

Metrópole (Região Metropolitana, Aglomeração Urbana e Microrregião), porque as estruturas de regionalização do *Novo Marco* preservam a titularidade do serviço pelo respectivo ente federativo (Município ou Distrito Federal). Nesse aspecto, colaciona-se o trecho do voto do Relator Ministro Luiz Fux, em sede da ADI n. 6.536/DF:

A região metropolitana, a aglomeração urbana e a microrregião criam uma unidade voltada à organização, ao planejamento e à execução de funções públicas (no plural). Seus traços distintivos são a compulsoriedade e a proximidade territorial. Em contraponto, os arranjos peculiares à Lei n. 14.026/2020 se limitam à viabilidade da execução de um ou mais serviços públicos de saneamento básico. A organização das atividades continua sob a titularidade dos Municípios; ao passo que o planejamento é o resultado da deliberação democrática em dois níveis, o Plano Federal e o Plano Estadual ou Regional.¹⁹

O ponto principal das estruturas de adesão voluntária é a identificação de viabilidade econômico-financeira no território selecionado para integrar uma Unidade Regional ou Bloco de Referência (art. 6º, inciso II do Decreto Federal n. 11.599/2023²⁰). A diretriz dessa discussão tem sido a necessidade de compatibilizar municípios deficitários com municípios superavitários, para que, dentro da região de saneamento, a dinâmica do subsídio cruzado propicie sustentabilidade social e econômica para o projeto de investimento.

Uma novidade do Decreto Federal n. 11.599/2023 em relação ao Decreto n. 10.588/2021 é a necessidade do Estado-membro e da União Federal, no desenho da respectiva estrutura regionalizada, considerar os convênios de cooperação e os consórcios públicos intermunicipais existentes para integrá-los na mesma unidade regional ou bloco de referência, sem prejuízo da eventual entrada de outros Municípios (art. 6º §7º do Decreto Federal n. 11.599/2023²¹).

19 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.536/DF**. Inteiro Teor do Acórdão (e-STF, doc. 104), p. 41.

20 “Art. 6º [...] II - 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;”

21 “Art. 6º [...] § 7º Para fins do disposto nos incisos II e III do caput, o Estado e a União deverão considerar os convênios de cooperação e os consórcios intermunicipais de saneamento básico existentes, de modo que os Municípios integrantes

No ponto, o Decreto Federal n. 11.599/2023 replica a regra que existia no Decreto Federal n. 10.588/2021, qual seja, a de que enquanto a União Federal não editar resoluções/decretos estipulando a lista de blocos de referência, os convênios de cooperação e os consórcios públicos intermunicipais de saneamento serão considerados formalmente estruturas de regionalização, caso o Estado-membro não tenha desenhado e aprovado as respectivas leis ordinárias das unidades regionais (art. 6º, § 6º do Decreto Federal n. 11.599/2023²²).

Apesar da voluntariedade da adesão, destacou-se o papel da União Federal no processo como indutora da regionalização por meio de benefícios financeiros — aportes federais aos contratos incluídos em estruturas regionais. Em razão disso, é possível defender que não haverá voluntariedade, em face dos incentivos oferecidos para a adesão às estruturas de regionalização:

Na prática, não nos parece que a regionalização seja efetivamente facultativa, já que, ao condicionar a obtenção de recursos financeiros a essa formatação de serviço, a norma deixa pouca margem de escolha ao ente federado, principalmente se de menor porte ou capacidade financeira.²³

Assim, a prática pode revelar uma “obrigatoriedade de fato” diante da necessidade de recursos para o cumprimento das metas de universalização do art. 10-B da Lei n. 11.445/2007. De todo modo, a legislação é clara ao definir que a adesão à Unidade Regional ou ao Bloco de Referência estará condicionada à decisão político-administrativa do titular do serviço. Com tudo isso, é possível afirmar que, em tese, com a finalidade de garantir a viabilidade econômico-financeira do território contemplado, será possível integrar uma estrutura de adesão compulsória (Região Metropolitana,

dessas estruturas de gestão associada de serviços públicos componham uma mesma estrutura de prestação regionalizada, sem prejuízo da inclusão de novos Municípios.”

22 “Art. 6º [...] § 6º Enquanto a União não editar as resoluções de que trata o § 5º, os convênios de cooperação e os consórcios intermunicipais de saneamento básico, formalizados na forma prevista na Lei nº 11.107, de 6 de abril de 2005, serão considerados estruturas de prestação regionalizada, desde que o Estado não tenha aprovado nenhuma das leis previstas nos incisos I e II do caput.”

23 LEONI, Fernanda e GIAMUNDO NETO, Giuseppe. Gestão Associada e Outros Arranjos Institucionais para a Prestação dos Serviços de Saneamento. In: DAL POZZO, Augusto Neves. **Lei Federal n. 14.026/2020: O Novo Marco Regulatório do Saneamento Básico**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 214.

Aglomerção Urbana e Microrregião) a uma estrutura de adesão voluntária (Unidade Regional ou Bloco de Referência).

Outro aspecto que deve ser considerado é a diferença de procedimentos para a formalização das estruturas regionais. Os instrumentos previstos pelo Estatuto da Metrópole necessitam de Lei Complementar Estadual, conforme previsto pelo artigo 25, § 3º²⁴ da Constituição Federal, pelo artigo 4º da Lei n. 13.089/2015²⁵ e pelo artigo 3º, inciso I, alínea “a” da Lei n. 11.445/2007. A Unidade Regional, por seu turno, pressupõe a promulgação de uma Lei Ordinária Estadual, na qual constará o desenho dos territórios contemplados após a identificação da viabilidade econômico-financeira da estrutura, ainda pendente da posterior adesão pelos titulares dos serviços. O Estado-membro é quem tem a competência exclusiva para instituí-la até um ano após a aprovação da Lei n. 14.026/2020, ou seja, até 15 de julho de 2021 (art. 15 da Lei n. 14.026/2020²⁶).

Desde 16 de julho de 2021, a União Federal, de modo concorrente ao Estado-membro, poderá, na omissão desse, promover a estruturação dos Blocos de Referência por meio de ato do Poder Executivo²⁷. Destaca-se que o desenho proposto pela União Federal terá as mesmas premissas daquele de competência do Estado-membro, qual seja, a identificação de viabilidade econômico-financeira por meio da conjugação de municípios superavitários e deficitários. Em ambas as estruturas, para além do ato do Poder Executivo e da respectiva lei estadual²⁸, a governança do serviço

24 “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.”

25 “Art. 4º A instituição de região metropolitana ou de aglomeração urbana que envolva Municípios pertencentes a mais de um Estado será formalizada mediante a aprovação de leis complementares pelas assembleias legislativas de cada um dos Estados envolvidos.”

26 “Art. 15. A competência de que trata o § 3º do art. 52 da Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007, somente será exercida caso as unidades regionais de saneamento básico não sejam estabelecidas pelo Estado no prazo de 1 (um) ano da publicação desta Lei.”

27 “Art. 52 [...] § 3º A União estabelecerá, de forma subsidiária aos Estados, blocos de referência para a prestação regionalizada dos serviços públicos de saneamento básico. (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020).”

28 Como exemplo, cita-se o art. 7º da Lei Estadual n. 15.795/2022, que criou as unidades regionais no Estado do Rio Grande do Sul: “Art. 7º A estrutura de governança

necessitará da criação de um dos instrumentos de gestão associada interfederativa, (artigo 3º, inciso VI, alínea “a” da Lei n. 11.445/2007 e do artigo 6º, inciso III do Decreto Federal n. 11.599/2023²⁹).

Apenas para exemplificar, o artigo 50 da Lei n. 11.445/2007, conforme a nova redação, é inequívoco em penalizar os municípios que não adiram aos blocos com a ausência de alocação de recursos públicos federais e financiamentos:

Art. 50. A alocação de recursos públicos federais e os financiamentos com recursos da União ou com recursos geridos ou operados por órgãos ou entidades da União serão feitos em conformidade com as diretrizes e objetivos estabelecidos nos arts. 48 e 49 desta Lei e com os planos de saneamento básico e condicionados:

[...]

VIII - à adesão pelos titulares dos serviços públicos de saneamento básico à estrutura de governança correspondente em até 180 (cento e oitenta) dias contados de sua instituição, nos casos de unidade regional de saneamento básico, blocos de referência e gestão associada.

§1º Na aplicação de recursos não onerosos da União, serão priorizados os investimentos de capital que viabilizem a prestação de serviços regionalizada, por meio de blocos regionais, quando a sua sustentabilidade econômico-financeira não for possível apenas com recursos oriundos de tarifas ou taxas, mesmo após agrupamento com outros Municípios do Estado, e os investimentos que visem ao atendimento dos Municípios com maiores déficits de saneamento cuja população não tenha capacidade de pagamento compatível com a viabilidade econômico-financeira dos serviços.

A constitucionalidade desse arcabouço legal foi questionada em sede das ADIs n. 6.492, 6.356, 6.583 e 6.882, julgadas improcedentes pelo Supremo Tribunal Federal, de modo a preponderar o

de cada uma das Unidades Regionais de Serviços de Saneamento Básico – URSB – será constituída e regulamentada por meio dos instrumentos de gestão associada interfederativa, assegurando a todos os titulares integrantes a representação e a participação em órgão colegiado dotado, no mínimo, de funções deliberativas e de fiscalização, ao qual deverá ser disponibilizado acesso integral e permanente a todas as informações referentes à prestação dos serviços públicos”.

29 “Art. 6º [...] III - bloco de referência - agrupamento de Municípios não necessariamente limítrofes, estabelecido pela União nos termos do disposto no § 3º do art. 52 da Lei nº 11.445, de 2007, e formalmente criado por meio de gestão associada voluntária dos titulares; ou.”

voto do Exmo. Sr. Ministro Luiz Fux pela constitucionalidade da Lei Federal n. 14.026/2020. Assim, a constitucionalidade do *Novo Marco do Saneamento Básico* foi ratificada pelo posicionamento final do Supremo Tribunal Federal em sede do Acórdão da ADI n. 6.536/DF, que unificou o julgamento de todas as ações diretas de inconstitucionalidade³⁰. No ponto, não há mais dúvidas sobre a constitucionalidade do *Novo Marco* em relação às estruturas de regionalização enquanto instrumentos de *spending power*³¹.

De outra perspectiva, o caso dos serviços de limpeza urbana e manejo e resíduos sólidos parece ter peculiaridades, em especial no tópico da regionalização. Ainda que as normas presentes na Lei n. 11.445/2007 sejam aplicáveis a todos os setores que compõem o conceito de saneamento básico, as circunstâncias do setor de resíduos sólidos parecem apontar para uma solução prática diversa da simples implementação de um dos 5 (cinco) modelos de regionalização listados.

Isso ocorre porque o setor de limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos já possui um modelo de regionalização a partir dos consórcios públicos intermunicipais. Até este momento, os consórcios públicos apresentam, na realidade dos municípios, vantagens comparativas em relação aos modelos formais previstos no Estatuto da Metrópole, ou mesmo em relação às Unidades Regionais e aos Blocos de Referência.

A opção pelos consórcios é aventada pela Lei Federal n. 12.305/2010, responsável pela Política Nacional de Resíduos Sólidos. Essa possibilidade de regionalização por consórcios tem, inclusive, o potencial de facilitar a obtenção de incentivos federais, conforme o art. 45 da Lei Federal 12.305/2010³².

30 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.536/DF**. Inteiro Teor do Acórdão (e-STF, doc. 104).

31 "Por via de consequência, é constitucional o mecanismo de compliance do art. 50, que exige a conformidade regulatória como o requisito para a transferência de recursos provenientes da União. O condicionamento da destinação de recursos federais via transferências voluntárias já pode ocorrer para atendimento de certas metas, objetivos, obrigações pelos entes recebedores, inclusive por pactuação contratual. Desse modo, o condicionamento sequer demanda lei disciplinadora das condições para a percepção das dotações." *Ibidem*, p. 49.

32 "Art. 45. Os consórcios públicos constituídos, nos termos da Lei nº 11.107, de 2005, com o objetivo de viabilizar a descentralização e a prestação de serviços públicos que envolvam resíduos sólidos, têm prioridade na obtenção dos incentivos instituídos pelo Governo Federal."

Além disso, a vantagem da regionalização do setor de resíduos sólidos por meio de consórcios públicos é relacionada à multifuncionalidade dessas pessoas jurídicas. Isso faz com que os municípios tenham a opção de utilizar estruturas consorciadas pré-existentes, projetadas inicialmente para outros serviços, também para o setor de limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos.

Dessa forma, ainda que a solução da regionalização pelos consórcios públicos não seja tão enfatizada na Lei Federal n. 11.445/2007 — e tenha dificuldades específicas, como existe a possibilidade de grupos de municípios não se enquadrarem em qualquer estrutura consorciada e restarem isolados —, suas vantagens comparativas parecem indicar que, na prática da gestão municipal, essa será a principal forma de concretizar a regionalização

Em síntese, são ao menos cinco as estruturas regionalizadas principais para a prestação de serviços públicos de saneamento, três delas — Região Metropolitana, Aglomeração Urbana e Microrregião — de adesão compulsória e as outras duas de adesão voluntária — Unidade Regional e Bloco de Referência. Todavia, as particularidades do setor de limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos parece privilegiar por outro modelo, o dos consórcios públicos intermunicipais. Ainda assim, a modelagem de todos os desenhos regionais aludidos pressupõe o cálculo da viabilidade econômico-financeira da estrutura, bem como a inclusão ideal de todo o território do Estado-membro.

Persistem discussões primordiais para o funcionamento da prestação regionalizada dos serviços, pela existência de dúvidas sobre o grau de coercibilidade prática das Unidades Regionais e dos Blocos de Referência, bem como pelo processo de tomada de decisão dentro da gestão associada decorrente de tal compatibilização de titulares dos serviços. A resposta para esses temas, por sua vez, dependerá de estudos de caso.

4. Estruturas de Regionalização

	Região Metropolitana, Aglomeração Urbana e Microrregião	Unidade Regional	Bloco de Referência
Previsão Legal	Art. 25 da Constituição Federal; Art. 3º, inciso VI, alínea “a” da Lei n. 11.445/2007; Art. 6º, inciso I do Decreto Federal 11.599/2023	Art. 3º, inciso VI, alínea “b” da Lei Federal 11.445/2007; Art. 6º, inciso II do Decreto Federal 11.599/2023	Art. 3º, inciso VI, alínea “c” da Lei Federal 11.445/2007; Art. 6º, inciso III do Decreto Federal 11.599/2023
Pressuposto	Compartilhamento de instalações operacionais	Modelagem que apresente viabilidade econômico-financeira	Modelagem que apresente viabilidade econômico-financeira
Natureza do Interesse no Serviço	Comum	Local/Comum	Local/comum
Forma de Adesão	Compulsória	Voluntária	Voluntária
Procedimento de Instituição	Lei Complementar Estadual, posterior formação de instrumento de gestão associada interfederativa	Lei Ordinária Estadual, posterior formação de instrumento de gestão associada interfederativa	Decreto/resolução do Poder Executivo, posterior formação de instrumento de gestão associada interfederativa

5. Regionalização na Limpeza Urbana e Manejo de Resíduos Sólidos

A regionalização é uma diretriz aplicável a todos os subsistemas do conceito de saneamento básico, em razão da necessidade de ganho de escala para a prestação dos serviços. Como já explorado nesse trabalho, a universalização da prestação dos serviços de limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos, seja a universalização

horizontal, seja a vertical, necessita de uma modelagem que permita a sustentabilidade econômico-financeira dos serviços. Diante disso, a regionalização, ao perfectibilizar o ganho de escala da prestação, torna-se elemento necessário para o atingimento das metas estipuladas pelo *Novo Marco Regulatório do Saneamento Básico*.

Ainda que a regionalização seja uma diretriz, os meios de sua efetivação podem variar, a depender das características do serviço e das estratégias adaptadas a cada contexto. Nesse sentido, o serviço de limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos é substancialmente diferente dos serviços de água e esgotamento sanitário. De uma primeira análise, pode-se identificar a diferença de regionalização já da perspectiva dos contratos como elaborados atualmente, na grande maioria dos estados. Conforme discutido em tópico anterior, enquanto o setor de água e esgotamento sanitário está conjugado em grandes blocos sob a tutela de companhias estaduais (a perspectiva anterior do conceito de regionalização), o setor de limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos é composto por contratos administrativos de serviços e isolados, no modelo da Lei Federal n. 8.666/1993 — que está sendo gradativamente substituída pela Lei n. 14.133/2021.

Da análise dessas e de outras diferenças do setor de limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos é possível perceber que a regionalização neste ambiente implica desafios e possibilidades específicos. De uma determinada perspectiva, é possível identificar que já ocorrem regionalizações espontâneas nas localidades próximas aos aterros sanitários. De outro lado, ainda que os mecanismos formais de regionalização se apliquem indistintamente aos diferentes setores do saneamento básico, tem-se uma visão clara sobre o modelo que parece melhor se adequar ao conjunto de atividades que estão relacionadas ao serviço de limpeza urbana e ao manejo de resíduos sólidos, no caso, a regionalização por meio dos consórcios públicos (CF, art. 241 e Lei n. 11.107/2005).

Os municípios brasileiros reconhecem a necessidade da regionalização com o objetivo de viabilizar técnica e financeiramente a prestação dos serviços relacionados aos resíduos sólidos. Essa regionalização espontânea e precária já está em vigor e ocorre entorno dos aterros sanitários compartilhados, normalmente por um primeiro vínculo estabelecido entre os municípios via consórcio público (ou associação pública, espécie do gênero autarquia).

5.1 Regionalização por Aterros Sanitários

A análise do caso dos aterros sanitários compartilhados é interessante por demonstrar a inviabilidade da atuação individualizada dos municípios na gestão dos resíduos, ao mesmo tempo que destaca o caráter necessário do ganho de escala para a prestação dos serviços. O que ocorre é que os municípios isoladamente, em especial os de pequeno e médio porte, buscam como solução para a disposição/destinação final de seus resíduos/rejeitos os aterros sanitários compartilhados. Os contratos firmados ainda são diretos, município e a empresa do aterro. Então municípios licitam o contrato de limpeza urbana, por vezes, englobando o transbordo. E comumente, contratam sem licitação a disposição final no aterro sanitário, pelo número restrito de opções que hoje existem. Todavia, considerando o nível de exigência da Lei n. 12.305/2010 e o Planares, com outros desafios, o melhor formato sugere reunir, da coleta até o aterro sanitário, todas as atividades relacionadas direta ou indiretamente a este subsistema do serviço público de saneamento.

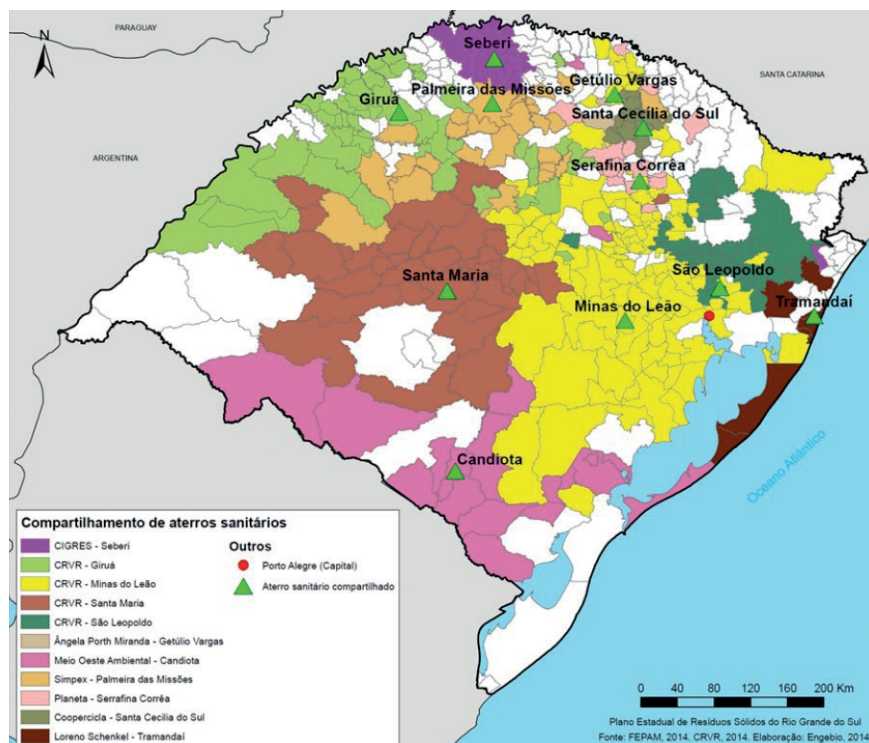
Os municípios não possuem a sua disposição os investimentos necessários para a criação de aterros sanitários próprios, ao mesmo tempo que o mercado não têm o interesse de criar aterros sanitários de pequeno porte. A solução formulada foi a dos aterros compartilhados. Mais do que um modelo de regionalização possível perante as indicações legais, a dinâmica estabelecida entorno dos aterros surge como uma imposição de ordem prática, ou seja, um meio de viabilizar economicamente a disposição final dos rejeitos.

O papel dos aterros compartilhados para produzir economia de escala para o serviço prestado é perceptível do caso do Estado do Rio Grande do Sul, um exemplo bastante rico. De acordo com o Plano Estadual de Resíduos Sólidos do Rio Grande do Sul, de 2014, existiam 11 aterros compartilhados no estado, sendo 10 administrados pela iniciativa privada e 1 pelo setor público³³. Esses aterros eram responsáveis por receber os resíduos e rejeitos de 367 municípios – dos 497 municípios do estado –, englobando aproximadamente 70% da população do Rio Grande do Sul, à época³⁴.

33 SECRETARIA DE ESTADO DE MEIO AMBIENTE. Plano Estadual de Resíduos Sólidos do Rio Grande do Sul. 2014. p. 247. Disponível em: <https://www.sema.rs.gov.br/upload/arquivos/201905/03155041-pers-final.pdf>. Acesso em: 26 fev. 2023.

34 Ibidem.

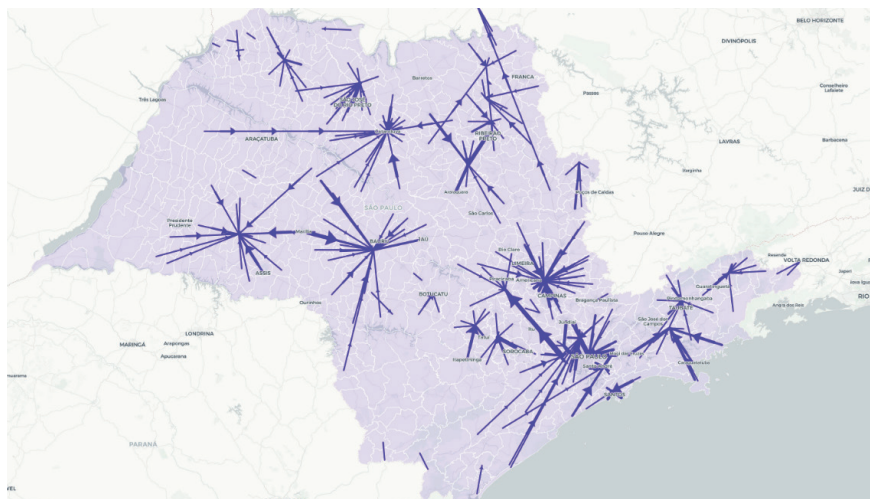
O mapa demonstra a situação dos aterros compartilhados do Estado do Rio Grande do Sul e das regiões criadas no entorno, a partir de dados retirados da última versão do Plano Estadual de Resíduos Sólidos, de 2014:



Elaboração: Plano Estadual de Resíduos Sólidos – Secretaria de Infraestrutura e Meio Ambiente do Estado do Rio Grande do Sul.³⁵

Da visualização do mapa do estado, percebe-se que os aterros sanitários dispersos e compartilhados formam em seu entorno grandes regiões, que abrangem o território de inúmeros municípios. Esse modelo se repete nos demais estados brasileiros, como pode ser visto quando observado o mapa do Estado de São Paulo, em que há o destaque para a distância percorrida dos municípios de origem até o aterro de disposição final:

35 Retirado do Plano Estadual de Resíduos Sólidos do Rio Grande do Sul. Disponível em: <https://www.sema.rs.gov.br/upload/arquivos/201905/03155041-pers-final.pdf>. Acesso em: 26 fev. 2023.



Elaboração: Companhia Ambiental do Estado de São Paulo (CETESB)³⁶

No mapa as setas indicam o caminho percorrido pelo resíduo, do município em que foi gerado e coletado para o aterro sanitário de sua disposição final. A confluência de múltiplas setas, em direção ao mesmo ponto do mapa, representa a criação de uma região entorno do aterro, na lógica do compartilhamento de infraestrutura para disposição final.

Tem-se que no Estado de São Paulo, segundo dados de 2021, 61,8% dos resíduos sólidos eram dispostos em aterros privados³⁷. Vale frisar, ainda, que não obstante o fato de o Estado possuir 330 aterros sanitários em seu território³⁸, cinco cidades com aterros sanitários de grande porte recebem mais de 30% de todo o resíduo sólido produzido no Estado³⁹. O que é possível perceber, portanto, é que também no caso paulista há a regionalização espontânea

36 Dado elaborado com base em informações da Companhia Ambiental do Estado de São Paulo (CETESB). Disponível em: <https://medium.com/medidas/mapa-origem-destino-lixo-sao-paulo-cadcbf80bda8>. Acesso em: 17 out. 2022.

37 SECRETARIA DE INFRAESTRUTURA E MEIO AMBIENTE. Inventário Estadual de Resíduos Sólidos Urbanos do Estado de São Paulo. 2021, p. 13. Disponível em: <https://cetesb.sp.gov.br/residuossolidos/wp-content/uploads/sites/26/2022/07/Inventario-Estadual-de-Residuos-Solidos-Urbanos-2021.pdf>. Acesso em: 26 fev. 2023.

38 SECRETARIA DE INFRAESTRUTURA E MEIO AMBIENTE. Plano Estadual de Resíduos Sólidos do Rio Grande do Sul, 2014. p. 247. Disponível em: <https://www.sema.rs.gov.br/upload/arquivos/201905/03155041-pers-final.pdf>. Acesso em: 26 fev. 2023.

39 LOUREIRO, Bernardo. Um mapa da origem e destino do lixo em São Paulo. **Medium**. São Paulo, 30 de jun. de 2019. Disponível em: <https://medium.com/medidas/mapa-origem-destino-lixo-sao-paulo-cadcbf80bda8>. Acesso em: 26 fev. 2023.

entorno de alguns aterros sanitários, que possuem ganho de escala ao centralizar os contratos para a disposição final ambientalmente adequada dos rejeitos de diversos municípios.

Identifica-se, assim, que há uma dinâmica que impulsiona a regionalização, pois só com o ganho de escala proporcionado pelo compartilhamento do local de disposição final entre coletivos de municípios é que o empreendimento se torna economicamente viável.

5.2 Planejamento Interfederativo e Ganhos de Escala Econômico-Financeira

Contrariamente, se a regionalização ocorresse de modo planejado, por meio de consórcios públicos reunindo diversos municípios, a contratação do aterro envolveria um estudo centralizado da viabilidade econômico-financeira do negócio, podendo incluir uma série de exigências técnicas, inclusive a implementação das rotas tecnológicas previstas em lei. O ganho de escala resultante da união de interesses municipais poderia ser associado com contratos longos, permitindo a diluição dos custos de investimento.

Nada impede, quanto ao tema, que os setores de limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos se utilizem de modelos como o das regiões metropolitanas, das microrregiões, dos aglomerados urbanos, ou mesmo do formato das unidades regionais e dos blocos de referência. De toda sorte, atualmente, a solução mais factível — e com maiores chances de sucesso — é a da regionalização por meio dos consórcios públicos intermunicipais (o Chamamento Público conjunto SEPPI/CC-PR, CAIXA e BNDES n. 01/2022 publicou ainda em 2023 a lista dos consórcios públicos intermunicipais habilitados a receberem apoio do Governo Federal para estruturar projetos de concessão de serviços de manejo de resíduos sólidos urbanos (RSU): 39 consórcios foram aprovados totalizando quatorze estados: Bahia, Ceará, Espírito Santo, Goiás, Minas Gerais, Pará, Paraná, Pernambuco, Rio Grande do Norte, Rio Grande do Sul, Rio de Janeiro, Rondônia, Sergipe e São Paulo).

O formato dos consórcios públicos permite uma organização voltada para a conjugação de interesses dos municípios, a partir de uma ferramenta que lhe empresta maior poder de influência e atração de interesses.⁴⁰ Duas características da estrutura jurídica

40 BRITO, Eder dos Santos. Consórcios Intermunicipais no Federalismo Brasileiro: coordenação, colaboração e nova Governança Pública. In: BRITO, Eder dos Santos.

dos consórcios públicos podem trazer benefícios estratégicos, de modo a justificar a escolha pela forma consorciada de regionalização: a possibilidade de aproveitamento de consórcios multifuncionais e o histórico de boa governança — de modo a facilitar a atuação dos entes participantes da estrutura regionalizada.

Conforme referido em outros momentos, uma vantagem da regionalização por meio dos consórcios públicos em detrimentos de outros modelos é a sua multifuncionalidade.⁴¹

A utilização da mesma estrutura consorciada para a prestação dos serviços vinculados aos resíduos sólidos traz o benefício de haver uma concertação política das administrações municipais com o objetivo de uma atuação coletiva e coordenada. Além disso, a existência de uma estrutura consorciada prévia faz com que haja uma referência de corpo técnico mínimo, bem como uma esteira produtiva testada para a tomada de decisão em sistema de colegiado.

Ao benefício da multifuncionalidade da estrutura do consórcio público associa-se a boa governança estabelecida a partir de um histórico de desenvolvimento institucional dos consórcios. A Lei Federal n. 11.107/2005, em seu art. 4º, trata das cláusulas necessárias ao protocolo de intenções, base para a estruturação do consórcio público. No referido dispositivo está presente, em linhas gerais, a ideia de participação e representação dos entes, bem como a centralidade da assembleia geral como órgão deliberativo, conforme versa o inciso VII do art. 4º, ao estipular que o protocolo de intenções deve conter “a previsão de que a assembleia geral é a instância máxima do consórcio público e o número de votos para as suas deliberações”⁴².

Desse modo, tanto a estrutura legal quanto a experiência atingida após anos de implementação de gestões de consórcios públicos em diferentes setores permitem constituir uma estrutura deliberativa democrática. Essa estrutura, conforme a lei, tem a

CARNEIRO, José Mario Brasiliense. (org). **Consórcios Intermunicipais e Políticas Públicas Regionais**. 1 ed. São Paulo: Oficina Municipal. 2019. p. 20.

41 CALDERAN, Thanabi Bellenzier. **Consórcio Público Intermunicipal de Gerenciamento de Resíduos Sólidos Domésticos**: um estudo de caso. 2013. Dissertação (Mestrado em Ambiente e Desenvolvimento) – Universidade do Vale do Taquari, Lajeado, 2013. p. 145.

42 BRASIL. **Lei Nº 11.107, de 6 de abril de 2005**. Dispõe sobre normas gerais de contratação de consórcios públicos e dá outras providências. Brasília, DF: Diário Oficial da União de 7.4.2005. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11107.htm. Acesso em: 02 mar. 2023.

assembleia geral como instância máxima, com a participação de cada ente. Essa mesma maturidade, quando a escolha for por unidades regionais ou blocos de referência, precisa ser construída.

Não é sem razão, repete-se, que os consórcios públicos são vistos como modelo de referência para a gestão compartilhada e regionalizada de serviços, também por causa de sua treinada estrutura participativa e democrática:

*Dessa maneira, o processo de implantação dos consórcios revestiu-se da qualificação necessária a ser apontada como uma **experiência exitosa no campo da gestão compartilhada**. Essa ação é merecedora, portanto, de toda a divulgação possível, na medida em que se consubstancia como exemplo útil na demonstração da plausibilidade dos arranjos federativos como alternativas e soluções às problemáticas das gestões individualizadas. Ela retrata a pertinência da associação entre entes federados para a **consecução de objetivos comuns, em uma ambiência democrática, participativa, eficiente sob o ponto de vista da maximização dos resultados práticos obtidos com a execução dos serviços públicos**, não obstante as barreiras políticas, econômicas e culturais que o modelo propõe como desafio⁴³ [grifamos].*

Além disso, a Lei Federal n. 12.305/2010 também trata a possibilidade da regionalização por meio do instrumento dos consórcios públicos. Cabe referir que a lei não apenas explicita a necessidade de priorização de soluções consorciadas, como também inclui essas diretrizes nas normas acerca dos planos de resíduos sólidos e destaca a preferência no recebimento de receitas que devem ter os entes que optarem por soluções consorciadas. Existe um direcionamento para a composição de coletivos, na medida em que a economia de escala amplia a possibilidade de investimentos com retorno confiável ao longo do ciclo de vida da operação, mas também esforços contrários, tentando manter o funcionamento do sistema na direção dos *players* que hoje controlam partes das atividades.

43 VASCONCELOS NETO, João Ananias. A experiência dos Arranjos Interfederativos da Saúde no Estado do Ceará: os Consórcios Públicos como Instrumentos de Fortalecimento da Gestão Compartilhada. In: MELLO, Janine; RIBEIRO, Vanda Mendes; LOTTA, Gabriela; BONAMINO, Alicia; CARVALHO, Cynthia Paes de, (orgs). **Implementação de Políticas e Atuação de Gestores Públicos** Brasília: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 2020.

Parte-se do art. 8º, inciso XIX, da Lei Federal n. 12.305/2010, que lista como instrumento da Política Nacional de Resíduos Sólidos: “o incentivo à adoção de consórcios ou de outras formas de cooperação entre os entes federados, com vistas à elevação das escalas de aproveitamento e à redução dos custos envolvidos”⁴⁴. Igualmente, o art. 11, parágrafo único da Lei, ao dispor sobre as diretrizes aplicáveis ao setor de resíduos sólidos, determina: “A atuação do Estado na forma do *caput* deve apoiar e priorizar as iniciativas do Município de soluções consorciadas ou compartilhadas entre 2 (dois) ou mais Municípios”⁴⁵.

Na mesma linha, os arts. 17, inciso VIII; 19, inciso III e 21, inciso IV, todos da Lei n. 12.305/2010⁴⁶, tratam da inclusão de diretrizes com o objetivo de incentivar as soluções consorciadas nos planos estaduais, municipais e de gerenciamento de resíduos sólidos, respectivamente. Ainda quanto aos planos, o art. 19, §9º, da Lei⁴⁷ traz uma facilidade técnica para os municípios que optarem pela solução consorciada: a elaboração de um único plano de resíduos intermunicipal, de modo a desobrigar os municípios de, individualmente, elaborarem os seus planos municipais.

Em que pese a listagem de incentivos à regionalização por meio dos consórcios públicos intermunicipais apresentada até aqui, o impulso mais significativo trazido pela legislação tem relação com o recebimento de recursos federais. Esse benefício fica evidente no art. 18, § 1º, inciso I, da Lei:

Art. 18. A elaboração de plano municipal de gestão integrada de resíduos sólidos, nos termos previstos por esta Lei, é condição para o Distrito Federal e os Municípios terem acesso a recursos da União, ou por ela controlados, destinados a empreendimentos e serviços relacionados à limpeza urbana e ao manejo de resíduos sólidos, ou para serem beneficiados por incentivos ou financiamentos de entidades federais de crédito ou fomento para tal finalidade. (Vigência)

44 BRASIL. **Lei Nº 12.305, de 02 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. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 2010. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12305.htm. Acesso em: 02 mar. 2023.

45 Ibidem.

46 Ibidem.

47 Ibidem.

§ 1º Serão priorizados no acesso aos recursos da União referidos no caput os Municípios que:

I - optarem por soluções consorciadas intermunicipais para a gestão dos resíduos sólidos, incluída a elaboração e implementação de plano intermunicipal, ou que se inserirem de forma voluntária nos planos microrregionais de resíduos sólidos referidos no § 1º do art. 16⁴⁸;

Percebe-se, portanto, que a Lei previu um benefício para os municípios que optarem pela solução consorciada ao garantir acesso prioritário aos recursos da União. Convergente é o art. 45, *caput*, da mesma Lei:

Art. 45. Os consórcios públicos constituídos, nos termos da Lei nº 11.107, de 2005, com o objetivo de viabilizar a descentralização e a prestação de serviços públicos que envolvam resíduos sólidos, têm prioridade na obtenção dos incentivos instituídos pelo Governo Federal⁴⁹.

É impositivo constatar, da leitura dos dispositivos referidos, que a Lei Federal n. 12.305/2010 trouxe diversos incentivos à adoção da modalidade consorciada de regionalização. Isso se deu tanto pela indicação genérica da preferência dos consórcios nas diretrizes e nos instrumentos da lei, quanto na imposição dos incentivos ao consórcio nos planos de resíduos e na definição de que os consórcios públicos intermunicipais terão preferência no recebimento de recursos e de incentivos da União Federal, o que pode ser corroborado pelo Decreto Federal n. 11.599/2023.

Complementarmente, mostra-se relevante identificar como a Lei Federal n. 11.445/2007 trata a questão dos consórcios na perspectiva de servirem como alternativa de regionalização. No ponto, a Lei refere os consórcios públicos como uma forma de gestão associada, ao apresentar conceitos relevantes no art. 3º, II:

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

II - gestão associada: associação voluntária entre entes federativos, por meio de consórcio público ou convênio de

48 Ibidem.

49 Ibidem.

*cooperação, conforme disposto no art. 241 da Constituição Federal*⁵⁰;

No mesmo sentido, os consórcios públicos são referidos no tópico em que a Lei discute a titularidade dos serviços de saneamento. No art. 8, § 1º, I e II, da Lei Federal 11.445/07, há a previsão de exercício de titularidade dos serviços por meio de gestão associada, inclusive mediante consórcios públicos; na mesma medida em que explicita a possibilidade de prestação direta aos seus associados dos serviços de abastecimento de água potável, esgotamento sanitário, limpeza urbana, manejo de resíduos sólidos, drenagem e manejo de águas pluviais, por meio de autarquia intermunicipal. O art. 6º, § 7º do Decreto Federal n. 11.599/2023, por sua vez, exige que os Estados-membros e a União Federal, no desenho das estruturas de regionalização, deverão integrar os municípios que compõem um consórcio público de saneamento básico a uma mesma unidade regional ou bloco de referência:

Art. 6º A prestação regionalizada de serviços de saneamento é a 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, com uniformização da regulação e da fiscalização e com compatibilidade de planejamento entre os titulares, com vistas à geração de ganhos de escala e à garantia da universalização e da viabilidade técnica e econômico-financeira dos serviços, e poderá ser estruturada em: [...]§ 7º Para fins do disposto nos incisos II e III do caput, o Estado e a União deverão considerar os convênios de cooperação e os consórcios intermunicipais de saneamento básico existentes, de modo que os Municípios integrantes dessas estruturas de gestão associada de serviços públicos componham uma mesma estrutura de prestação regionalizada, sem prejuízo da inclusão de novos Municípios.

50 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; 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. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 11.1.2007. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/l11445.htm. Acesso em: 05 mar. 2023.



No ponto, o próprio Planares reconhece que a criação de consórcios públicos beneficia municípios menores ao garantir uma prestação eficiente dos serviços relacionados aos resíduos sólidos:

*O MMA tem apoiado estados e municípios brasileiros na regionalização e formação de consórcios públicos intermunicipais ou interfederativos para gestão dos resíduos sólidos, **por ter identificado na gestão consorciada, por razões de escala, a possibilidade para que pequenos municípios alcancem as metas para gestão de resíduos sólidos, haja vista a redução dos custos, que são rateados.** O ganho de escala, conjugado com a profissionalização da gestão e implantação da cobrança pela prestação do serviço de coleta e tratamento de RSU, pode contribuir para a autossuficiência econômica do sistema de gestão e gerenciamento⁵¹ [grifamos].*

Os consórcios públicos são reconhecidos pela legislação como uma solução adequada para a regionalização. Quanto a isso, inclusive, a Lei Federal n. 12.305/2010 sugere uma preferência para soluções consorciadas em detrimento das outras formas possíveis. De fato, é possível reconhecer que as soluções consorciadas têm a aptidão de combinar municípios de pequeno porte em uma estrutura de adesão voluntária e administração intermunicipal democrática, servindo como uma boa prática quando o objetivo é agir em conformidade com o *Novo Marco Legal do Saneamento*.

5.3 Dados sobre a Solução dos Consórcios Públicos para a Regionalização do Setor

Apresentada a base legal que prioriza o modelo dos consórcios públicos intermunicipais, mostra-se relevante cotejar essa pretensão legal com dados da realidade quanto a existência e efetividade de soluções consorciadas no Brasil. Com base em dados colhidos pelo Sistema Nacional de Informações sobre a Gestão de Resíduos Sólidos (SINIR) — utilizado como referência pelo próprio Planares —, existem em operação ao menos 148 consórcios públicos atuantes na gestão de resíduos sólidos.⁵² Ainda que o número pareça

51 MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. **Plano Nacional de Resíduos Sólidos — Planares 2022**. Disponível em: <https://sinir.gov.br/informacoes/plano-nacional-de-residuos-solidos/>. Acesso em: 01 mar. 2023.

52 SISTEMA NACIONAL DE INFORMAÇÕES SOBRE A GESTÃO DE RESÍDUOS SÓLIDOS (SINIR). **Relatório Nacional de Gestão de Resíduos Sólidos, 2019**. Disponível em: <https://www.sinir.gov.br/relatorios/nacional/>. Acesso em: 01 mar. 2023.

impressionante, corresponde a pouco mais de 25% da população brasileira em 2019, época do último estudo de referência. Cabe lembrar que esses números se modificam constantemente, não apenas porque a realidade é cambiante, mas a forma de apurar de maneira mais objetiva a verdade do setor tem se aperfeiçoado nos últimos tempos.

Os dados da Confederação Nacional dos Municípios apontam para números um pouco mais significativos de consórcios públicos com atuação no setor de resíduos sólidos. No Estudo Técnico intitulado *“Mapeamento dos Consórcios Públicos Brasileiro 2021”*, há a indicação de que haveria 230 consórcios atuantes no setor de resíduos⁵³ — esse número colocaria o tema dos resíduos sólidos como o segundo mais presente em contratos de consórcios intermunicipal, perdendo apenas para o setor da saúde. Disso, é possível extrair uma grande diferença do setor de resíduos sólidos quando comparado com os setores de água e esgotamento sanitário. Frente aos 230 consórcios públicos envolvendo resíduos sólidos, existiriam 139 consórcios públicos voltados para o serviço de abastecimento de água⁵⁴ e 123 consórcios públicos voltados para o serviço de esgotamento sanitário⁵⁵.

Com vistas a concretização do ideal de regionalização, o Planares coloca como horizonte desejado para a efetivação das políticas de resíduos no Brasil a multiplicação de soluções consorciadas. Diante dos incentivos legais e financeiros previstos e de novos programas a serem implementados nos próximos anos, o documento prevê a efetivação de uma realidade em que mais da metade dos municípios estariam integrando consórcios públicos para a prestação de serviços de manejo de resíduos sólidos nos anos finais da década de 2020, com a virtual universalização — todos os municípios inseridos na solução da regionalização consorciada — no ano de 2040.⁵⁶

53 CONFEDERAÇÃO NACIONAL DE MUNICÍPIOS (CNM). **Estudo Técnico: Mapeamento dos Consórcios Públicos Brasileiro 2021**, p. 28. Disponível em: <https://www.cnm.org.br/biblioteca/exibe/4547>. Acesso em: 24 jul. 2023.

54 Ibidem.

55 Ibidem.

56 MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. **Plano Nacional de Resíduos Sólidos — Planares 2022**, p. 148. Disponível em: <https://sinir.gov.br/informacoes/plano-nacional-de-residuos-solidos/>. Acesso em: 12 mar. 2023.

6. Diretrizes Gerais para Regionalização dos Serviços

Explicada as diferenças conceituais entre as estruturas de regionalização do Estatuto da Metrópole e as do *Novo Marco Regulatório do Saneamento Básico*, o Decreto Federal n. 11.599/2023 estabelece diretrizes gerais para o desenho da regionalização dos serviços em relação: (i) à separação ou interconexão das atividades de saneamento básico (abastecimento de água, coleta e tratamento de esgoto, limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos e drenagem urbana e manejo de águas pluviais); (ii) à uniformização da regulação; e (iii) à convivência das formas de prestação dos serviços entre diferentes prestadores.

6.1 Interconexão dos Componentes em Estruturas Regionalizadas

Sobre o tema da separação ou interconexão dos componentes (ou atividades) de saneamento básico, o Decreto Federal n. 11.599/2023 prioriza a conjugação dos serviços de abastecimento de água e coleta e tratamento de esgoto em uma única estrutura de regionalização; por outro lado, libera os entes federativos para, no caso concreto, exercerem a sua discricionariedade técnica para a decisão sobre cumular ou não os demais serviços (limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos e drenagem urbana e manejo de águas pluviais) em uma estrutura de regionalização única ou separadas.

No ponto, o art. 6º, § 10º do Decreto Federal n. 11.599/2023⁵⁷ dispõe que os componentes de abastecimento de água e esgotamento sanitário constarão, preferencialmente, na mesma estrutura de regionalização. Trata-se de concretizar os princípios fundamentais da Lei Federal n. 11.445/2007, quais sejam, a de “*prestação concomitante dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário*” (art. 2º, inciso XVI⁵⁸) e a “*integração de infraestruturas*” (art. 2º, inciso XII⁵⁹).

57 “Art. 6º [...] § 10. Na estruturação de prestação regionalizada, os componentes de abastecimento de água potável e de esgotamento sanitário constarão, preferencialmente, do mesmo mecanismo de regionalização.”

58 “Art. 2º Os serviços públicos de saneamento básico serão prestados com base nos seguintes princípios fundamentais: [...] XVI - prestação concomitante dos serviços de abastecimento de água e de esgotamento sanitário” (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020).

59 “Art. 2º Os serviços públicos de saneamento básico serão prestados com base nos seguintes princípios fundamentais: [...] XII - integração das infraestruturas e

Entende-se que, em relação ao abastecimento de água e coleta e tratamento de esgoto sanitário, a regra é a conjugação dos componentes em uma única estrutura de regionalização. Logo, em contrário senso, a separação das atividades é a exceção.

Sobre os demais serviços de limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos e drenagem urbana e manejo de águas pluviais, o Decreto Federal n. 11.599/2023 dispõe que esses poderão ser conjugados em uma estrutura de regionalização aos componentes de abastecimento de água e coleta e tratamento de esgoto (art. 6º, § 11⁶⁰). Entretanto, como temos defendido, essa não será a tendência.

Para os serviços de limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos, o mecanismo de regionalização mais repetido será o aproveitamento da cooperação federativa existente — os acordos de cooperação e consórcios públicos. Em diversos Estados, há uma regionalização de fato em vigor, nascida de forma espontânea, no entorno dos aterros sanitários compartilhados por mais de um Município. Essa situação parte da perspectiva de gestores de pequenos e médios Municípios que precisam encontrar alguma forma de promover a destinação final ambientalmente adequada de seus resíduos, como se detalhou anteriormente.

Em termos pragmáticos, e por determinação do art. 6º, § 7º do Decreto Federal n. 11.599/2023, a tendência é de que os consórcios públicos de limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos, constituídos no entorno de infraestrutura existente, sejam a base para a formulação de estruturas de regionalização para este subsistema. Assim, haverá uma possível separação entre a regionalização do abastecimento de água e coleta e tratamento de esgoto sanitário e a da limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos, esta atividade sempre obedecendo a finalidade última de destinação ambientalmente adequada dos resíduos sólidos (art. 6º, § 12º do Decreto Federal n. 11.599/2023⁶¹).

dos serviços com a gestão eficiente dos recursos hídricos;" (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020).

60 "Art. 6º [...] § 11. Os serviços de limpeza pública, de manejo de resíduos sólidos urbanos ou de drenagem e manejo de águas pluviais poderão ser prestados na mesma unidade de prestação regionalizada de água e esgotamento sanitário ou em unidades de dimensões distintas para cada serviço."

61 "Art. 6º [...] § 12. A destinação ambientalmente adequada dos resíduos sólidos urbanos consistirá em critério orientador para a definição das estruturas de prestação regionalizada."

Para a drenagem urbana e manejo de águas pluviais, a conjugação da atividade com os componentes de abastecimento de água e coleta e tratamento de esgoto sanitário pode significar um novo ciclo de valorização desse serviço, o menos desenvolvido entre os quatro subsistemas. Outro ponto é a interconexão entre essas atividades, que jamais poderá ser desconsiderada.

De plano, ressalta-se o tema da troca do sistema unitário pelo separador absoluto⁶², que envolve um ponto de partida de compartilhamento da mesma infraestrutura (canalização para esgotamento e captação de águas pluviais) para a realização de obras necessárias à divisão de canalizações⁶³. O serviço de armazenamento de águas de chuvas está intimamente conectado ao planejamento de abastecimento de água, especialmente em localidades que sofrem com a escassez hídrica, de modo que a operação de reservatórios sirva como ferramenta para combater eventos de menor disponibilidade hídrica e, assim, diminuir situações de racionamento de água e de interrupção do abastecimento.

Em resumo, é possível que sejam organizadas estruturas de regionalização que conjuguem todos os componentes do saneamento básico. Com relação ao abastecimento de água e coleta e tratamento de esgoto sanitário, essas atividades preferencialmente devem constar na mesma estrutura de regionalização, em decorrência dos princípios fundamentais da Lei Federal n. 11.445/2007, quais sejam, a de *prestação concomitante dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário* (art. 2º, inciso XVI) e a *integração de infraestruturas* (art. 2º, inciso XII).

62 "[...] 3.710 municípios contam com sistemas únicos/unitários (águas pluviais e de esgotamento sanitário na mesma rede), combinados (em parte únicos e parte separadores) ou não participaram da pesquisa. Esse cenário traz incerteza quanto a quem cabem as responsabilidades relativas à gestão, às ações, aos custos e aos recursos para operação, manutenção e responsabilidade pela universalização da prestação dos serviços de DMAPU. A titularidade dos serviços de saneamento cabe aos municípios, e esse é o caso do DMAPU, mas, apesar de sua inter-relação, o mesmo não acontece com os serviços de água e esgoto, que estão a cargo de empresas públicas e estaduais ou privadas." NOVAES, Carlos e MARQUES, Rui. **Águas Pluviais Urbanas: O Novo Marco Legal do Saneamento no Brasil Significa uma Nova Oportunidade Rumo à Universalização?** In: INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). **Boletim Regional, Urbano e Ambiental n. 29 – jan./jun. 2023**, Rio de Janeiro: IPEA, 2023, p. 89.

63 A ser regulado por norma de referência pela Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico – ANA

Apenas para exemplificar, a utilização da rede pluvial (tubulações com dimensões maiores e de concreto que captam, transportam e drenam a água da chuva diretamente para os corpos d'água) para transportar o esgoto (possuem tubulações menores de material plástico e passam por tratamento para retornar aos corpos d'água) pode ser uma ação paliativa para que se respeite o tempo necessário até a conclusão de obras de infraestrutura que representarão o início do sistema denominado *separador absoluto*. Todavia, água pluvial na rede de esgoto dilui o esgoto e cria dificuldades para o processo de tratamento na ETE, além de induzir entupimentos ou rompimentos. Enquanto o esgoto na rede pluvial pode determinar o retorno aos corpos hídricos sem qualquer espécie de tratamento. Mesmo assim, quando fundamentado, pode-se admitir exceções para a regra geral, o que já ocorre em algumas localidades, que utilizam no transporte da rede pluvial o uso de *coletor de tempo seco*.

Previendo-se a intervenção futura das reguladoras infranacionais no tema; até lá, dentro de certos limites, existe espaço no âmbito dos contratos vigentes para pactuar-se uma regra de transição, sem alterar as entregas de 2033. A data limite, respeitando-se cada realidade, para a operação completa do separador absoluto, na maioria dos casos, decorrerá de regulação por agência.

6.2 Uniformização da Regulação e Fiscalização

O Decreto Federal n. 11.599/2023 fortalece o entendimento de que uma das finalidades da formalização de estruturas regionalizadas de prestação dos serviços é a uniformização da regulação e da fiscalização, em um contexto de pulverização de práticas regulatórias. Esse objetivo está especificado no art. 6º, § 13º do Decreto Federal n. 11.599/2023, *in verbis*:

Art. 6º [...] § 13. A prestação integrada a que se refere o caput pressupõe uniformização da regulação e da fiscalização e a compatibilidade de planejamento entre os titulares, com vistas à universalização dos serviços, podendo, quando a legislação de criação da estrutura de prestação regionalizada prever, existir prestadores distintos dentro da mesma estrutura, a critério da respectiva entidade de governança interfederativa.



O ponto para o qual se chama atenção do dispositivo acima transcrito é a exigência de “uniformização” da regulação e da fiscalização. O setor de saneamento básico convive com práticas regulatórias diversas, baseadas na produção normativa das agências reguladoras infranacionais. A partir dessa realidade, é provável que estruturas regionalizadas sejam compostas por titulares dos serviços que delegaram a função regulatória para entidades reguladoras distintas.

Nota-se que o regulamento não impõe a obrigação de as estruturas de regionalização indicarem uma única agência, o que se exige é a uniformização regulatória: que as técnicas regulatórias sejam as mesmas para todos os municípios que formarem o coletivo responsável pela regionalização dos serviços. Entretanto, há dificuldades no processamento dessa exigência, uma vez que os titulares do serviço não possuem ingerência sobre a produção normativa das agências reguladoras.

Por outro lado, a Lei Federal n. 11.445/2007 possibilita a alteração da agência reguladora pelo titular do serviço em duas hipóteses: (i) se a reguladora deixar de adotar as normas de referência da ANA; ou (ii) se a alteração for realizada em comum acordo com o prestador dos serviços (art. 23, § 1º-B da Lei Federal n. 11.445/2007⁶⁴).

Diante disso, projeta-se três possibilidades para a uniformização da regulação e fiscalização.

A primeira seria a uniformização a partir da adoção das normas de referência da ANA, de modo que as agências reguladoras que compõem a regulação da estrutura de regionalização exerçam a função normativa com base na padronização nacional. Aqui, contudo, dificilmente haveria uma regulação idêntica, porque existe um nível de liberdade e discricionariedade na produção normativa infranacional.

A segunda possibilidade seria a utilização do art. 23, § 1º-B da Lei Federal n. 11.445/2007 para viabilizar a delegação da função

64 “Art. 23. A entidade reguladora, observadas as diretrizes determinadas pela ANA, editará normas relativas às dimensões técnica, econômica e social de prestação dos serviços públicos de saneamento básico, que abrangerão, pelo menos, os seguintes aspectos: (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020) § 1º-B. Selecionada a agência reguladora mediante contrato de prestação de serviços, ela não poderá ser alterada até o encerramento contratual, salvo se deixar de adotar as normas de referência da ANA ou se estabelecido de acordo com o prestador de serviços” (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020).

regulatória para uma única entidade reguladora. Em relação à segunda possibilidade, ressalta-se que, em algumas localidades, poderá existir resistência política, tendo em vista as reguladoras criadas pelos próprios titulares dos serviços, as agências de saneamento municipais.

Uma terceira possibilidade, um caminho intermediário, seria a da construção de termos de cooperação técnica entre as entidades reguladoras infranacionais, para que essas exercessem em conjunto a competência normativa e adotassem atos normativos padronizados, tal como permitido pelo art. 11, § 1º do Decreto Federal n. 11.598/2023⁶⁵ para a análise da capacidade econômico-financeira dos prestadores de serviço.

O programa Pró-Saneamento, iniciativa da ANA, busca o fortalecimento e o exercício qualificado do espaço de autonomia das entidades reguladoras infranacionais. A Resolução n. 179, de 15 de janeiro de 2024 instituiu o Programa de Incentivo ao Fortalecimento da Governança Regulatória do Saneamento Básico, e nos termos do art. 2º, almeja:

[...] I – fortalecer o sistema de governança dessas entidades; II – contribuir para a harmonização regulatória do setor de saneamento básico; III – promover a ampliação das capacidades técnica, regulatória e institucional das ERIs; e IV – contribuir para a universalização do saneamento básico”.

Para os próximos anos será importante observar como essa relação, entre reguladora nacionais e infranacionais vai se estabelecer, na medida em que o *Novo Marco* tem, na padronização dos cadernos regulatórios, um dos pontos de destaque para aprimorar o serviço público de saneamento no território brasileiro. Nesse sentido, a ANA publicou a Resolução ANA n. 134/2022, que disciplina os requisitos e os procedimentos que as entidades reguladoras infranacionais devem adotar para fins de comprovação da incorporação consequente das normas de referência.

65 “Art. 11. Caberá à entidade reguladora competente decidir sobre a capacidade econômico-financeira do prestador do serviço. § 1º Quando o mesmo prestador de serviço for titular de contratos submetidos a entidades reguladoras distintas, essas entidades poderão celebrar termo de cooperação técnica para a apreciação conjunta da capacidade econômico-financeira do prestador de serviço.”

6.3 Convivência entre Modalidades de Prestação de Serviços

A regionalização dos serviços não pressupõe apenas um prestador, tampouco exclusiva modalidade de prestação — direta ou indireta. Assim, é possível que diferentes prestadores públicos ou privados convivam dentro de uma estrutura de regionalização (art. 17 da Lei Federal n. 11.445/2007⁶⁶).

Nesse sentido, o art. 6º, § 14º do Decreto Federal n. 11.599/2023 autoriza a prestação direta em determinados Municípios, nos seguintes termos:

Art. 6º [...] § 14. A prestação direta dos serviços em determinado Município da estrutura de prestação regionalizada por entidade que integre a administração do próprio Município poderá ser autorizada pela entidade de governança interfederativa, desde que haja previsão na legislação de criação da estrutura de prestação regionalizada, e estará condicionada à comprovação de efetivo cumprimento do disposto no art. 9º da Lei nº 11.445, de 2007, em especial a definição da entidade responsável pela regulação e fiscalização, que atestará o cumprimento das demais condicionantes.

Como se depreende do dispositivo acima transcrito, a prestação direta pelo Município está autorizada, ainda que esse componha estrutura de regionalização. De qualquer forma, é preciso dizer que o prestador dos serviços, como dito anteriormente, deve integrar a administração do Município, o que, repisa-se, exclui a possibilidade de empresas públicas e sociedades de economia mista integrantes da administração direta de outro ente federativo operarem os serviços sem prévia licitação. Exige-se o cumprimento do art. 9º da Lei Federal n. 11.445/2007⁶⁷, cujas obrigações são

66 "Art. 17. O serviço regionalizado de saneamento básico poderá obedecer a plano regional de saneamento básico elaborado para o conjunto de Municípios atendidos. (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020) § 1º O plano regional de saneamento básico poderá contemplar um ou mais componentes do saneamento básico, com vistas à otimização do planejamento e da prestação dos serviços. (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020) § 2º As disposições constantes do plano regional de saneamento básico prevalecerão sobre aquelas constantes dos planos municipais, quando existirem. (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020) § 3º O plano regional de saneamento básico dispensará a necessidade de elaboração e publicação de planos municipais de saneamento básico. (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020) § 4º O plano regional de saneamento básico poderá ser elaborado com suporte de órgãos e entidades das administrações públicas federal, estaduais e municipais, além de prestadores de serviço" (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020).

67 "Art. 9º O titular dos serviços formulará a respectiva política pública de saneamento básico, devendo, para tanto: I - elaborar os planos de saneamento básico, nos

as seguintes: (i) elaboração de plano municipal de saneamento; (ii) definição da agência reguladora responsável pela regulação e fiscalização dos serviços; (iii) implementação de sistema de informações sobre saneamento; (iv) estabelecer direitos e deveres dos usuários; e (v) estabelecer mecanismos de controle social.

Sobre a prestação indireta em estruturas de regionalização, há duas regras específicas trazidas pelo Decreto Federal n. 11.599/2023. O art. 6º, § 15º do regulamento destaca que Municípios que componham estrutura de regionalização e que já tenham atingido as metas de universalização devem dar anuência à concessão dos serviços públicos de saneamento básico em seu território, de modo que a prestação indireta regionalizada que integre esse Municípios está condicionada à sua aceitação específica⁶⁸. O art. 6º, § 16º do Decreto Federal⁶⁹, por sua vez, estabelece a vedação

termos desta Lei, bem como estabelecer metas e indicadores de desempenho e mecanismos de aferição de resultados, a serem obrigatoriamente observados na execução dos serviços prestados de forma direta ou por concessão; (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020) 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) III - 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; (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020) IV - estabelecer os direitos e os deveres dos usuários; (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020) V - estabelecer os mecanismos e os procedimentos de controle social, observado o disposto no inciso IV do caput do art. 3º desta Lei; (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020) 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 das Cidades; e (Redação dada pela Lei nº 14.600, de 2023) VII - intervir e retomar a operação dos serviços delegados, por indicação da entidade reguladora, nas hipóteses e nas condições previstas na legislação e nos contratos. (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020) Parágrafo único. No exercício das atividades a que se refere o caput deste artigo, o titular poderá receber cooperação técnica do respectivo Estado e basear-se em estudos fornecidos pelos prestadores dos serviços" (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020).

68 "Art. 6º [...] § 15. Nos casos em que o Município integrante da estrutura de prestação regionalizada já tenha atingido as metas de universalização, ou as metas intermediárias correspondentes, nos termos do disposto no respectivo plano de saneamento, devidamente atestadas pela entidade reguladora competente, a eventual concessão da prestação do serviço neste Município estará sempre condicionada à anuência do Município."

69 "Art. 6º [...] § 16. Homologada a licitação para a concessão dos serviços nos termos do disposto no inciso II do caput do art. 2º, fica vedada a adesão de outros Municípios ao mesmo procedimento licitatório, ainda que integrem a mesma estrutura de prestação regionalizada."



ao instrumento da adesão à concessão por titulares do serviço que não participaram da estruturação do projeto desde o início, apesar desse mecanismo ter sido utilizado em algumas concessões, especialmente no setor de resíduos sólidos.

7. Alocação de Recursos e Financiamentos pela União Federal

A alocação de recursos e a disponibilização de linhas de crédito federais para projetos de saneamento básico no *Novo Marco Legal* tem como pressuposto a conformidade dos titulares dos serviços, dos operadores de serviço e das entidades reguladoras infranacionais às diretrizes legais, dispostas nos arts. 9º, 48 e 49 da Lei Federal n. 11.445/2007⁷⁰. A seguir, lista-se as exigências para cada um dos

70 "Art. 48. A União, no estabelecimento de sua política de saneamento básico, observará as seguintes diretrizes: I - prioridade para as ações que promovam a equidade social e territorial no acesso ao saneamento básico; II - aplicação dos recursos financeiros por ela administrados de modo a promover o desenvolvimento sustentável, a eficiência e a eficácia; III - uniformização da regulação do setor e divulgação de melhores práticas, conforme o disposto na Lei nº 9.984, de 17 de julho de 2000; (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020) IV - utilização de indicadores epidemiológicos e de desenvolvimento social no planejamento, implementação e avaliação das suas ações de saneamento básico; V - melhoria da qualidade de vida e das condições ambientais e de saúde pública; VI - colaboração para o desenvolvimento urbano e regional; VII - garantia de meios adequados para o atendimento da população rural, por meio da utilização de soluções compatíveis com as suas características econômicas e sociais peculiares; (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020) VIII - fomento ao desenvolvimento científico e tecnológico, à adoção de tecnologias apropriadas e à difusão dos conhecimentos gerados; 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; (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020) X - adoção da bacia hidrográfica como unidade de referência para o planejamento de suas ações; XI - estímulo à implementação de infra-estruturas e serviços comuns a Municípios, mediante mecanismos de cooperação entre entes federados. XII - redução progressiva e controle das perdas de água, inclusive na distribuição da água tratada, estímulo à racionalização de seu consumo pelos usuários e fomento à eficiência energética, ao reúso de efluentes sanitários e ao aproveitamento de águas de chuva, em conformidade com as demais normas ambientais e de saúde pública; (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020) XIII - estímulo ao desenvolvimento e ao aperfeiçoamento de equipamentos e métodos economizadores de água; (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020) XIV - promoção da segurança jurídica e da redução dos riscos regulatórios, com vistas a estimular investimentos públicos e privados; (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020) XV - estímulo à integração das bases de dados; (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020) XVI - acompanhamento da governança e da regulação do setor de saneamento; e (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020) XVII - prioridade para planos,

integrantes da operação de saneamento de básico, que replicam as disposições do art. 50 da Lei Federal n. 11.445/2007⁷¹.

programas e projetos que visem à implantação e à ampliação dos serviços e das ações de saneamento básico integrado, nos termos desta Lei. (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020) Parágrafo único. As políticas e ações da União de desenvolvimento urbano e regional, de habitação, de combate e erradicação da pobreza, de proteção ambiental, de promoção da saúde, de recursos hídricos e outras de relevante interesse social direcionadas à melhoria da qualidade de vida devem considerar a necessária articulação, inclusive no que se refere ao financiamento e à governança, com o saneamento básico. (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020)

Art. 49. São objetivos da Política Federal de Saneamento Básico: I - contribuir para o desenvolvimento nacional, a redução das desigualdades regionais, a geração de emprego e de renda, a inclusão social e a promoção da saúde pública; (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020) II - priorizar planos, programas e projetos que visem à implantação e à ampliação dos serviços e das ações de saneamento básico nas áreas ocupadas por populações de baixa renda, incluídos os núcleos urbanos informais consolidados, quando não se encontrarem em situação de risco; (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020) III - proporcionar condições adequadas de salubridade ambiental aos povos indígenas e outras populações tradicionais, com soluções compatíveis com suas características socioculturais; IV - proporcionar condições adequadas de salubridade ambiental às populações rurais e às pequenas comunidades; (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020) V - assegurar que a aplicação dos recursos financeiros administrados pelo poder público dê-se segundo critérios de promoção da salubridade ambiental, de maximização da relação benefício-custo e de maior retorno social; VI - incentivar a adoção de mecanismos de planejamento, regulação e fiscalização da prestação dos serviços de saneamento básico; VII - promover alternativas de gestão que viabilizem a auto-sustentação econômica e financeira dos serviços de saneamento básico, com ênfase na cooperação federativa; VIII - promover o desenvolvimento institucional do saneamento básico, estabelecendo meios para a unidade e articulação das ações dos diferentes agentes, bem como do desenvolvimento de sua organização, capacidade técnica, gerencial, financeira e de recursos humanos, contempladas as especificidades locais; IX - fomentar o desenvolvimento científico e tecnológico, a adoção de tecnologias apropriadas e a difusão dos conhecimentos gerados de interesse para o saneamento básico; X - minimizar os impactos ambientais relacionados à implantação e desenvolvimento das ações, obras e serviços de saneamento básico e assegurar que sejam executadas de acordo com as normas relativas à proteção do meio ambiente, ao uso e ocupação do solo e à saúde. XI - incentivar a adoção de equipamentos sanitários que contribuam para a redução do consumo de água; (Incluído pela Lei nº 12.862, de 2013) XII - promover educação ambiental destinada à economia de água pelos usuários; (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020) XIII - promover a capacitação técnica do setor; (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020) XIV - promover a regionalização dos serviços, com vistas à geração de ganhos de escala, por meio do apoio à formação dos blocos de referência e à obtenção da sustentabilidade econômica financeira do bloco; (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020) XV - promover a concorrência na prestação dos serviços; e (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020) XVI - priorizar, apoiar e incentivar planos, programas e projetos que visem à implantação e à ampliação dos serviços e das ações de saneamento integrado, nos termos desta Lei. (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020)."

71 "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

7.1 Titular do Serviço

A obrigação do titular do serviço para a obtenção de recursos públicos federais e acesso a linhas de crédito direcionadas ao setor depende de um planejamento sólido para o cumprimento das diretrizes legais, especialmente a elaboração de estudo para a consecução dos objetivos do Novo Marco. As exigências expressamente listadas no art. 7º do Decreto Federal n. 11.599/2023⁷² e direcionadas exclusivamente para o titular do serviço são as seguintes:

(a) a garantia da regularidade da operação a ser subsidiada ou financiada (art. 7º, inciso VI do Decreto Federal n. 11.599/2023⁷³): aqui, fala-se na observação integral das normas constitucionais e infraconstitucionais aplicáveis no que se refere à contratação, ao exercício da titularidade e à regulação dos serviços. Atribui-se essa responsabilidade ao titular do serviço porque é ele quem detém o

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: I - ao alcance de índices mínimos de: a) desempenho do prestador na gestão técnica, econômica e financeira dos serviços; e (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020) b) eficiência e eficácia na prestação dos serviços públicos de saneamento básico; (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020) II - à operação adequada e à manutenção dos empreendimentos anteriormente financiados com os recursos mencionados no caput deste artigo; (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020) III - à observância das normas de referência para a regulação da prestação dos serviços públicos de saneamento básico expedidas pela ANA; (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020) IV - ao cumprimento de índice de perda de água na distribuição, conforme estabelecido em ato do Ministro de Estado das Cidades; (Redação dada pela Lei nº 14.600, de 2023) V - ao fornecimento de informações atualizadas para o Sinisa, conforme critérios, métodos e periodicidade estabelecidos pelo Ministério das Cidades; (Redação dada pela Lei nº 14.600, de 2023) VI - à regularidade da operação a ser financiada, nos termos do inciso XIII do caput do art. 3º desta Lei; (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020) VII - à estruturação de prestação regionalizada; (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020) VIII - à adesão pelos titulares dos serviços públicos de saneamento básico à estrutura de governança correspondente em até 180 (cento e oitenta) dias contados de sua instituição, nos casos de unidade regional de saneamento básico, blocos de referência e gestão associada; e (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020) IX - à constituição da entidade de governança federativa no prazo estabelecido no inciso VIII do caput deste artigo" (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020).

72 "Art. 7º 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, de que trata o art. 50 da Lei nº 11.445, de 2007, serão feitos em conformidade com as diretrizes e os objetivos estabelecidos nos art. 9º, art. 48 e art. 49 da referida Lei e com os planos de saneamento básico e ficarão condicionados: [...]"

73 "Art. 7º [...] VI - à regularidade da operação a ser financiada, observando-se integralmente as disposições constitucionais, legais e contratuais relativas ao exercício da titularidade e à contratação, prestação e regulação dos serviços, nos termos do disposto no inciso XIII do caput do art. 3º da Lei nº 11.445, de 2007;"

poder-dever de planejamento e prestação dos serviços (ainda que de forma indireta), de modo que possui a obrigação constitucional de realizar todas as etapas necessárias para a concretização dos objetivos do *Novo Marco Legal*, sobretudo o da universalização integralizada dos serviços e a da indicação de reguladora (art. 7º, § 9º do Decreto Federal n. 11.599/2023⁷⁴);

(b) adesão à estrutura de prestação regionalizada dos serviços (art. 7º, incisos VII, VIII e IX e § 12 do Decreto Federal n. 11.599/2023⁷⁵). Aqui, cabe destacar que a União Federal priorizará a aplicação de recursos em projetos no âmbito de prestação regionalizada dos serviços cuja sustentabilidade econômico-financeira não seja atingida pelos recursos oriundos das taxas e das tarifas (art. 7º, § 1º do Decreto Federal n. 11.599/2023⁷⁶); e

(c) fornecimento de informações atualizadas para o SNIS ou SINISA sobre a prestação dos serviços de saneamento básico (art. 7º, inciso V e § 8º do Decreto Federal n. 11.599/2023⁷⁷).

74 “Art. 7º [...] § 9º A condicionante prevista no inciso VI do caput inclui a necessidade de definição de entidade reguladora responsável pela regulação e fiscalização dos serviços, independentemente da modalidade de sua prestação, nos termos do disposto no § 5º do art. 8º da Lei nº 11.445, de 2007.”

75 “Art. 7º [...] VII - à estruturação da prestação regionalizada, nos termos do disposto no art. 6º, comprovada por meio da publicação: a) da lei complementar correspondente, nas hipóteses de região metropolitana, aglomeração urbana, microrregião ou de RIDE; b) da lei ordinária correspondente, na hipótese de unidade regional de saneamento básico; ou c) da resolução do Comitê Interministerial de Saneamento Básico correspondente, na hipótese de bloco de referência; VIII - à adesão pelos titulares dos serviços públicos de saneamento básico à estrutura de governança correspondente, no prazo de cento e oitenta dias, contado da data de instituição da estrutura de governança, comprovada por meio do instrumento de adesão dos titulares, ou por meio de formalização de convênio de cooperação ou de consórcio público pelos entes federativos, conforme o caso; e IX - à constituição da entidade de governança federativa no prazo de cento e oitenta dias, contado da data de instituição da estrutura de governança, comprovada por meio da apresentação de regimento interno aprovado, ou de instrumento equivalente [...] § 12. No momento em que as condicionantes elencadas nos incisos VIII e IX do caput forem cumpridas, ainda que fora do prazo estipulado, considera-se atendida a condicionante para alocação de recursos.”

76 “Art. 7º [...] § 1º Na aplicação de recursos não onerosos da União, serão priorizados os investimentos de capital que viabilizem a prestação de serviços regionalizada, por meio de blocos regionais, quando a sua sustentabilidade econômico-financeira não for possível apenas com recursos oriundos de tarifas ou taxas, mesmo após agrupamento com outros Municípios do Estado, e os investimentos que visem ao atendimento dos Municípios com maiores déficits de saneamento cuja população não tenha capacidade de pagamento compatível com a viabilidade econômico-financeira dos serviços.”

77 “Art. 7º [...] V - ao fornecimento de informações atualizadas para o Sistema Nacional

Especificamente, essas são as obrigações cuja responsabilidade é atribuída ao titular do serviço no contexto da análise da legalidade de oferta de subsídio/financiamento para projeto de saneamento básico, de modo que o descumprimento dos requisitos, em regra, desautoriza a União Federal à prestação de tal apoio financeiro.

7.2 Prestador dos Serviços

Exigir-se-á do prestador o desempenho adequado na operação dos serviços em termos de gestão técnica dos desafios impostos pelo *Marco Legal*. Ressalta-se que o Poder Legislativo Federal promoveu as modificações no setor com base no entendimento de que os operadores privados teriam condições de entregar: (i) *know-how* e melhores práticas, tendo-se como consequência maior eficiência e eficácia, sobretudo pela possibilidade de utilização do regime privado nas relações jurídicas para contratação de trabalhadores, subcontratados e serviço de dívida; e (ii) investimentos para o cumprimento das metas de universalização da cobertura da infraestrutura de abastecimento de água e coleta e tratamento de esgoto.

Nessa esteira, o Decreto Federal n. 11.599/2023 condiciona a oferta de subsídio ou de financiamento com recursos públicos federais ao alcance de índices mínimos de desempenho técnico, econômico e financeiro, além da eficiência e eficácia na prestação dos serviços públicos de saneamento básico, conforme comprovado por meio de declaração da reguladora infranacional (art. 7º, inciso I, alíneas “a” e “b” do Decreto Federal n. 11.599/2023⁷⁸).

O Decreto Federal n. 11.599/2023 também confirma a obrigação de cumprimento da meta quantitativa de redução de perdas

de Informações em Saneamento Básico - Sinisa, comprovado por meio de certidão emitida pelo Sinisa, observados os critérios, os métodos e a periodicidade estabelecidos em ato do Ministro de Estado das Cidades; [...] § 8º Enquanto o Sinisa não estiver em funcionamento, a condicionante prevista no inciso V do caput deverá ser comprovada por meio de certidão emitida pelo Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento - SNIS.”

- 78 “Art. 7º [...] I - ao alcance de índices mínimos de: a) desempenho do prestador na gestão técnica, econômica e financeira, comprovado por meio de declaração da entidade reguladora, observadas as normas de referência para regulação dos serviços públicos de saneamento básico emitidas pela Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico - ANA; e b) eficiência e eficácia na prestação dos serviços públicos de saneamento básico, comprovadas por meio de declaração da entidade reguladora, observadas as normas de referência para regulação dos serviços públicos de saneamento básico emitidas pela ANA;”

de água na distribuição, cuja comprovação será estabelecida por meio de ato do Ministro de Estado das Cidades (art. 7º, inciso IV⁷⁹). Todavia, é preciso dizer que essa exigência, em determinados casos, não pode ser atribuída tão somente ao prestador dos serviços, sobretudo em situações em que o contrato em vigor não prevê a meta quantitativa determinada pelo Ministério das Cidades, e a sua inclusão e respectivo reequilíbrio econômico-financeiro não foi acordada com o titular do serviço ou ainda não foi homologada pela reguladora infranacional. Destaca-se que a inclusão da meta quantitativa é um encargo contratual que aumenta as cláusulas de serviço do ajuste vigente, o que deve ser proporcionalmente equacionado nas cláusulas econômicas.

7.3 Reguladora Infranacional dos Serviços

Por fim, o Decreto Federal n. 11.599/2023 cobra da reguladora infranacional duas obrigações como condição para a obtenção de recursos públicos federais e acesso a linhas de crédito direcionadas ao setor, quais sejam:

(a) a adequação do exercício da regulação e da fiscalização infranacional às normas de referência da ANA (art. 7º, inciso III do Decreto Federal n. 11.599/2023⁸⁰); e

(b) a necessidade de comprovação da natureza autárquica da agência reguladora a partir de 31 de dezembro de 2025 (art. 7º, § 10º do Decreto Federal n. 11.599/2023⁸¹).

7.4 Regras de Transição para Contratos de Programa e Concessões

O Decreto Federal n. 11.599/2023 excepciona a exigência de algumas condicionantes do art. 50 da Lei Federal n. 11.445/2007 para modalidades de prestação dos serviços que tiveram a sua celebração ou ponto de origem anteriores ao *Novo Marco* e que continuam

79 “Art. 7º [...] IV - ao cumprimento do índice de perda de água na distribuição, comprovado na forma a ser estabelecida em ato do Ministro de Estado das Cidades;”

80 “Art. 7º [...] III - à observância das normas de referência para regulação da prestação dos serviços públicos de saneamento básico emitidas pela ANA, nos termos do disposto no § 1º do art. 4º-B da Lei nº 9.984, 17 de julho de 2000;”

81 “Art. 7º [...] § 10. Para fins do disposto no § 9º, a necessidade de comprovação da natureza autárquica da entidade reguladora ocorrerá somente após 31 de dezembro de 2025.”

em vigor para o ciclo de universalização, na esteira de um regime de transição (art. 23 da LINDB⁸²).

Nessa linha, o art. 15 do Decreto Federal n. 11.599/2023⁸³ consagra que para contratos de programa em vigor (art. 10, § 3º da Lei Federal n. 11.445/2007⁸⁴) e contratos de concessão que tenham sido celebrados ou modelados anteriormente ao Novo Marco, a adesão à estrutura de prestação regionalizada não será exigida para fins de obtenção de recursos ou financiamento federais.

8. Temas Regulamentados pelo Decreto Federal n. 11.599/2023

Tópico	Resumo
Estruturas de regionalização	Em síntese, são ao menos cinco as estruturas regionalizadas principais para a prestação de serviços públicos de saneamento, três delas — Região Metropolitana, Aglomeração Urbana e Microrregião — de adesão compulsória e as outras duas de adesão voluntária — Unidade Regional e Bloco de Referência. Além disso, as particularidades do setor de limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos parece apontar por outro modelo, o dos consórcios públicos intermunicipais. Ainda assim, a modelagem de todos os

- 82 “Art. 23. A decisão administrativa, controladora ou judicial que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito, deverá prever regime de transição quando indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais.”
- 83 “Art. 15. O disposto nos incisos VII, VIII e IX do caput do art. 50 da Lei nº 11.445, de 2007, não se aplica à alocação de recursos públicos federais e aos financiamentos com recursos da União ou com recursos geridos ou operados por órgãos ou entidades da União realizados até 31 de dezembro de 2025. Parágrafo único. Independentemente do prazo a que se refere o caput, o disposto nos incisos VII, VIII e IX do caput do art. 50 da Lei nº 11.445, de 2007, não se aplica à alocação de recursos: I - em Municípios com prestação delegada por meio de contratos de programa regulares em vigor, firmados anteriormente à data de publicação deste Decreto, nos casos em que houve comprovação da capacidade econômico-financeira pelo respectivo prestador, nos termos do disposto em regulamento; e II - em Municípios com prestação delegada por meio de contratos de concessão ou de parcerias público-privadas precedidos de licitação, firmados anteriormente à data de publicação deste Decreto ou cuja concessão ou parceria público-privada já tenha sido licitada, ou submetida à consulta pública ou que seja objeto de estudos já contratados pelas instituições financeiras federais.”
- 84 “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).”

	desenhos regionais aludidos pressupõe o cálculo da viabilidade econômico-financeira da estrutura, bem como a inclusão ideal de todo o território do Estado-membro. Faz-se a ressalva de que persistem discussões primordiais para o funcionamento da prestação regionalizada dos serviços, pela existência de dúvidas sobre o grau de coercibilidade prática das Unidades Regionais e dos Blocos de Referência, bem como pelo processo de tomada de decisão dentro da gestão associada decorrente de tal compatibilização de titulares dos serviços.
Vedação à gestão associada por meio de prestador público não integrante da administração do titular do serviço	Em relação às estruturas de interesse comum, a maior novidade do Decreto Federal n. 11.599/2023 é a revogação dos trechos do Decreto Federal n. 11.467/2023 que autorizavam, nas hipóteses de região metropolitana, aglomeração urbana e microrregião: i) a prestação dos serviços em determinado Município por entidade que integre a administração indireta do Estado-membro, mediante autorização da entidade de governança federativa da respectiva estrutura de regionalização; e ii) a equiparação dessa modalidade à prestação direta (art. 6º, § 16º do Decreto Federal n. 11.467/2023). Assim, a revogação dos trechos do Decreto Federal n. 11.467/2023 que autorizavam, nas hipóteses de região metropolitana, aglomeração urbana e microrregião, a prestação direta de empresa pública e sociedade de economia mista não integrante da administração do titular do serviço demonstra a vedação a essa modelagem de prestação dos serviços. Destaca-se que tal alternativa é análoga à gestão associada interfederativa por meio de contrato de programa, cuja precariedade foi disposta no art. 10 da Lei Federal n. 11.445/2007.
Interconexão das atividades de saneamento	Em resumo, é possível que sejam organizadas estruturas de regionalização que conjuguem todos os componentes do saneamento básico. Em relação ao abastecimento de água e coleta e tratamento de esgoto sanitário, essas atividades preferencialmente devem constar na mesma estrutura de regionalização, em decorrência dos princípios fundamentais da Lei Federal n. 11.445/2007, quais sejam, a de “prestação concomitante dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário” (art. 2º, inciso XVI) e a “integração de infraestruturas” (art. 2º, inciso XII).

Convivência entre modalidades de prestação dos serviços	A regionalização dos serviços não pressupõe único prestador dos serviços, tampouco única modalidade de prestação — direta ou indireta. Assim, é possível que haja diferentes prestadores públicos ou privados dentro de uma estrutura de regionalização, desde que haja planejamento regionalizado (art. 17 da Lei Federal n. 11.445/2007). A prestação direta pelo Município está autorizada, ainda que esse componha estrutura de regionalização. De qualquer forma, é preciso dizer que o prestador dos serviços, como dito anteriormente, deve integrar a administração do Município, o que, repisa-se, exclui a possibilidade de empresas públicas e sociedades de economia mista integrantes da administração direta de outro ente federativo operarem os serviços sem prévia licitação. Além disso, exige-se o cumprimento do art. 9º da Lei Federal n. 11.445/2007, cujas obrigações são as seguintes: (i) elaboração de plano municipal de saneamento; (ii) definição da agência reguladora responsável pela regulação e fiscalização dos serviços; e (iii) implementação de sistema de informações sobre saneamento; (iv) estabelecer direitos e deveres dos usuários; e (v) estabelecer mecanismos de controle social. Sobre a prestação indireta em estruturas de regionalização, há duas regras específicas trazidas pelo Decreto Federal n. 11.599/2023. O art. 6º, § 15º do regulamento destaca que Municípios que componham estrutura de regionalização e que já tenham atingido as metas de universalização devem dar anuência à concessão dos serviços públicos de saneamento básico em seu território, de modo que a prestação indireta regionalizada que integre esse Municípios está condicionada à sua aceitação específica. O art. 6º, § 16º do Decreto Federal, por sua vez, estabelece a vedação ao instrumento da adesão à concessão por titulares do serviço que não participaram da estruturação do projeto desde o início, apesar desse mecanismo ter sido utilizado em algumas concessões, especialmente no setor de resíduos sólidos.

Alocação de recursos e financiamento	A alocação de recursos e a disponibilização de linhas de crédito federais para projetos de saneamento básico no <i>Novo Marco Legal</i> tem como pressuposto a conformidade dos titulares dos serviços, dos operadores de serviço e das entidades reguladoras infranacionais às diretrizes legais, tais como: A) titular do serviço: a garantia da regularidade da operação a ser subsidiada ou financiada, adesão à estrutura de prestação regionalizada dos serviços fornecimento de informações atualizadas para o SNIS ou SINISA sobre a prestação dos serviços de saneamento básico; B) operador dos serviços: eficiência e eficácia, melhoria técnica, operacional e econômica e atingimento das metas quantitativas de redução de perdas de água; C) reguladora infranacional dos serviços: a adequação do exercício da regulação e da fiscalização infranacional às normas de referência da ANA e a necessidade de comprovação da natureza autárquica da agência reguladora a partir de 31 de dezembro de 2025.
Regras de transição para alocação de recursos e financiamento	O art. 15 do Decreto Federal n. 11.599/2023 estabelece que para contratos de programa em vigor (art. 10, § 3º da Lei Federal n. 11.445/2007) e para contratos de concessão que tenham sido celebrados ou estudados anteriormente ao <i>Novo Marco Regulatório de Saneamento Básico</i> a adesão à estrutura de prestação regionalizada não será exigida para fins de obtenção de recursos ou financiamento federais.





Capítulo XII

Regulação dos Serviços de Saneamento e o Papel da Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico

1. Teoria Geral da Regulação

A regulação, em sentido amplo, pode referir-se a todo tipo de intervenção estatal, toda forma de organização da atividade econômica através do Estado. As abordagens teóricas em relação à regulação estatal representam diferentes maneiras de conceber os fundamentos e as funções do Estado em um dado contexto sociopolítico. Se, num extremo, essas funções cingem-se à organização e prestação ótima de serviços públicos e, no outro, à garantia do bom funcionamento da atividade econômica pelos mecanismos do livre mercado (CF, art. 170), há, entre esses polos, inúmeras posições teóricas válidas e sustentáveis, que resultam em distintos arranjos institucionais, todos legítimos e possíveis.

De qualquer modo, é importante que se diga, o funcionamento de uma economia eficiente e inclusiva não prescinde do papel do Estado de coordenar, respeitando certos limites, o exercício de atividade econômica, em especial quando envolve um setor vinculado à prestação de um serviço público essencial. O dilema nunca pode ser a presença excessiva do Estado ou a sua inexistência, pois ele sempre existirá, ou seja, mesmo atividades delegadas à iniciativa privada contarão com a mediação do Estado para proteger, como última instância, a vontade geral da sociedade. O Estado existe porque a sociedade precisa dele, na exata medida das suas necessidades. Ele não é o problema, mas uma parte da solução, principalmente se a discussão abrange, direta ou indiretamente, a quantidade (o alcance) e a qualidade (a entrega) de uma política pública.

Quem não precisa do Estado costuma defender sua irrelevância, algo evidente ao tratarmos de políticas públicas identificadas com o conceito de mínimo existencial, que, para além da mera sobrevivência, reivindicam uma vida com dignidade para todos.

Assim sendo, no Direito Administrativo brasileiro atual, a noção de regulação está ligada a um movimento de política governamental de transferência para o setor privado da execução de serviços públicos, reservando ao Estado o poder-dever de planejamento, regulamentação, controle e fiscalização dos serviços.¹ Essa ideia fundamentou a transição do Estado Burocrático para o Estado Gerencial no Brasil, ao final do século XX. Vincula-se à afirmação e adoção do chamado modelo teórico do *Estado Regulador*, cuja linha condutora é a de que o Estado deve assumir o menor grau possível de atuação direta nas atividades econômicas, mesmo para serviços públicos.² O modelo instaura, de outro lado, a necessidade de redirecionamento da administração para o exercício predominante de funções de controle normativo e regulador (art. 174, CF). Tal perspectiva parece, de fato, ser aquela adotada pela Constituição Federal de 1988, de forma mais pronunciada a partir das Emendas Constitucionais inseridas no contexto da Reforma Gerencial.³

O Estado, nesse novo desenho, funciona como uma espécie de arquivo de convênios, contratos administrativos gerais, concessões e permissões de diferentes espécies, contratos de gestão, termos de parceria, termos de fomento e termos de colaboração,

1 MEIRELLES, Hely Lopes; BURLE FILHO, José Emmanuel. **Direito Administrativo Brasileiro**. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 449.

2 Para o autor, as principais características desse modelo seriam: “1) redução do tamanho do Estado, via privatização, terceirização e voluntarismo; 2) descentralização e desconcentração da esfera federal para a estadual e municipal; 3) desregulamentação radical; 4) forte liderança política do topo para a base; 5) extrema lealdade a programas de governo; 6) preenchimento de cargos-chave da administração por indicados compromissados com a agenda política partidária, em vez de funcionários de carreira; 7) papel tecnocrata do administrador público: restrito a tarefas administrativas, como administração de contratos, serviços e normas; 8) emprego de técnicas de administração por resultados nas instâncias de execução, como administração por objetivo, prêmios e incentivos de produtividade; e 9) processo decisório centrado em análises de custo-benefício”. MARTINS, Humberto Falcão. Burocracia e a revolução gerencial: a persistência da dicotomia entre política e administração. **Revista do Serviço Público**. Brasília, ENAP, ano 48, n. 1, jan./abr. 1997, p. 62-63.

3 FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Agências Reguladoras**: Legalidade e Constitucionalidade. 2010, p. 10. Disponível em: <http://www.bresserpereira.org.br/Documents/MARE/Agencias/AgenciasReguladoras.PDF>. Acesso em: 06 nov. 2020.

mas, na mesma medida em que se retira da prestação direta de serviços ou atividades de interesse público, cria-se um órgão ou uma pessoa jurídica para regular e fiscalizar o exercício dessas responsabilidades. Até na desregulação existirá sempre um núcleo duro, uma lista mínima de competências delegadas que exigirão a atuação do Estado regulador, mediador e fiscalizador.

A regulação, em uma perspectiva mais limitada, fará referência às atividades da administração pública de coordenação e disciplina da economia, pública ou privada, por meio da edição de normas, de sua execução e da fiscalização de seu cumprimento, além de planejamento e incentivo. Caberá, ao Estado, o arbitramento do exercício das atividades econômicas com base no interesse coletivo. Prevê o art. 174 da Constituição:

Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

Caracteriza intervenção indireta do Estado na economia, que não se confunde com a regulação pública não estatal (caso das entidades desportivas, art. 217, I, CF), muito menos com a autor-regulação, em que os próprios agentes organizam coletivamente órgãos privados para regular o seu setor. É uma nova forma de responsabilidade estatal, não vinculada aos tradicionais princípios da legalidade, moralidade e impessoalidade da administração, e sim ao chamado princípio da eficiência (art. 37, CF), que:

Não é um princípio condição, mas um princípio fim, isto é, não impõe limites (condição formal de competência), mas impõe resultados (condição material de atuação). Por seu intermédio, a atividade administrativa continua submetida à legalidade, muito mais, porém, à legalidade enquanto relação solidária entre meios e fins e pela qual se responsabiliza o administrador.⁴

A outra ponta desse processo é a de que será impossível exigir *eficiência* sem que seja conferida à administração competência para o planejamento ativo, a normatização e a regulação técnica dos diversos setores da atividade econômica, uma delegação normativa instrumental, não apenas da eleição de meios, mas de fins

4 Ibidem, p. 11.

intermediários, ainda que obviamente vinculada aos fins estabelecidos pelo Poder Legislativo:

Trata-se de situações em que, por razões de complexidade setorial e de correspondente exigência de especialização técnica, a lei que atribui a delegação autoriza decisões de mérito, responsabilizando-se o órgão competente pela alocação de fins tecnicamente apropriados e pelo encontro do meio correto. Esta responsabilidade é avaliada pela eficiência da medida. A lei traça as políticas setoriais, decidindo sobre as macro-alternativas, indica os meios gerais (função de resguardo) e, para o detalhamento de fins e meios, exige a atividade delegada (função programática).⁵

Desperta um tradicional ponto de debate esse caso de exercício de *poder normativo* pela administração pública, pois é figura distinta da regulamentação, ou *poder regulamentar*, função política do chefe do Executivo de expedir decretos e regulamentos para o fiel cumprimento das leis (art. 84, IV, CF). Aqui, concernem ao Executivo regulamentos: (i) de *execução*, que explicitam o conteúdo das leis, descendo a pormenores capazes de tornar regular, disciplinada e viável a sua aplicação; (ii) de *complementação*, limitados à especificação de princípios constantes em atos legislativos que demandam a criação de regras executivas dentro das linhas estabelecidas por esses princípios; (iii) *autônomos*, que são atos normativos do Executivo não condicionados por leis ordinárias, mas fundados em uma reserva regulamentar constitucional para disciplinar determinadas matérias.⁶

Os atos normativos de regulação incluem poderes de planejamento, fiscalização e normatização e têm caráter técnico e setorial, enquanto os atos regulamentares do presidente da República possuem conteúdo político genérico. Não por outro motivo, em consonância com o princípio interpretativo da especialidade, mesmo em caso de antinomia, prevalece o ato da agência reguladora, quando representativa do exercício de uma discricionariedade técnica, que comprime ao extremo o espaço do poder discricionário.⁷

5 Ibidem, p. 16

6 Ibidem, p. 9.

7 BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo**: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 160.

Na experiência brasileira, os órgãos de controle, como Ministério Público e Tribunal de Contas, acabam sindicando a legalidade e a legitimidade dessas escolhas, o que produz insegurança jurídica, tendo como consequência o encarecimento do serviço oferecido aos administrados. O sobreamento de competências entre agências reguladoras subnacionais, na prática, também passa a significar uma sobrecarga nos processos de controle, o que reduz a competitividade no setor e a taxa de retorno buscada pelos investidores privados, na medida em que qualquer matriz de risco precificará as fragilidades do projeto.

Para dificultar a situação, embora haja expressa previsão do poder normativo das agências reguladoras — nacionais e subnacionais —, e estejamos, em nosso ambiente jurídico, acostumados ao seu exercício por diversas entidades independentes, ela costuma causar desconforto em partidários da versão dogmática do princípio da legalidade administrativa. Uma leitura mais ampla permite ver, no fenômeno do poder normativo regulador, quando obediente aos limites desenhados pela lei, efetiva produção normativa vinculante, de acordo com o princípio da legalidade, uma vez que delegada pelo Poder Legislativo.⁸

No entanto, não raro, são feitas objeções constitucionais ao exercício por entidades reguladoras desse poder de criação normativa vinculante, sob o guarda-chuva do princípio da separação de poderes. Nos marcos de um Estado de Direito não vigora a concepção dogmática da separação de poderes enquanto instâncias institucionais independentes e dissociadas entre si. O que dá sentido à ideia de separação é a adequada articulação do governo e do controle das condutas humanas em, pelo menos, três fases distintas: a de criação de regras gerais, a de julgamento no âmbito dessas regras e a de execução dessas regras e desses julgamentos. Isso tudo pode ocorrer no contexto de um órgão, caso das regras gerais dos regulamentos que analisaremos, mas o essencial é que cada pessoa submetida ao governo possa distinguir tais momentos, todos com sua integridade própria:

8 OLIVEIRA, Carlos Roberto. Em busca da efetividade na regulação: os avanços e desafios jurídico-institucionais das agências reguladoras de saneamento. In: DAL POZZO, Augusto Neves; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; BERTOCCELLI, Rodrigo de Pinho. (coords.). **Tratado sobre o marco regulatório do saneamento básico no Direito brasileiro**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2017, p. 946.

Insistir em ser governado pelo direito é, dentre outras coisas, insistir em ser governado por um processo que responde à articulação institucional requerida pela separação de poderes [...]. Mesmo que o exercício de poder tenha sido legitimado democraticamente [...], ainda assim o que ele propõe e se considera autorizado a fazer deve ser fracionado nestas [...] formas procedimentais e institucionais.⁹

Não quer dizer que não possa ser exercida “função legislativa” por um órgão institucionalmente ligado ao Executivo, mas essa função precisa ser concebida como distinta da administração. A separação requer que as funções legislativas, onde quer que forem colocados os poderes, sejam diferenciadas, tanto quanto possível, das executivas e judiciárias, a despeito de sua localização na estrutura institucional. O instante de formulação normativa da regulação deve separar-se do momento de sua aplicação a casos concretos (fiscalização e controle), não podendo ser confundido com a imposição de uma multa sem previsão normativa anterior, por exemplo.

A regulação estatal, em sentido estrito, portanto, engloba a organização da atividade econômica. Nas trocas privadas, sucederá na forma do poder de polícia e da tutela da concorrência; e, nos serviços públicos, via sua concessão com o correspondente planejamento amplo e condicionamento normativo do exercício da atividade delegada. A atividade regulatória não precisa estar concentrada no mesmo órgão público ou em uma única pessoa jurídica de direito público que assuma formalmente o compromisso da operação do serviço. A regulação e a fiscalização, assim como a efetiva operação de uma determinada modalidade de serviço público, podem desenvolver-se separadamente. Essa é uma decisão de governo, sempre reversível, mas condicionada à manifestação do Poder Legislativo.

Conforme Maria Sylvia Zanella Di Pietro, essas duas frentes da função regulatória expressam-se, por um lado, no *poder de polícia*, na imposição de “limitações administrativas previstas em lei, fiscalização e repressão” de ramos da atividade econômica privada, e, por outro, no *controle* das atividades que são serviços públicos privativos do Estado, ainda que delegáveis por concessão, permissão ou autorização (telecomunicações, energia elétrica, saneamento etc.). Nesse segundo caso, a concessão não exige a

⁹ WALDRON, Jeremy. Separation of Powers in Thought and Practice. In: **Boston College Law Review**, v. 54, n. 2, 2013, p. 459.

administração concedente de garantir a adequada prestação através de seu poder-dever de fixação das cláusulas regulamentares, poder de direção e controle sobre a execução, poder sancionatório e poder de decretar caducidade e reversão de bens da concessionária ao término da concessão.¹⁰

1.1 Regulação Econômica e Modelos Regulatórios

As atividades econômicas podem ser submetidas a um processo de modulação do preço, da quantidade e da qualidade da oferta de produtos e serviços pela competição entre operadores de mercado ou pela regulação estatal. Nesta última hipótese, tem-se o ato de intervenção indireta do Estado na economia, denominado de regulação¹¹, cujo fundamento é o art. 174 da Constituição Federal de 1988. A regulação e a competição devem ser compreendidas como instrumentos diversos de controle dos fatores de produção. Na competição, os preços, a quantidade e a qualidade são controlados pelos próprios agentes de mercado. Na regulação econômica, esses fatores estão condicionados aos atos normativos e administrativos do Estado, usualmente voltados para a simulação de uma competição de mercado que atenda a interesses públicos específicos do setor regulado. Em muitos setores os instrumentos da competição e da regulação econômica convivem e, em conjunto, definem os fatores de produção e prestação de serviços, de modo que possam ser complementares entre si.¹²

A regulação, ao longo do crescimento das tarefas estatais de intervenção na economia, legitimou-se no controle das atividades de monopólio natural, em que a competitividade dificilmente seria um fator determinante para a indução de preço¹³, quantidade

10 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, seção 10.9.3.

11 De acordo com a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), a regulação pode ser econômica, social ou administrativa. OCDE. **Regulatory Policies in OECD Countries: From Interventionism to Regulatory Governance**. Paris: OCDE, 2002. Disponível em: https://www.oecd-ilibrary.org/governance/regulatory-policies-in-oecd-countries_9789264177437-en. Acesso em: 10 jan. 2023.

12 Na saúde suplementar, o setor convive com competitividade entre operadores de plano de saúde privado ao mesmo tempo em que é regulado pela Agência Nacional de Saúde Suplementar.

13 Em um setor de monopólio natural, o agente monopolista poderia se apropriar de valores cobrados por produto/serviço muito acima dos seus custos de produção/prestação. A consequência disso é que o agente monopolista captura abusiva-

e qualidade satisfatórios; pelo contrário, seria um instrumento catalisador de ineficiência e de perda de recursos econômicos¹⁴. Os setores usualmente listados como de monopólio natural são: geração e transmissão de energia elétrica, gás natural, saneamento básico (água e esgoto), telecomunicações, transportes de modal para longas distâncias — como ferrovias. Setores de infraestrutura em geral costumam se caracterizar dessa maneira¹⁵ em virtude de seus elevados custos iniciais de operação, cuja recuperação se pode esperar somente a longo prazo e na condição de haver alguma garantia de exclusividade em um limite geográfico.

Em tais hipóteses, os custos em regime de monopólio “*são inferiores aos que incorreriam várias empresas, individualmente, num mercado competitivo, pois, sendo altos, esses custos exigem a produção em grande escala, e o mercado absorve apenas a oferta de uma empresa nesse nível de produção*”.¹⁶ Nessas circunstâncias específicas, a concorrência é ineficiente. Os custos fixos do empreendimento não se resolveriam diante do mercado consumidor existente se

mente recursos de consumidores, fato que prejudica a distribuição de renda na sociedade e cria incentivos negativos de eficiência no agente monopolista, que é remunerado acima do razoável sem sofrer pressão competitiva. Há, assim, transferência de riqueza dos consumidores para o agente monopolista. POSNER, Richard. **Natural Monopoly and its Regulation**. Washington: Cato Institute, 1999, p. 4.

14 “If the entire demand within a relevant market can be satisfied at lowest cost by one firm rather than by two or more, the market is a natural monopoly, whatever the actual number of firms in it. If such a market contains more than one firm, either the firms will quickly shake down to one through mergers or failures, or production will continue to consume more resources than necessary. In the first case competition is short-lived and in the second it produces inefficient results. Competition is thus not a viable regulatory mechanism under conditions of natural monopoly”. Ibidem, p. 1.

15 “Indústrias de infraestrutura englobam tanto elementos potencialmente competitivos quanto segmentos comumente denominados ‘monopólios naturais’, os quais são caracterizados por fortes economias de escala e escopo, custos afundados e inexistência de produtos substitutos. Para os primeiros, a intervenção governamental necessária resume-se em criar mecanismos e regras que organizem a competição entre os agentes, como a criação de mercados atacadistas no setor de energia elétrica. Para os monopólios naturais, a intervenção governamental toma a forma de regulação de preço, já que, em sua ausência, a firma pode exercer poder de mercado, ou seja, sustentar preços acima dos custos sem perder uma fatia significativa de seu mercado. Os exemplos são diversos e passam pela distribuição de energia elétrica e gás natural até chegar a estradas e aeroportos”. CAMACHO, F. T.; RODRIGUES, B. **Regulação Econômica de Infraestruturas: Como Escolher o Modelo Mais Adequado?** Revista do BNDES, n. 41, 2014, p. 259.

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

houvesse duplicidade, visto que somente mediante elevada produção se realizaria, com eficiência econômica, todo o processo.¹⁷

No caso de monopólio natural estável, ou seja, quando os custos fixos do empreendimento, o maquinário, as instalações e a possibilidade de acesso ao consumidor-usuário impedem a existência de outro competidor em ação simultânea, não se identifica um ambiente de mercado, nem perfeito, nem imperfeito. Logo, torna-se obrigatória a atuação direta do Estado, ou do estabelecimento de regulação e de fiscalização do modelo de prestação do serviço, mormente no aspecto da equação econômico-financeira utilizada para o contexto, se a operação for transferida à iniciativa privada.¹⁸ Portanto, sendo a competitividade um instrumento ineficiente de controle de fatores de mercado, o Estado teria a responsabilidade de simular preço, qualidade e quantidade em um ambiente competitivo e, assim, implementá-los no monopólio natural por meio da regulação da atividade econômica.

A regulação tem o papel de criar incentivos para o aprimoramento da eficiência interna dos operadores privados. Em uma atividade econômica submetida à competição de mercado, o agente privado é pressionado a diminuir custos sobretudo por dois motivos: a maximização do lucro, em detrimento dos custos de operação, e a sobrevivência da firma em face da atividade econômica dos competidores. Todavia, em um ambiente monopolista, o agente detentor do monopólio teria tão somente o primeiro incentivo à eficiência interna da empresa. Logo, o agente monopolista poderia deixar de tomar atitudes consideradas melhores para o atingimento de níveis mais aceitáveis de bem-estar para a sociedade e que, por isso, são adotadas com a finalidade de preservar a imagem de sua companhia, tais como a distribuição de lucros com trabalhadores e a atuação comunitária¹⁹.

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

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

19 POSNER, Richard. **Natural Monopoly and its Regulation**. Washington: Cato Institute, 1999, p. 31-36.



Há, nesse sentido, um custo social na ausência de competitividade e regulação. Além disso, lista-se alguns fatores negativos a partir da ausência de pressão por eficiência: (i) a possível desnecessidade de buscar inovação tecnológica em razão da inexistência de competidores que investem em pesquisas para aprimorar sua operação, serviço ou produto e, assim, tornar obsoleta a atividade dos competidores²⁰; e (ii) o risco de o detentor do monopólio reduzir a qualidade (e, portanto, o custo operacional) e diminuir o preço ou de manter a qualidade e aumentar o preço²¹. Todos esses problemas, em contextos não competitivos, devem ser enfrentados pela regulação econômica do Estado, por meio de seus atos normativos e administrativos.

No Brasil, muitos dos setores de monopólio natural em infraestrutura coincidem com os serviços públicos, titularizados pelos entes federativos (União Federal, Estados-membro, Distrito Federal e Municípios) e, portanto, submetidos à regulação. Contudo, é preciso dizer que a regulação do Estado não se legitima tão somente a atividades econômicas (ou serviços públicos) de monopólio natural.

Na verdade, a regulação estatal, por força constitucional, é um instrumento utilizado nos serviços públicos delegados (sociais ou não) e nas atividades econômicas de interesse público. Aqui, descabe examinar detalhadamente o conceito de serviço público: em termos pragmáticos, alinhando-se à concepção formalista, serviço público é a tudo aquilo que a lei (federal, estadual ou municipal) diz que é e, desse modo, deve obediência ao regramento da delegação de serviços de que trata o art. 175 da Constituição Federal.

Em um serviço público delegado, a concessionária de serviço público, em muitos casos, assume a posição de prestador não

20 “[...] concern for survival provides a greater incentive to rapid innovation for the competitive than for the monopoly firm. A firm that fails to anticipate a competitor’s innovation may be destroyed, and although some monopolists have suffered grievously from the innovations of potential competitors (such as Western Union vis-a-vis the telephone companies) one would expect a monopolist to feel less concern about being preempted. In this respect, the motivation to innovate is stronger under competition than under monopoly”. Ibidem, p. 41.

21 “The notion that a monopolist will produce a less durable good than a competitive firm or render poorer service or otherwise degrade the quality of what he sells is true only in this limited sense: Since reduced quality usually means reduced cost, a firm that acquires a monopoly of a good or service formerly sold in competition may be able to make a monopoly profit by holding price constant and reducing quality as well as by holding quality constant and increasing price”. Ibidem, p. 45.

submetido à competição no decorrer da operação do contrato e, portanto, deve ser submetido à regulação do Estado para evitar perda de eficiência operacional. O papel do Estado como regulador de serviços públicos não se limita a garantir as condições de competitividade²² na prestação do serviço; cabe-lhe também a governança da política pública à qual o contrato público-privado esteja atrelado. Isso impõe à administração pública o dever de garantir a adequação dos serviços públicos delegados²³⁻²⁴, bem como a preponderância do interesse público na continuidade da operação, o que a obriga a avaliar as condições do ajuste e eventualmente promover realinhamento de fatores de preços, de desempenho, de investimentos e de prazo para amortização de capital investido.

Nesse aspecto, destaca-se que, frente a dificuldades operacionais, o Estado possui a obrigação regulatória de atuar de forma propositiva e pedagógica na direção da estabilização do ajuste, sob pena de arcar com os custos de transação inerentes à extinção e a assunção ou nova licitação dos serviços públicos. No saneamento, para além do monitoramento do desempenho e dos desafios inerentes ao ajuste, o Estado-regulador tem o papel de garantir as condições para o adimplemento das metas de universalização dentro do prazo legal, de 2033 ou de 2040 em casos específicos.

Importa esclarecer que cada setor regulado, seja um serviço público ou uma atividade econômica de interesse público, possui arcabouço jurídico próprio. Os serviços públicos de saneamento básico passam por verdadeira reformulação do seu marco

22 Destaca-se que o regime de contratação pública, salvo hipóteses de inexigibilidade e dispensa, exige competição para a obtenção do contrato. Em certa medida, o processo licitatório busca simular as condições de mercado em etapa prévia à operação do ajuste. Recentemente, o Novo Marco Regulatório do Saneamento Básico (Lei n. 14.026/2020) passou a exigir obrigatoriamente a prévia licitação para a delegação dos serviços, em um explícito ataque ao modelo de gestão associada interferederativa (os contratos de programa não licitados), justamente para obter ganhos de eficiência por meio de procedimentos competitivos anteriores à operação do contrato, na busca de redução de tarifas e aprimoramento da qualidade na prestação dos serviços. Esse mecanismo é utilizado complementarmente à regulação do contrato pelo Estado.

23 “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.”

24 Anota-se a necessidade de atendimento da Lei Federal n. 13.460/2017, a Lei dos Usuários de Serviços Públicos.

regulatório, com a instituição de novos parâmetros técnico-regulatórios decorrentes das normas de referência da ANA.

Ainda assim, existem técnicas regulatórias dotadas de razoável generalidade, que buscam racionalizar o controle do Estado sobre a atividade e preservar os ajustes público-privados, de modo a se respeitar a segurança jurídica de contratos e negócios jurídicos em geral. Fala-se, aqui, nos dois tipos puros de modalidade regulatória, quais sejam: (i) a Regulação Discricionária; e (ii) a Regulação Contratual. Ambas as modalidades regulatórias buscam, em certa medida, simular um preço competitivo (de mercado) para o serviço prestado e monitorar a qualidade e a quantidade da prestação dos serviços, usualmente por meio de fatores de desempenho (Q), e garantir o cumprimento das obrigações financeiras (a equação econômico-financeira) e de serviço dispostas no instrumento contratual que rege a parceria, além de buscar a estabilização dos serviços em contexto de dificuldades operacionais. A diferença central entre ambas as técnicas é o grau de flexibilidade das diretrizes regulatórias ao longo da operação do ajuste público-privado.

No panorama brasileiro, pode-se dizer que nasceu primeiro a regulação contratual, depois a regulação normativa/discricionária — os denominados *modelos clássicos de regulação*.

Na regulação contratual, a existência de um processo republicano de disputa entre interessados (futuros operadores), estipulando um ponto de partida para a relação com o poder concedente, é questão básica. Há, também, a necessidade de um projeto referencial que tenha condições de prever, com bom índice de acerto, as principais intercorrências durante o tempo de duração do contrato. A definição de uma matriz de riscos, os instrumentos de controle e avaliação da qualidade dos serviços, as políticas de revisão e reajuste das tarifas, tudo integra essa proposta de abranger, ao máximo, a relação contratual entre concedente e concessionária.

Com maiores dificuldades — e, por isso, pontos de dúvida —, pela inexistência da licitação, é possível aplicar essa modalidade de regulação aos contratos de programa, visto que, com a mudança no *Marco Legal*, agora todos foram obrigados a incorporar nos seus textos as metas de universalização dos serviços de água e esgotamento sanitário, para dar apenas dois exemplos. Por sua vez, a regulação normativa/discricionária, concentrada no acompanhamento dos custos e na política tarifária, tem, nas agências,

quando técnicas e independentes — minimizando assim os riscos de captura —, a base de sua constituição e funcionamento. Pela complexidade de sua governança, em relação ao esforço de adaptação da ANA ao *Novo Marco Legal* e à tentativa de padronização dos comportamentos das subnacionais, comprovar-se-á que a regulação discricionária, reconhecendo-se as suas externalidades positivas, é muito mais onerosa financeiramente.

Sempre se discute qual o melhor modelo para o setor do saneamento. Seja no sistema público ou privado, haverá um contrato de programa (ainda que temporariamente) ou de concessão. Logo, a regulação discricionária, que sempre terá um espaço de relevância no sistema, conviverá com a regulação contratual.

Em outras palavras, será natural que se administre essa sobreposição, ainda que seja mais natural privilegiar a regra contratualizada nos processos licitatórios, até pela relação direta com o ponto de equilíbrio original do contrato. Infelizmente, aqui, qualifica-se mais um gatilho para eventual judicialização, o que traz permanente insegurança para os operadores, públicos ou privados, e para os seus controladores. Apesar disso, em um setor que convive com autarquias municipais, companhias estaduais e concessionárias, o impacto da regulação e dos seus incentivos tem repercussões diferentes nos operadores, mostrando que o modelo contratual ou o discricionário, por seus condutores principais, estabelecerão boas regras de convivência²⁵.

Não se descarta, diga-se de passagem, a construção de uma terceira hipótese, que congregue, no mesmo modelo, as virtudes da regulação contratual e da regulação discricionária. Porém, em

25 Destacaram corretamente os autores, “[...] os contratos existentes entre o poder concedente e as concessionárias possuem uma grande heterogeneidade, o que na maioria das vezes gera lacunas e torna a regulação excessivamente discricionária. Desse modo, onera tanto a agência reguladora quanto as concessionárias que precisam empenhar tempo e recursos para revisões contratuais. A ANA tem realizado estudos para mitigar a discricionariedade dos novos contratos, desenvolvendo um padrão mínimo e respeitando as diferenças locais. Desde logo há uma diferença de fundo entre os contratos de programa em vigor regidos por uma regulação discricionária. Em contraste, os novos contratos, fruto de licitações recentes, requerem uma regulação contratual. Tais famílias de contratos deverão coexistir durante um período razoável, requerendo uma sensibilidade da ANA para as peculiaridades envolvidas”. OLIVEIRA, Gesner et al. *Novo Marco do Saneamento: uma janela de oportunidade para eliminar o atraso no saneamento*. In: ZULIANI, G; DAL POZZO, A. **Saneamento Básico: Uma Lei e um Marco**. Belo Horizonte: Fórum, 2023, p. 318.

qualquer cenário, o papel da regulação é melhorar a prestação do serviço entregue aos usuários, resolvendo falhas de mercado e de governo.

Já no contexto atual, a regulação contratual e a discricionária desempenham papéis importantes nas concessões e nos contratos de programa. Se a primeira se submete ao que está disposto no contrato, embora sua rigidez hoje seja contestada (a tese dos custos marginais), a segunda (regulação discricionária) apresenta a dificuldade de fixação dos indicadores para o julgamento de uma operação eficiente. Ao usar muitos indicadores, eles perdem força. Porém, quando se trabalha com poucos, cria-se ambiente de maior risco para condutas oportunistas do operador. Então, no final das contas, é preciso viver por alguns anos a experiência diária da operação de todos esses subsistemas, tentar integrá-los, encontrando pontos ótimos de eficiência técnica e econômica, para produzir uma evolução do nível de entrega de serviço para a população.

Por diversos motivos, a regulação discricionária é mais complexa e está submetida ao risco da captura política das entidades reguladoras infranacionais, o que exige a estruturação de um corpo técnico fixo e de implementação de regras de autonomia funcional da reguladora em relação aos órgãos da administração direta.²⁶ Para reguladoras estaduais, autarquias em regime especial, multidisciplinares, existe o risco do controle político, mas os riscos podem se acentuar nas entidades organizadas por dentro de consórcios (espécie do gênero autarquia), mesmo unitemáticas. O tempo mais curto de mandato dos prefeitos que dirigem consórcios públicos, o menor nível de engajamento desses atores, demonstra porque é preciso acompanhar com cautela essas iniciativas legitimadas pelo Decreto Federal n. 7.217/2010, artigo 2º, inciso IV e artigo 31, incisos I e II, incluindo o § 1º.

26 "[...] como existe discricionariedade no processo de revisão, ele necessita ser conduzido por uma agência com uma estrutura de pessoal fixa, bem remunerada e bem preparada tecnicamente. Essa é uma condição básica para que a revisão seja pautada pela imparcialidade e transparência, com uso de consultas e audiências públicas, promovendo intenso debate entre o público e o privado. Desse modo, minimiza-se o problema de captura do regulador, seja pela firma para a obtenção de benefícios, seja por políticos e grupos de consumidores para expropriação de investimentos privados pelo poder público". CAMACHO, F. T.; RODRIGUES, B. **Regulação Econômica de Infraestruturas: Como Escolher o Modelo Mais Adequado?** Revista do BNDES, n. 41, 2014, p. 263.

Ainda assim, tendo por horizonte a universalização desses serviços e sua distribuição equitativa em todo o território do Brasil, é fundamental uma visão de conjunto, que só será alcançada com algum grau de centralização de informação e diretivas, nacional ou regionalmente, com revisões periódicas dos objetivos de médio e longo prazo e sua atual realização. Em tese, a maior proximidade com o titular do serviço, o que se observa na experiência das agências reguladoras municipais, multiplica os riscos da captura política.

De outro lado, a figura de uma agência reguladora com escala (as reguladoras estaduais), monitorando vários municípios ou vários setores, entende-se como a escolha mais apropriada, em particular agora, com o reforço do papel de coordenação desempenhado pela nova ANA. A atual fragmentação do setor, com número muito elevado de entidades de regulação, não parece ser a melhor forma de disseminar e padronizar boas práticas, para que se alcance, no menor tempo possível, a universalização e a qualificação deste serviço tão essencial para a população.

Não basta estabelecer por lei as diretrizes nacionais para o saneamento básico; é preciso que a regulação estatal acompanhe e corrija as deficiências e os obstáculos imprevisíveis vislumbrados no transcorrer da atividade. Para melhorar o funcionamento dessa agenda regulatória, conformadora do mercado de saneamento, no âmbito nacional e infranacional, a ANA, terá a incumbência de produzir as orientações gerais — ou, melhor dizendo, as normas de referência — para o setor. Desse modo, tenta-se reduzir a insegurança jurídica nas relações comerciais convencionadas, aperfeiçoando os processos de regulação contratual e discricionária, visto que, no final das contas, ambos se retroalimentam e evoluem conjuntamente.

A existência de agências com orientações diferenciadas representa um problema para a governança dos operadores. Caso essa realidade seja mantida, pode-se inibir novos entrantes no setor, reduzindo o nível de competitividade nas licitações, com impacto no valor final das tarifas e no aumento da taxa de retorno para os investimentos que medirem esse risco.

O caminho escolhido pelo *Novo Marco* foi na direção de nacionalizar uma base regulatória, sem desconhecer, contestar ou diminuir o protagonismo das entidades infranacionais para essa modalidade de serviço público. Diante disso, e não poderia mesmo

ser abordado diferentemente (pelo risco da inconstitucionalidade), essas entidades continuam titulares do poder regulamentar no seu campo de atuação, mas a agência nacional apresentará linhas gerais para o setor. Para provar-se efetiva, a coordenação dependerá do convencimento das entidades subnacionais, ou de incentivos corretos, visto que uma tentativa de vinculação obrigatória, como se disse tantas vezes, poderia ser contestada judicialmente com sucesso.

A lógica é uniformizar a regulação, os contratos, os procedimentos de fiscalização, o cálculo da tarifa, as metas e os parâmetros quantitativos e qualitativos, a métrica para aferir a capacidade econômica dos operadores públicos e privados e seus níveis de governança. Além do cálculo de eventuais passivos indenizatórios quando não se configurar a amortização dos investimentos feitos pelo operador — nos casos de substituição. A regulação contratual e a regulação normativa, cada uma cumprindo o seu papel de conformação de uma realidade, conduzirão a política pública do saneamento, oferecendo, ao mesmo tempo, segurança e flexibilidade para os contratos de concessão e de programa.

Nesse momento, que evidencia a decisão política de privilegiar a adoção do modelo de prestação privada dos serviços de saneamento no Brasil, é elementar haver um esforço institucional para uma gestão dos riscos de captura do processo de regulação pelos novos operadores. A garantia de um orçamento próprio, o mandato fixo dos dirigentes, o desempenho de uma discricionariedade técnica e motivada, a remuneração compatível e o compromisso com as políticas de Estado — mais do que com as intenções de governo — são características capazes de controlar esse risco.²⁷ Tal alerta foi feito, ou seja, a regulação discricionária, muito mais complexa, é também mais onerosa. Na verdade, uma variável fundamental para a execução adequada de uma concessão comum ou uma parceria público-privada é o estabelecimento, desde o contrato, de um sistema de incentivos — submetido a regulação de preço e de qualidade — em harmonia com os objetivos sociais do empreendimento.

Assim, abre-se à iniciativa privada a possibilidade de operação do sistema e, às agências reguladoras, um espaço qualificado

27 FAGUNDES, Márcia Margarete. Teoria da Captura do Regulador de Serviços Públicos. In: SOUTO, Marcos Juruena Villela; MARSHALL, Carla. (coord.). **Direito Empresarial Público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 276.

e abrangente para o exercício do poder regulamentar²⁸ e do poder de polícia administrativa. A proibição de determinados comportamentos dos delegatários e o estabelecimento de padrões de conduta e desempenho estão entre as competências exercidas pelo poder regulamentar, atividade indelegável às pessoas jurídicas de direito privado no Brasil (Lei Federal n. 11.079/2004, art. 4º, III).

1.2 Agências Reguladoras

A terminologia das agências recentemente adotada no Direito brasileiro é uma importação do Direito norte-americano. Nos Estados Unidos, a administração pública resume-se à atuação de agências; as reguladoras (*regulatory agencies*) são apenas um tipo. Note que o termo tem sentido mais amplo nesse sistema, abrangendo “qualquer autoridade do Governo dos Estados Unidos, esteja ou não sujeita ao controle de outra agência, com exclusão do Congresso e dos Tribunais”, conforme consta no *Administrative Procedure Act*.²⁹

A primeira experiência nos EUA envolveu a criação de uma agência independente para regulamentação dos serviços de transporte ferroviário, em 1887, a *Interstate Commerce Commission*. Naquela conjuntura, passou-se a denominar “agência reguladora” (entidade administrativa distinta dos poderes) os órgãos que, por delegação legislativa, têm poder normativo e de decidir casos concretos, aptos a intervir nos direitos dos agentes do setor.³⁰ Em 1946, seus atos começaram a ser regulados pela já citada Lei de Procedimento Administrativo (*Administrative Procedure Act*).

No Brasil, a instituição de agências reguladoras é um fenômeno mais recente, que remonta mais fortemente à década de 1990, num contexto no qual diversas atividades até então exercidas pelo

28 Pode-se definir o processo de regulação de serviço público “[...] como sendo a atividade administrativa desempenhada por pessoa jurídica de direito público consistente no disciplinamento, na regulamentação, na fiscalização e no controle do serviço prestado por outro ente da Administração Pública ou por concessionário, permissionário ou autorizatário do serviço público, à luz de poderes que lhe tenham sido, por lei, atribuídos para a busca da adequação daquele serviço, do respeito às regras fixadoras da política tarifária, da harmonização, do equilíbrio e da composição dos interesses de todos os envolvidos na prestação deste serviço, bem como da aplicação de penalidades pela inobservância das regras condutoras da sua execução”. *Ibidem*, p. 253

29 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, seção 10.9.1.

30 OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Novo perfil da Regulação Estatal**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 142.



Estado foram transferidas ao setor privado. Os departamentos de gás canalizado (Emenda Constitucional n. 5, 1995), telecomunicações (Emenda Constitucional n. 8, 1995) e exploração de petróleo (Emenda Constitucional n. 9, 1995) são os primeiros exemplos, seguidos do Plano Nacional de Desestatização (Lei Federal n. 9.491/1997). Refletindo o espírito da época, Arnaldo Wald e Luiza Moraes afirmavam em 1999:

Outra fonte de reflexão consiste na quebra do antigo padrão, composto de normas minuciosas e burocráticas, quando, muitas vezes, a desregulamentação é a medida correta para estimular a competitividade. Identificar a situação e o momento de afrouxar as “amarras” regulatórias é tarefa muitas vezes complexa e difícil de ser implementada. E essa diretriz passa pela formulação do conceito de serviço público.

Ainda no âmbito das concessões de serviços públicos, estão surgindo as Agências Reguladoras, com jurisdição nos diversos setores de serviços públicos concedidos pela União, inspiradas em sistemas regulatórios europeus e norte-americanos.³¹

O processo de desestatização, acelerado pela Reforma Administrativa (EC n. 19/1998), resultou na intensificação de uma produção legislativa voltada a direcionar o funcionamento de certos setores da economia nacional, com participação cada vez maior da iniciativa privada nas tarefas de execução. Delegando a execução, sem perder a titularidade, no caso de concessionárias e permissionárias, o poder público amadureceu sistemas de controle desses desempenhos e instituiu as agências reguladoras para aprimorar a fiscalização das atividades descentralizadas. A *autorização*, por característica, não serve para delegar a terceiros a responsabilidade de prestar serviço público, e sim para organizar a transferência de *atividades de interesse público* que, por sua relevância à população, exigem um nível mínimo de conhecimento e formalização.

Desde a sua origem, as entidades reguladoras destinam-se ao controle de setores específicos da atividade econômica em sentido lato: a prestação de serviço público, de atividade de interesse público, e o exercício de atividade econômica em sentido estrito.³²

31 WALD, Arnaldo; MORAES, Luiza Rangel de. Agências Reguladoras. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 36, n. 141, 1999, p. 144.

32 As agências reguladoras são, em realidade, pessoas jurídicas de direito público, criadas (ou instituídas) por lei, e de regime jurídico idêntico às autarquias. Ainda,

No desempenho dessa competência, definindo as políticas de governo em tais âmbitos, ocupam-se do constante preenchimento dos conceitos jurídicos indeterminados que compõem os marcos regulatórios dos diferentes setores, sujeitando-se ao controle do Poder Judiciário com relação à adequação dessas interpretações. Em alguns casos, exercem a discricionariedade administrativa clássica, mas, na maioria das vezes, com base em critérios científicos e juízos técnicos, ou seja, o uso de uma discricionariedade técnica, realizam escolhas vinculadas, o que revela a existência de um poder discricionário apenas aparente, mas que, a rigor, tenta oferecer a única — ou a melhor — resposta possível.

Segundo o que está implícito no art. 174 da Constituição e autorizado pelas emendas citadas, diversas agências foram criadas a partir de 1996. Celso Antônio Bandeira de Mello separa-as de acordo com os tipos de atividades das quais ocupam-se:

(i) Regulação do provimento de serviços públicos propriamente ditos. Aqui incluem-se a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), criada pela Lei n. 9.427/1996, a Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel), criada pela Lei n. 9.472/1997, a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) e a Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ), criadas pela Lei n. 10.233/2001, e a Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC), criada pela Lei n. 11.182/2005.

(ii) Fomento e fiscalização de atividade privada (Agência Nacional do Cinema — ANCINE, criada pela MP n. 2.281-1/2001, alterada posteriormente pela Lei n. 10.454/2002).

configuram uma espécie do gênero autarquia, muito embora, em nenhum momento, a Constituição Federal faça essa exigência. A propósito, a leitura do art. 21, incisos XI e XII, da Constituição Federal, sugere que o poder constituinte originário e o derivado em nenhum momento exteriorizaram uma convicção nesse modelo de agência reguladora independente, sem vínculo de subordinação hierárquica com a administração direta e o chefe do Poder Executivo. Na Constituição Federal, utiliza-se a expressão “órgão público”, o que indica ausência de personalidade jurídica, inviabilizando a criação de uma autarquia. Na verdade, somente os marcos regulatórios dos diferentes setores transformam esses órgãos públicos em entidades administrativas, em autarquias de regime especial. Essa fragilidade, esse desvio histórico, também pode ter colaborado para a dificuldade evidente de tais entidades — reguladoras e fiscalizadoras — cumprirem adequadamente os seus papéis. Ainda, no quadro político atual, a mesma hegemonia que tenta frear a lógica da desestatização do serviço público de saneamento básico questiona a formatação atual das agências reguladoras, fazendo tramitar no Congresso Nacional novas propostas de conformação do sistema regulatório brasileiro.

(iii) Promoção da regulação, contratação e fiscalização das atividades econômicas da indústria do petróleo, cujo monopólio estatal foi flexibilizado no governo de Fernando Henrique Cardoso, permitindo a contratação, pela União, de empresas privadas para certos fins. Esse é o caso da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP), criada pela Lei n. 9.478/1997.

(iv) Regulação de atividades que o Estado protagoniza, mas também facultadas aos particulares. É o caso da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), criada pela Lei n. 9.782/1999, posteriormente alterada pela MP n. 2.190-34/2001, e da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), criada pela Lei n. 9.961/2000.

(v) Por fim, a que nos interessará particularmente neste capítulo, há a “*agência reguladora do uso do bem público*, que é o que sucede com a Agência Nacional de Águas, criada pela Lei Federal 9.984/2000”.³³

Não obstante a novidade terminológica num contexto de mudanças efetivas, diversos doutrinadores ressaltam que essa figura jurídica já estava entre nós desde muito antes da chegada das agências reguladoras; o que mudou, na opinião deles, foi a roupagem das entidades.³⁴ Entretanto, saber se elas constituem novidades não importa muito para os nossos propósitos. Estaremos mais interessados em descrever seu funcionamento, por desempenharem um papel na administração pública, sem perder de vista o fim deste exame geral: nos instrumentalizar para uma análise detida da ANA e do seu papel na regulação do setor de saneamento.

As agências reguladoras brasileiras são autarquias sob regimes especiais, cuja função abarca disciplinar e controlar certas atividades³⁵. Na definição de Hely Lopes Meirelles, uma *autarquia*

33 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 174-175.

34 Nesse sentido, Maria Sylvia di Pietro destaca autarquias econômicas cujo fim era regular a produção e o comércio no início do século XX, como o Comissariado de Alimentação Pública (1918), o Instituto de Defesa Permanente do Café (1923), o Instituto do Açúcar e do Alcool (1933) etc., bem como entidades contemporâneas nossas, como o Banco Central, o Conselho Monetário Nacional e a Comissão de Valores Mobiliários, órgãos com funções normativas e de fiscalização, porém, que não foram agraciados com o nome “agência”. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, seção 10.9.3; DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 176.

35 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p.174.

*de regime especial é aquela à qual “a lei instituidora conferir privilégios específicos”, aumentando “sua autonomia comparativamente com as autarquias comuns, sem infringir os preceitos constitucionais pertinentes a essas entidades de direito público”.*³⁶ Depreende-se disso que as agências reguladoras são pessoas jurídicas de direito público relativamente autônomas em relação ao governo central; seus regimes visam à minimização de influência política direta na atividade regulatória, viabilizando decisões técnicas. Desse modo, as suas leis instituidoras lhes concedem privilégios para que alcancem seus fins.³⁷

A forma como operam tais privilégios varia de agência para agência, em consonância com as suas finalidades específicas. Até a edição da Lei Federal n. 13.848/2019, não havia legislação unificada a seu respeito, de modo que a doutrina se apoiava apenas na legislação esparsa de cada uma delas e na Lei Federal n. 9.986/2000, que uniformizava algumas questões.

Certas características comuns a essas autarquias especiais merecem destaque. Há dois pontos essenciais para a sua autonomia administrativa:

*A estabilidade diferenciada dos dirigentes (mandato a termo, não coincidente com o do agente político, e impossibilidade de exoneração que não por renúncia, sentença transitada em julgado ou processo administrativo, conforme art. 9º da Lei Federal n. 9.986/2000).*³⁸

36 MEIRELLES, Hely Lopes; BURLE FILHO, José Emmanuel. **Direito Administrativo Brasileiro**. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 448.

37 Ibidem, p. 450-451.

38 Essa lei dispõe sobre a gestão de recursos humanos das agências e traz provisões importantes a esse respeito. Além da já mencionada sobre a estabilidade diferenciada, podem-se citar, a título de exemplo, os critérios para a nomeação dos dirigentes, sua remuneração, a dita “quarentena”, que proíbe ex-dirigentes de exercerem atividades no setor por quatro meses para evitar conflitos de interesse, mas também o regime jurídico dos servidores das agências. Há uma polêmica na doutrina em relação à garantia do mandato fixo para além do período governamental em que houve a indicação, pois isso, é afirmado, permitiria um uso político pernicioso daquele governante que sai do cargo, podendo indicar cargos dessa relevância para a administração pública que impediriam a governança de quem assume o poder. Celso de Mello enfaticamente afirma que esse uso estratégico político consistiria numa “fraude contra o próprio povo”. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 180, grifo do autor; similarmente em MEIRELLES, Hely Lopes; BURLE FILHO, José Emmanuel. **Direito Administrativo Brasileiro**. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 451.

A impossibilidade de recurso de suas decisões ao executivo, já que não há relação de hierarquia entre eles. Mesmo quando haja previsão desse “recurso hierárquico impróprio” na legislação, não pode a decisão ser substituída pela autoridade política, mas apenas adequada à legalidade.³⁹

Além desses dois pontos centrais, as agências reguladoras gozam de autonomia financeira e de legitimidade para a imposição de taxas regulatórias compatíveis às leis institutivas das autarquias, que variam em termos de solução normativa.

Ambos os aspectos abordam a independência das agências reguladoras em referência aos poderes do Estado. Ao contrário do que ocorre no Direito Administrativo norte-americano, com as agências reguladoras tendo um grau elevado de independência em relação aos três poderes, no Brasil, observa-se em maior grau somente a autonomia no tocante ao Poder Executivo.⁴⁰ Essa independência, como vimos, advém da sua natureza especial, incluindo aqueles pontos fundamentais para a sua autonomia. A recente Lei Federal n. 13.848/2019, que dispõe sobre a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das agências reguladoras, define o seu feitiço único da seguinte forma:

Art. 3º A natureza especial conferida à agência reguladora é caracterizada pela ausência de tutela ou de subordinação hierárquica, pela autonomia funcional, decisória, administrativa e financeira e pela investidura a termo de seus dirigentes e estabilidade durante os mandatos, bem como pelas demais disposições constantes desta Lei ou de leis específicas voltadas à sua implementação.

§ 2º A autonomia administrativa da agência reguladora é caracterizada pelas seguintes competências:

*I - solicitar diretamente ao Ministério da Economia:
a) autorização para a realização de concursos públicos;*

39 OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Novo perfil da Regulação Estatal**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 159.

40 Em relação à independência judiciária, o art. 5º, inciso XXXV, da Constituição é claro em sustentar o sistema de unidade de jurisdição, submetendo, assim, juridicamente as agências ao controle judiciário. Já o art. 49, inciso X submete as agências reguladoras, enquanto parte da administração indireta, ao controle do Congresso Nacional, o que indica um grau restrito de independência legislativa. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, seção 10.9.3).

b) provimento dos cargos autorizados em lei para seu quadro de pessoal, observada a disponibilidade orçamentária;

c) alterações no respectivo quadro de pessoal, fundamentadas em estudos de dimensionamento, bem como alterações nos planos de carreira de seus servidores;

II - conceder diárias e passagens em deslocamentos nacionais e internacionais e autorizar afastamentos do País a servidores da agência;

III - celebrar contratos administrativos e prorrogar contratos em vigor relativos a atividades de custeio, independentemente do valor.

A prática regulatória presente na experiência nacional, contudo, demonstra que o próprio poder instituidor das agências não tem respeitado sua autonomia — o que acontece com frequência nas entidades municipais. Há casos contínuos de violação da estabilidade de dirigentes de agências federais, estaduais e municipais, além da falta de estabelecimento de recursos próprios para esses órgãos financeiramente independentes por lei. Como as taxas de regulação integram o orçamento geral da União ou dos estados, havendo contingenciamento, seus valores, que serviriam à manutenção da agência, são retidos.⁴¹

Uma das principais controvérsias na doutrina é identificar os limites do poder de regulação das agências. Nas palavras de Bandeira de Mello, “saber o que é até onde podem regular algo sem estar, com isto, invadindo competência legislativa”.⁴² Questionam-se os fundamentos jurídico-constitucionais de delegar-se função normativa a elas. O argumento pode resumir-se da seguinte forma:

(i) Já que somente a ANATEL e a ANP estão previstas na Constituição como *órgãos reguladores*, sendo todas as outras agências criadas por lei,⁴³ a delegação do poder normativo é feita, nos

41 OLIVEIRA, Carlos Roberto. Em busca da efetividade na regulação: os avanços e desafios jurídico-institucionais das agências reguladoras de saneamento. In: DAL POZZO, Augusto Neves; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; BERTOCCELLI, Rodrigo de Pinho. (coords.). **Tratado sobre o marco regulatório do saneamento básico no Direito brasileiro**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2017, p. 953-961.

42 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 176.

43 “Art. 21 Compete à União: [...] XI. explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais; [...]”

“Art. 177 Constituem monopólio da União: [...] § 2º A lei a que se refere o § 1º dispo-

demais casos, pelas leis instituidoras. Suas funções normativas são reduzidas, como as de qualquer órgão administrativo ou entidade da administração indireta; e

(ii) Elas não têm competência para regular matéria não disciplinada em lei, nem para regulamentar leis, pois isso é de competência privativa do chefe do Executivo (ainda que restem muitas zonas cinzentas nesse esforço para delimitar com precisão as fronteiras de atuação de cada personagem).

Ante tal panorama não são poucos os que se colocam a favor da incorporação dessas entidades pela administração direta, criando um vínculo automático de hierarquia com o chefe do Executivo.⁴⁴ Aqueles que defendem a existência das agências reguladoras entendem que o seu poder normativo, com exceção das duas agências previstas na Constituição, restringe-se: (i) ao regimento interno das agências; e (ii) à interpretação de termos jurídicos indeterminados contidos em lei expressa.⁴⁵ É pelo exercício desse segundo tipo de poder que se fala em um poder normativo *técnico*, isto é, as agências estariam adstritas à especificação de termos jurídicos indeterminados por meio de padrões técnicos de análise, sob pena de ferir o princípio da legalidade.

Da discussão apresentada, reconhece-se que há espaço para controvérsia doutrinária, mas, de fato, as agências reguladoras exercem poder normativo técnico, autorizado em suas leis instituidoras. É nisso que consiste, afinal, a sua função propriamente reguladora. A expressa delegação pelo Poder Legislativo, frequentemente

rá sobre: III - a estrutura e atribuições do órgão regulador do monopólio da União.”

44 Recorda o autor que “[...] os diversos projetos de lei federal de saneamento que tramitaram no Congresso Nacional nos anos 1990 e 2000 sempre buscaram construir um arcabouço regulatório para o setor. Alguns, como o Projeto de Lei n. 4.147/2001, tinham um viés mais próximo do modelo de regulação implantado em outros serviços públicos econômicos (como telecomunicações, energia elétrica e petróleo), prevendo a criação de agências pelos titulares do serviço e instituindo, em linhas gerais, o regime jurídico de atuação de tais entidades. Outros, como o Anteprojeto de Lei elaborado pelo Ministério das Cidades, em 2004, embrião do Projeto de Lei n. 5.296/2005, abandonavam tal modelo e conferiam a conselhos populares competência de verdadeiro órgão regulador do serviço. Influenciada por todas essas correntes, a Lei n. 11.445/2007 dedicou seu Capítulo V ao tema da regulação”. Destaca-se, no caso, o art. 23 da referida lei. CAMPOS, Rodrigo Pinto de. *Regulação e Federalismo no Serviço Público de Saneamento Básico*. In: MOTA, Carolina. (coord.). **Saneamento Básico no Brasil** — aspectos jurídicos da Lei Federal n. 11.445/2007. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 98.

45 Esse argumento foi retirado de DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, seção 10.9.3.

chamada de “*deslegalização*”, encontra limites constitucionais no caso de reserva legislativa específica.⁴⁶

1.3 Regulação no Saneamento Básico

Conforme estudado anteriormente, os serviços de saneamento caracterizam-se como serviços públicos essenciais e possíveis monopólios naturais, isto é, têm custos de produção menores quando apenas um agente atende às suas demandas, visto que os custos fixos, de instalação de infraestrutura e manutenção, são altíssimos e a demanda pelos serviços é inelástica.⁴⁷

Por conta dessa dupla caracterização, a necessidade de regulação também é dupla: o caráter de monopólio natural exige, por si só, controle externo de preços e qualidade do serviço; o caráter de serviço público essencial requer empenho redobrado em direcionamento à ampliação da estrutura, tendente à sua *universalidade, equidade, acessibilidade, continuidade e transparência*.

A eficiência da regulação estatal, no caso, deve primar pela proteção dos direitos fundamentais dos usuários à vida e ao acesso a bens básicos por um preço razoável, além de assegurar continuidade, estabilidade e sustentabilidade na prestação, mediante visão integrada de longo prazo.

Ao contrário da atividade de planejamento, que é indelegável (art. 9º da Lei n. 11.445/07), a prestação, a regulação e a fiscalização dos serviços de saneamento podem ser exercidas pela própria entidade política que detém sua titularidade ou *ser delegada a qualquer entidade reguladora*, segundo o art. 23, § 1º, da Lei n. 11.445/2007.⁴⁸ Isso decorre da dificuldade, muitas vezes

46 OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Novo perfil da Regulação Estatal**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 152.

47 MADEIRA, Rodrigo Ferreira. O setor de saneamento básico no Brasil e as implicações do marco regulatório para a universalização do acesso. **Revista do BNDES**, v. 33, jun. 2010, p. 127.; GALVÃO JUNIOR, Alceu de Castro; PAGANINI, Wanderley da Silva. Aspectos conceituais da regulação dos serviços de água e esgoto no Brasil. **Revista de Engenharia Sanitária e Ambiental**, v. 14, n. 1, jan./mar. 2009, p. 79-88.

48 “Art. 23. A entidade reguladora editará normas relativas às dimensões técnica, econômica e social de prestação dos serviços, que abrangerão, pelo menos, os seguintes aspectos: § 1º A regulação de serviços públicos de saneamento básico poderá ser delegada pelos titulares a qualquer entidade reguladora constituída dentro dos limites do respectivo Estado, explicitando, no ato de delegação da regulação, a forma de atuação e a abrangência das atividades a serem desempenhadas pelas partes envolvidas.”

insuperável, do titular do serviço, o Município, organizar uma estrutura de regulação e fiscalização de modo a assegurar um desempenho eficiente do operador.⁴⁹

Cada município, segundo as suas circunstâncias, precisa definir se terá órgão ou entidade de regulação próprios — o que parece ser o menos recomendado —, responsável por produzir o regime jurídico que vinculará a prestação do serviço.⁵⁰ Sendo os municípios

49 É uma constatação obrigatória que, em sua maioria, não terão os municípios condições de suportar o peso dessas competências, visto que “[...] trata-se de regras, cuja complexidade, embora não seja desmedida, importa a existência de agências minimamente estruturadas, sob os pontos de vista técnico, financeiro e de capital humano. [...] Faltam recursos orçamentários, falta infraestrutura técnica e faltam quadros capazes de cumprir funções tão amplas e que requerem certo grau de especialização”. CAMPOS, Rodrigo Pinto de. Regulação e Federalismo no Serviço Público de Saneamento Básico. In: MOTA, Carolina. (coord.). **Saneamento Básico no Brasil** — aspectos jurídicos da Lei Federal n. 11.445/2007. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 99. Ver também: GALVÃO JUNIOR, Alceu de Castro et al. Viabilidade da Regulação Infranacional dos Serviços de Abastecimento de Água e Esgotamento Sanitário sob a Lei n. 11.445/2007. **Revista de Engenharia Sanitária e Ambiental**, v. 13, n. 2, abr./jun. 2008, p. 135. Nesse trabalho, acolhendo-se a opinião de vários autores, afirma-se em certo momento que “[...] a regulação é viável somente em municípios com grande capacitação técnica e financeira e que a maioria das prefeituras não conta com quadros técnicos qualificados e capacidade institucional para regular os serviços de saneamento básico. [...] Até mesmo em países desenvolvidos como a França, a regulação exercida pelas municipalidades carece de capacidade necessária para negociar com as grandes empresas do setor, devido estas possuírem enorme experiência e poder econômico, político e financeiro. No âmbito das concessões municipais operadas por prestadores privados, a regulação torna-se ainda mais complexa, visto a grande assimetria de recursos financeiros e administrativos existentes entre concessionárias privadas e a maioria dos municípios” — o que aumenta bastante os riscos de captura.

50 Em conclusão, considera o autor que “[...] a edição das Leis Federais n. 11.107/2005 e n. 11.445/2007 significou um grande passo em direção ao aprimoramento da regulação do serviço público de saneamento básico no Brasil. Por intermédio de normas constantes de tais diplomas, o modelo Planasa, vigente desde os anos 70 e embasado na colaboração interfederativa com ênfase ao poder conferido ao prestador para planejar, regular e fiscalizar sua própria atuação sucumbiu. Em seu lugar criou-se um arcabouço regulatório mais moderno. Prestação, a partir da edição da Lei n. 11.107/2005, passou a ser atividade obrigatoriamente separada da regulação. A existência de entidade reguladora previamente definida pelas normas regulatórias mínimas, estampadas nos arts 21 e 27 da Lei n. 11.445/2007, foi alçada à categoria de condição de validade de todo e qualquer contrato a ser celebrado com vistas à prestação do serviço. Permitiu-se à delegação da regulação entre entes federativos e tentou-se disciplinar temas regulatórios espinhosos, como nos casos de serviços fracionados e de serviços prestados de forma regionalizada”. CAMPOS, Rodrigo Pinto de. Regulação e Federalismo no Serviço Público de Saneamento Básico. In: MOTA, Carolina. (coord.). **Saneamento Básico no Brasil** — aspectos jurídicos da Lei Federal n. 11.445/2007. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 110.

os titulares dos serviços, a competência regulatória, presume-se, caberia a eles também.

Contudo, no cenário brasileiro, ainda que as agências reguladoras dos municípios lidem, entre outros temas, com o saneamento, a estrutura administrativa de cidades detentoras de parques recursos não é capaz de exercer adequadamente essa função. As agências reguladoras estaduais, portanto, têm concentrado grande parte da atividade regulatória no setor de saneamento. Por tudo que já se observou, este é o formato mais apropriado: uma agência que congregue vários municípios ou setores, alcançando escala e melhores condições de aparelhar-se com estrutura física e pessoal suficiente para o cumprimento efetivo de suas responsabilidades.

A governança da regulação discricionária exige uma ordenação muito mais complexa, logo, os custos de transação são maiores. Para justificar esse nível de investimento, deve tornar-se eficiente, otimizando o serviço, seja nas concessões, seja nos contratos de programa. Em certo sentido, a regulação discricionária permite que a agência ajuste as suas condutas regulatórias ao comportamento do operador. Quando o foco da regulação é apenas a eficiência operacional, pode ficar de lado a qualidade — se o operador, em ação oportunista, tentar proteger os seus investidores.

A Lei Federal n. 11.445/2007, nesse ponto específico, estabeleceu diretrizes e princípios básicos para o exercício da função de regulação (arts. 21 e 22), incluindo a independência, a tecnicidade e a objetividade das decisões, o estabelecimento de padrões de qualidade para a prestação dos serviços, a prevenção do abuso de poder econômico e a definição das tarifas mediante mecanismos de indução. Na linha do que já se defendeu nesse trabalho, a regulação discricionária, mais do que a regulação contratual, demandará, dessas entidades, servidores extremamente qualificados para o exercício efetivo de tal poder — reafirmando sempre que a regulação é um meio, nunca um fim em si mesmo.

O Novo Marco Legal do Saneamento, a partir da Lei n. 14.026/2020 propõe realmente um novo desenho, com alterações significativas em relação ao texto original da Lei n. 11.445/2007, mormente pela centralidade atribuída à ANA:

Lei n. 11.445/2007	Lei n. 14.026/2020
Art. 21. O exercício da função de regulação atenderá aos seguintes princípios: I - independência decisória, incluindo autonomia administrativa, orçamentária e financeira da entidade reguladora; II - transparência, tecnicidade, celeridade e objetividade das decisões.	Art. 21. A função de regulação, desempenhada por entidade de natureza autárquica dotada de independência decisória e autonomia administrativa, orçamentária e financeira, atenderá aos princípios de transparência, tecnicidade, celeridade e objetividade das decisões.
Art. 22. São objetivos da regulação: I - estabelecer padrões e normas para a adequada prestação dos serviços e para a satisfação dos usuários; II - garantir o cumprimento das condições e metas estabelecidas; 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.	Art. 22. I - estabelecer padrões e normas para a adequada prestação e a expansão da qualidade dos serviços e para a satisfação dos usuários, com observação das normas de referência editadas pela ANA ; II - garantir o cumprimento das condições e metas estabelecidas nos contratos de prestação de serviços e nos planos municipais ou de prestação regionalizada de saneamento básico ; III - prevenir e reprimir o abuso do poder econômico, ressalvada a competência dos órgãos integrantes do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; e IV - definir tarifas que assegurem tanto o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos quanto a modicidade tarifária, por mecanismos que gerem eficiência e eficácia dos serviços e que permitam o compartilhamento dos ganhos de produtividade com os usuários .

Um papel de relevância no contexto do saneamento é a definição de tarifas capazes de assegurar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, sem ferir o princípio da modicidade tarifária, equilibrando a capacidade econômica dos usuários com os parâmetros de qualidade exigidos para uma entrega adequada deste serviço.

Tradicionalmente, três tipos de regulação de política tarifária são observados na realidade:⁵¹

(i) Regulação por taxa de retorno (ou custo de serviço), em que o regulador estipula tarifas para cada serviço voltadas a garantir um determinado retorno, com acompanhamento contínuo do desempenho da empresa.

(ii) Regulação por preço-teto, em que a agência determina um limite para a tarifa, com reajustes periódicos a partir dos relatórios do índice de preços.

(iii) Regulação por incentivos, intermediária entre os anteriores, pela qual um aumento ou uma diminuição dos custos são repassados parcialmente às tarifas, o que incentivaria a redução de custos e o aumento da eficiência da firma.

Cada um deles possui vantagens e desvantagens, a depender da conjuntura. Entretanto, a implementação de qualquer um desses modelos enfrenta um problema central: a enorme assimetria de informação entre as empresas e o regulador na experiência prática dos contratos.

Parcela considerável das companhias estaduais apresenta índice de liquidez geral menor que um⁵²⁻⁵³. Isto é, elas têm dificuldades de cumprir suas obrigações de curto e longo prazo e são incapazes de realizar investimentos de monta no aumento da cobertura. Por sua vez, as reguladoras locais não têm sido eficientes na fixação de parâmetros realistas para o estabelecimento e a distribuição de tarifas que garantam equilíbrio financeiro.⁵⁴ Mais

51 MADEIRA, Rodrigo Ferreira. O setor de saneamento básico no Brasil e as implicações do marco regulatório para a universalização do acesso. **Revista do BNDES**, v. 33, p. 123-154, jun. 2010, p. 137-140.

52 AMORA, Dimmi. **Ministro Diz que Mais de 10 Empresas Públicas de Saneamento Não Passarão no “Sarrafo” do Decreto de Aptidão**. AGÊNCIA INFRA, de 22 de março de 2021. Disponível em: <https://www.agenciainfra.com/blog/ministro-diz-que-mais-de-10-empresas-publicas-de-saneamento-nao-passarao-no-sarrafo-do-decreto-de-aptidao/>. Acesso em: 21 jun. 2021.

53 RITTNER, Daniel. **Esperado Há um Ano, Decreto do Saneamento Cria “Corrida” para Manter Contratos**: Na Prática, Decreto Representa uma Faixa de Corte para as Empresas que Poderão ou Não Continuar à Frente dos Contratos Já Assinados. VALOR ECONÔMICO, de 01 de junho de 2021. Disponível em: <https://valor.globo.com/empresas/noticia/2021/06/01/esperado-h-um-ano-decreto-do-saneamento-cria-corrida-para-manter-contratos.ghtml>. Acesso em: 21 jun. 2021.

54 Os dados relativos a todas as companhias foram reunidos, detalhados e analisados em uma pesquisa recente. Ver: ARAÚJO, Flávia Camargo de; BERTUSSI, Geovana Lorena. Saneamento Básico no Brasil: estrutura tarifária e regulação. In: **Planejamento e Políticas Públicas**, n. 51, jul./dez. 2018, p. 176-190.

sério que isso, de acordo com dados divulgados pela Associação Brasileira de Regulação,⁵⁵ cerca de 74% dos municípios brasileiros nem sequer possuem agências ou mecanismos regulatórios, embora a designação de entidade para regulação e fiscalização seja condição de validade dos contratos, nos termos da Lei n. 11.445/2007, art. 11, inciso III.

Tentando ampliar essa discussão para os outros subsistemas do serviço de saneamento básico, levantamento recente do IBGE mostra que a participação de municípios em consórcios regionais concentra-se muito mais na área de manejo de resíduos sólidos e, drasticamente menos, nas de abastecimento de água e esgotamento:⁵⁶



Fonte: IBGE, Diretoria de Pesquisas, Coordenação de População e Indicadores Sociais, Pesquisa de Informações Básicas Municipais 2017.

Essa maior participação de municípios em consórcios públicos voltados para o manejo de resíduos sólidos pode ter relação com o fato de a própria Lei n. 12.305/2010 desde o seu início incentivar o ganho de escala para a prestação dos serviços do setor, o que se pode alcançar, por exemplo, a partir da regionalização por meio dos consórcios.

Mesmo sendo possível perceber uma busca dos municípios pelo formato consorciado para a prestação dos serviços do setor de resíduos sólidos, são poucos os casos de estruturação de agências

55 ABAR. **Regulação 2017: Saneamento Básico**. Disponível em: <http://abar.org.br/publicacoes/publicacoes-saneamento-basico/>. Acesso em: 06 nov. 2020.

56 INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). **Perfil dos municípios brasileiros - Saneamento básico**: aspectos gerais da gestão da política de saneamento básico. Rio de Janeiro: IBGE, Coordenação de População e Indicadores Sociais, 2018, p. 16.

reguladoras especializadas no tema. Na drenagem urbana e manejo de águas pluviais o cenário não é diferente. Nessa linha, o Manual de Saneamento Básico elaborado pela Associação Brasileira de Agências Reguladoras, de 2021, aponta justamente para o contraste de regulação entre os quatro setores do saneamento básico:

Embora estes serviços sejam prestados de alguma forma em todos os municípios brasileiros, apenas um pequeno número deles estão sujeitos a regulação. Dentre as 36 ARSB participantes da Pesquisa Regulação 2021, com dados de 2020, que regulam o abastecimento de água e o esgotamento sanitário, apenas 2 regulam drenagem e 14 regulam o serviço de manejo de resíduos sólidos, sendo uma Distrital, quatro de Consórcios, cinco Estaduais e quatro Municipais. Estas 14 ARSB regulam 85 prestadoras de serviços de resíduos sólidos⁵⁷.

A Constituição Federal, no art. 241, a partir da Emenda Constitucional n. 19/1998, e a Lei Federal n. 11.107/2005 contemplam a possibilidade de formação de consórcio entre os entes federativos e a contratação de entidade de direito público ou privado que integre a administração indireta de qualquer um deles. Anteriormente, os municípios e o Estado poderiam compor um *consórcio público*, ou um *convênio de cooperação*, e depois confeccionar um *contrato de programa* com uma companhia estadual — revalidando o modelo Planasa, desde que não se atribua o exercício dos poderes de planejamento, regulação e fiscalização ao operador contratado. O consórcio público, e não a companhia estadual, deveria cumprir essas tarefas, estabelecendo um novo patamar de controle sobre a operação e a efetiva prestação do serviço — é o indicado no art. 13, § 3º e 5º, da Lei Federal n. 11.107/2005.⁵⁸

57 ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE AGÊNCIAS DE REGULAÇÃO. **Saneamento Básico: Regulação 2021**. Disponível em: <https://abar.org.br/biblioteca/#1581526808041-72662194-cb9a>. Acesso em: 25 jul. 2023.

58 Segundo o autor, “[...] a Lei Federal de Consórcios instituiu um modelo escalonado de relacionamento entre os entes federativos empenhados na gestão associada de um dado serviço público. Num primeiro momento, de dimensão político-institucional, os entes devem constituir consórcio público ou celebrar convênio de cooperação; em seguida, se o prestador integrar a administração indireta de um dos entes consorciados ou conveniados, deverá firmar contrato de programa com o titular do serviço. Assim, todos os contratos celebrados pelas CESBs — empresas estatais estaduais — após a edição da Lei Federal de Consórcios deverão ser contratos de programa, previamente autorizados por consórcio público ou convênio de cooperação, sob pena de decretação de sua nulidade”. Todavia, prossegue o autor, “[...] a partir da edição da Lei Federal dos Consórcios, o prestador do ser-

O *Novo Marco Legal do Saneamento* trouxe alterações significativas nesse âmbito, em especial, a eliminação do instituto do contrato de programa entre Municípios e companhias estaduais:

Lei n. 11.445/2007	Lei n. 14.026/2020
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.	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.

Nesse cenário, em que a delegação do contrato de concessão para uma empresa privada dar-se-á por meio de licitação, é indispensável a existência prévia de um órgão, ou uma entidade, com competência para regular e fiscalizar a prestação do serviço. Até pode-se considerar o processo licitatório, sempre fiscalizado pelos Tribunais de Contas, por si só, um instrumento de regulação. No entanto, as agências reguladoras, com sua característica autonomia em relação ao Poder Executivo, estão menos sujeitas à influência política, desencadeando um espaço propício para as avaliações técnicas e, ao mesmo tempo, para a atuação, e pressão, de todos os atores envolvidos nesse processo — o Estado, o mercado e a sociedade.

viço de saneamento básico está alijado da realização de tarefas estranhas à sua atividade-fim. Nessa medida, o planejamento das metas de expansão da rede de tratamento do esgoto coletado, bem como a fixação de tarifas ou a fiscalização dos serviços prestados, deixam de ser atribuições das CESBs e passam às mãos do titular do serviço, sob pena de decretação da nulidade dos contratos [...]". CAMPOS, Rodrigo Pinto de. *Regulação e Federalismo no Serviço Público de Saneamento Básico*. In: MOTA, Carolina. (coord.). **Saneamento Básico no Brasil** — aspectos jurídicos da Lei Federal n. 11.445/2007. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 96-98.

2. Quadro Regulatório antes da Lei Federal n. 14.026/2020

Anteriormente à Lei Federal n. 14.026/2020, o quadro regulatório dos serviços públicos de saneamento básico pode ser dividido em dois momentos: (i) o período anterior ao Marco Nacional do Saneamento Básico (inaugurado com a promulgação da Lei Federal n. 11.445/2007); e (ii) a partir da promulgação da Lei Federal n. 11.445/2007. Cuida-se da transição entre a autorregulação dos órgãos da administração pública direta e das pessoas jurídicas da administração indireta do Planasa para a regulação discricionária e por agência reguladora dotada de autonomia administrativa e técnica da Lei Federal n. 11.445/2007.

Esses dois momentos retratam modelos regulatórios diversos e ambos legaram aprendizados para a formação do quadro regulatório desenhado pelo *Novo Marco Legal do Saneamento*, que será visto em tópico específico. Em seguida, descreve-se os referidos modelos regulatórios.

2.1 Modelo Planasa e a “Autorregulação”

O Plano Nacional de Saneamento foi desenhado no final dos anos 1960 pela União Federal, por meio da instituição do Sistema Financeiro de Saneamento (SFS) em 1968 e do Decreto-Lei n. 949/1969, caracterizando-se como a primeira política nacional de saneamento do Brasil, cujo enfoque era o de ampliar a cobertura da infraestrutura. O modelo arquitetado teve como características principais: (i) a centralização, por meio da acumulação de operações em um único prestador regional; (ii) o financiamento público (da União Federal); (iii) a oferta de “subsídios cruzados” entre municipalidades, como forma de sustentação econômico-financeira das operações; e (iv) a autorregulação.

A ideia era de centralizar a prestação dos serviços de saneamento de um conjunto de municipalidades em companhias cujo controle acionário era do respectivo Estado-membro. Assim, a União Federal era a principal responsável pelo financiamento da infraestrutura e pela instituição de diretrizes nacionais; ao passo que o Estado-membro detinha, na prática, as funções de planejamento da prestação dos serviços, controle sobre os investimentos e a regulação da operação em concreto. Criou-se, dessa forma, a



gestão associada (entre entes da federação) para a prestação dos serviços públicos de saneamento básico.

Com base nesse desenho, 27 (vinte e sete) companhias estaduais foram instituídas para a assunção da outorga dos serviços públicos de saneamento básico, com ênfase para o fornecimento de água e coleta de esgoto. Dessa categorização decorria um regime jurídico híbrido, hoje regulado pela Lei Federal n. 11.107/2005 e pela Lei Federal n. 13.303/2016. As entidades deveriam trabalhar pela expansão das redes de acesso à água potável e ao esgotamento sanitário, além da disponibilização do serviço aos usuários mediante a cobrança de tarifas que geralmente correspondiam ao custo real do serviço.

Havia essa convicção de que em muitas cidades o empreendimento não seria sustentado apenas com tarifas pagas pelos usuários locais, tornando imprescindível a alocação de recursos públicos ou a busca de equilíbrio mediante compensações cruzadas entre os municípios operados — o chamado “subsídio cruzado”. Por conseguinte, não era um modelo que contava com uma política tarifária derivada de uma disputa entre interessados na prestação do serviço (a competitividade).

Naquele momento histórico, colocou-se um conflito em relação à titularidade do serviço, pois o Planasa compreendia uma aproximação da União Federal com os Estados-membros, a despeito de depender da concordância dos municípios em delegar às companhias estaduais a operação do sistema. Diga-se de passagem, uma concordância incentivada (o uso dos *spending powers*), pois condicionava o acesso aos recursos federais do Banco Nacional da Habitação (BNH) à aderência à sistemática proposta.

Nessa estrutura de financiamento e prestação dos serviços públicos, e em contextos de discussão sobre a titularidade desses, a preocupação de momento era a de construir infraestrutura. Por isso, não houve a preocupação com o desenvolvimento de estruturas regulatórias eficazes; muito pelo contrário: as companhias estaduais se autorregulavam. Mais do que isso, as prestadoras dos serviços, na realidade, eram planejadoras (redigiam planos de expansão do sistema), operadoras e autorreguladoras dos seus serviços. Em outras palavras, quem definia as metas operacionais em termos quantitativos e qualitativos e o cronograma de obras e regulava o cumprimento desses era a própria prestadora dos serviços.

O modelo de autorregulação em um serviço público de monopólio natural trouxe ineficiências, sobretudo: (i) o relativo esvaziamento da competência dos Municípios no planejamento e na regulação dos serviços públicos; (ii) risco de sistemas tarifários sobrevalorizados ou subvalorizados; (iii) ausência de monitoramento e fiscalização das atividades; (iv) menos estímulos ao cumprimento da política pública de saneamento básico; e (v) inexistência de padrões quantitativos e qualitativos para a aferição da qualidade dos serviços prestados.

No sistema autorregulado, o desenho tarifário não era voltado para eficiência. Privilegiou-se os investimentos na cobertura de água, negligenciando-se o serviço de esgoto. Fez-se muito mais nas áreas urbanas, ficando para trás a zona rural. Com o tempo, a diminuição do aporte de recursos públicos federais e a desestruturação do formato original do modelo, após a extinção do BNH, e, em seguida, do próprio Planasa, as companhias estaduais passaram a acumular as funções de financiamento, planejamento, regulação e fiscalização do serviço, produzindo distorções e disfuncionalidades.

Os municípios, por sua vez, continuaram excluídos da gestão do sistema, na medida em que não lhes era permitido desempenhar as competências típicas de um poder concedente, ficando boa parte das responsabilidades pelo desenvolvimento das políticas do setor sob o controle das companhias estaduais. Essas não apenas operavam o sistema, mas acabavam, na prática, monopolizando a regulação e a fiscalização, o que, obviamente, não produziu bons resultados.

Com a desidratação do Planasa, ainda nos anos 1980 e no início dos anos 90, observou-se uma retração no fluxo de investimento para o setor, visto que os estados não tinham capacidade para sustentar o modelo concebido pelo governo federal.

A Lei dos Consórcios Públicos (Lei Federal n. 11.107/2005), que também instituiu a figura do “Contrato de Programa”, realizou um diagnóstico desses problemas e buscou vedar a inclusão de cláusulas no contrato de programa que atribuíssem à prestadora dos serviços funções de planejamento, regulação e fiscalização. Veja-se:

Art. 13. [...] § 3º É nula a cláusula de contrato de programa que atribuir ao contratado o exercício dos poderes de



planejamento, regulação e fiscalização dos serviços por ele próprio prestados.

Diante desse quadro de disputas de titularidade, de concentração de atividades nas companhias estaduais, de regimes tarifários incondizentes aos desafios de universalização da cobertura de esgotamento sanitário, mostrou-se imperativo o desenho de um marco legal para o saneamento básico brasileiro que dialogasse, também, com os problemas regulatórios identificados nas operações.

2.2 Marco Nacional do Saneamento Básico e a Regulação Local

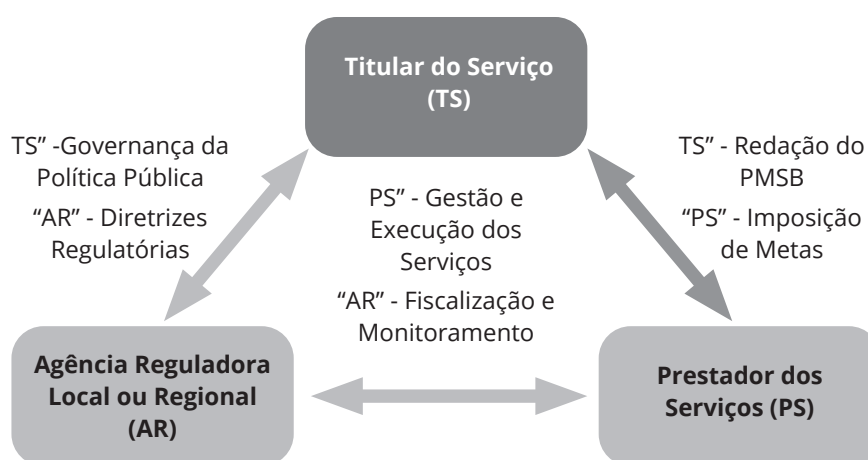
O modelo que sucedeu a autorregulação das companhias estaduais de saneamento foi inaugurado pelo Marco Nacional do Saneamento Básico, a Lei Federal n. 11.445/2007. Diferentemente da experiência do Planasa, o Marco Nacional do Saneamento expressa a lógica da clara separação de atividades entre (i) poder concedente; (ii) agência reguladora; e (iii) prestador dos serviços. As mudanças propostas reforçaram o discurso de que era preciso enfrentar o déficit de infraestrutura no setor a partir de um ordenamento jurídico mais amistoso aos investimentos privados, que se preocupasse, também, em estabelecer um sistema formal de regulação, por meio da exigência de indicação de agência reguladoras locais (municipais) ou regionais (estaduais) responsáveis pela fiscalização e monitoramento dos ajustes, inclusive para os formalizados por meio de contratos de programa.

Em síntese, o poder concedente seria o responsável pelo planejamento e pela governança dos serviços públicos de saneamento básico, especialmente na execução dos estudos para a redação dos planos municipais de saneamento básico (art. 11, inciso I c/c art. 19 da Lei Federal n. 11.445/2007), além de outras tarefas determinadas pelo art. 9º da Lei Federal n. 11.445/2007. O detalhe da lei, em sua redação original, era de que o titular do serviço que o prestava diretamente (por órgão, empresa pública, empresa de capital misto, autarquia ou fundação) não tinha a obrigação legal de indicar uma agência reguladora, apenas no caso de prestação indireta (contrato de concessão, contrato administrativo típico) ou gestão associada com outro ente da federação (o modelo das companhias estaduais).

A função da regulação, portanto, deveria ser exercida por agência reguladora, enquanto condição de validade do contrato de prestação dos serviços (art. 11, inciso III da Lei Federal n. 11.445/2007), atendendo-se aos princípios da independência decisória, da autonomia administrativa, orçamentária e financeira e da transparência, tecnicidade, celeridade e objetividade das decisões (art. 21 da redação original da Lei Federal n. 11.445/2007). A agência reguladora, por sua vez, teria a função de monitoramento, fiscalização e regulação técnica da prestação dos serviços (art. 22 da redação original da Lei Federal n. 11.445/2007), mediante o estabelecimento de padrões e normas (atos normativos) para a execução das atividades, a verificação do cumprimento das cláusulas contratuais, a condução de eventual processo administrativo sancionador e a definição das tarifas e do equilíbrio econômico-financeiro, seja pelo procedimento do reajuste tarifário, da revisão ordinária e da revisão extraordinária.

O prestador dos serviços, finalmente, realizaria a gestão e a execução dos serviços, de acordo com as cláusulas econômicas e de serviço listadas no contrato (contrato de programa ou contrato de concessão), cumprindo o Opex e o Capex e angariando recursos com investidores e instituições financeiras (dívida e *equity*).

Diante disso, pode-se ilustrar o modelo jurídico-institucional proposto da seguinte forma:



Elaboração Própria.

A prática do modelo do Marco Nacional do Saneamento, entretanto, levou a dois problemas principais: (i) a pulverização regulatória em termos de quantidade e de conteúdo, de modo que muitas agências foram criadas sem a adoção de parâmetros técnico-regulatórios padronizados, como se observa em outros setores, tais como o da energia; (ii) ambiente regulatório propício à captura das agências, especialmente pelo titular do serviço, o que permite a ocorrência de atos regulatórios oportunistas, em prejuízo à estabilidade da equação econômico-financeira dos contratos e, por conseguinte, da adequada execução da política pública. O estímulo à regulação local, assim, não resolveu todos os impasses regulatórios do setor, tais como o desafio de criar incentivos à adoção de padrões regulatórios nacionais e combater o risco político de captura das agências subnacionais.

Mesmo com a formalização das competências dos municípios e das agências reguladoras, a intenção do governo federal era permanecer com o controle do processo — e, de fato, dentro das limitações conhecidas, realizou investimentos no setor — da concepção à operação do sistema, na última década. Todavia, não foram suficientes e, desde o término do INTERÁGUAS, em 2015, observou-se novamente uma estagnação.

3. Quadro Regulatório a partir da Lei Federal n. 14.026/2020

A Lei Federal n. 14.026/2020 trouxe novas diretrizes para a prestação de serviços no setor, não apenas para os serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário. Dentre as inovações, destaca-se a necessidade de atendimento de metas de universalização dos serviços na porcentagem de 90% da população atendida em coleta de esgoto e de 99% de cobertura de rede de abastecimento de água tratada até 31 de dezembro de 2033, consoante o art. 11-B da Lei n. 11.445/2007⁵⁹.

As metas de expansão de serviços decorrem da constatação de que a infraestrutura disponibilizada para prestação de serviços

59 "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.”.

de coleta de esgoto e de abastecimento de água tratada até o momento era insatisfatória — e de maneira mais aguda, no primeiro caso. No Projeto de Lei n. 4.612/2019 (que deu origem ao *Novo Marco Regulatório*), essa foi considerada motivação central para a reforma legal do setor. A própria motivação da lei destaca que o objetivo do marco legal é de propiciar um ambiente mais adequado para os investimentos privados, tendo em vista a incapacidade do Estado de realizar os aportes públicos necessários à expansão da cobertura e ao aumento da qualidade na prestação dos serviços⁶⁰.

Parte essencial da reformulação do Marco Nacional do Saneamento Básico é justamente a construção de uma agência nacional de saneamento, a ANA, que passaria a atuar como produtora de normas técnico-regulatórias de referência para as agências subnacionais, buscando-se, assim, atingir a almejada padronização regulatória do setor.

3.1 Padronização Técnico-Regulatória pela ANA

A Lei n. 14.026/2020 atribuiu à ANA a competência para a padronização do universo regulatório no setor, que atualmente convive com a pulverização de agências reguladoras e de práticas regulatórias. Tal intenção do *Novo Marco* do setor é evidenciado pelo art. 23, *caput* da Lei n. 11.445/2007⁶¹, em que se estipula o compromisso da agência reguladora local ou regional responsável pela fiscalização e monitoramento de um contrato de prestação de serviços públicos de saneamento básico de observar as diretrizes da ANA.

É central que a regulação do setor de água e serviço de esgotamento sanitário não se dê apenas no plano do controle da formalidade e legalidade dos contratos de concessão ou de programa e na garantia da concorrência entre os atores. Não se pode negligenciar o caráter público desses serviços, o que exige tratamento diferenciado num território como o brasileiro, onde as extremas desigualdades econômicas e sociais desenham e segregam o espaço urbano e, conseqüentemente, o acesso a bens públicos essenciais. O propósito da universalização dos serviços de água potável

60 BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n. 4.612, de 08 de julho de 2019.** Brasília. Disponível em: <https://www.camara.leg.br>. Acesso em: 05 mar. 2023.

61 “Art. 23. A entidade reguladora, observadas as diretrizes determinadas pela ANA, editará normas relativas às dimensões técnica, econômica e social de prestação dos serviços públicos de saneamento básico, que abrangerão, pelo menos, os seguintes aspectos:”



e esgotamento mediante custo acessível requer um aprofundado planejamento de uma política de subsídios. Ademais, pode não ser tão diferentes, quando avaliamos a realidade do serviço de limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos, ou da drenagem urbana e manejo de águas pluviais.

Além disso, a política de saneamento deve dialogar com a gestão de recursos hídricos, também distribuídos de maneira injusta pelo território nacional. Historicamente, o enfoque de instrumentos como o Código de Águas (1968) ocorreu sobre o aproveitamento hidrelétrico da água, hegemonia que só cedeu espaço com o fim do regime militar.

Nos termos da competência estabelecida no art. 21, inciso XIX, da Constituição Federal de 1988, a Lei Federal n. 9.433/1997, definindo a água como bem de domínio público, modelou uma Política Nacional de Recursos Hídricos que estabelecia como prioridades a garantia à atual e às futuras gerações da disponibilidade de água em padrão de qualidade compatível aos distintos usos, a utilização racional e integrada dos recursos de maneira sustentável, e a prevenção contra eventos críticos de origem natural ou decorrentes de uso inadequado. Junto de inúmeros instrumentos jurídicos, o Sistema Nacional de Recursos Hídricos passaria a ser composto por um Conselho Nacional de Recursos Hídricos, conselhos regionais, comitês de bacia hidrográfica e agências nacional e regionais (arts. 29-44 da Lei n. 9.433/1997), atuando de forma coordenada e articulada entre si. Conhece-se na Lei n. 9.433/1997 o denominado *uso múltiplo da água*, sendo o consumo humano e a dessedentação de animais uma obrigatória prioridade, chegando, obviamente, também na geração de energia elétrica.

A Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico foi criada pela Lei Federal n. 9.984/2000, autarquia sob regime especial, com autonomia administrativa e financeira, vinculada ao Ministério do Desenvolvimento Regional, responsável pela implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos (PNRH). Suas atribuições englobam fiscalizar e controlar o devido cumprimento da legislação federal sobre recursos hídricos (art. 4º, I), disciplinar normativamente a implementação, a operacionalização, o controle e a avaliação da PNRH (art. 4º, II), outorgar o direito de uso dos recursos sob domínio da União (art. 4º, IV), promover coordenação das

atividades públicas e privadas (art. 4º, XIII), prestar apoio aos estados na criação de órgãos gestores (art. 4º, XVI), entre muitas outras.

Ademais, a agência publica anualmente diversos e detalhados estudos sobre a situação atual das bacias hidrográficas por região, monitoramento da qualidade de suas águas, dos números de uso e gestão, outorgas e infrações, arrecadação em cobranças, dados sobre cheias, secas, enxurradas, alagamentos e inundações, medidas restritivas para segurança hídrica e prevenção de desastres, afora outros importantes tópicos.⁶²

Tendo em vista que o serviço de saneamento tanto serve-se da captação de águas de domínio público quanto emite efluentes, os órgãos que compõem a gestão nacional de recursos hídricos, é claro, devem participar ativamente na regulação do setor. O saneamento básico ocupa um papel central na preservação de recursos, por sua adequada e sustentável captação e, principalmente, pela distribuição de água potável com qualidade assegurada e pelo tratamento dos esgotos coletados, uma das nossas maiores deficiências contemporâneas.

Logo, tornou-se um movimento natural a ampliação do campo de atuação da ANA. Outro ponto que favorece o desempenho, pela ANA, da regulação do setor de saneamento em escala nacional é sua autonomia financeira em relação à União Federal:

*A ANA tem fontes de recursos que não dependem diretamente do orçamento da União, como as compensações financeiras pela utilização dos recursos hídricos, estabelecidas conforme as Leis nos 7.990/1989, 9.648/1998 e 9.984/2000. Por meio do Decreto nº 7.402/2010, essas compensações financeiras passaram a constituir-se como cobrança pelo uso dos recursos hídricos (previstos na Lei no 9.433/1997), e, desde 2011, esses recursos não podem mais ser contingenciados (Decreto nº 7.445/2011). Isso traz certa autonomia financeira à ANA, a torna menos vulnerável em tempos de crise fiscal e, de alguma forma, permite que a agência possa assumir algumas responsabilidades a mais, sem necessariamente ter que contar com os recursos do orçamento geral da União.*⁶³

62 Disponível em: <http://conjuntura.ana.gov.br/>. Acesso em: 06 nov. 2020.

63 ARAÚJO, Flávia Camargo de; BERTUSSI, Geovana Lorena. **Saneamento Básico no Brasil: Estrutura Tarifária e Regulação**. In: **Planejamento e Políticas Públicas**, n. 51, jul./dez. 2018, p. 194.

A agência, inclusive, já tem programas destinados à alocação de recursos na área do saneamento. O principal é o Programa de Despoluição de Bacias Hidrográficas (PRODES), o qual repassou às companhias que investiram na implantação e operação de estações de tratamento de esgoto valores que alavancaram cerca de 1,6 bilhão de reais em investimentos.⁶⁴

Essa posição propícia da ANA à função de reguladora nacional do setor vinha sendo amadurecida no debate público. Foi acolhida no cenário institucional quando da edição das medidas provisórias n. 844 e n. 868, de 2018, e adotada e extensamente detalhada no *Novo Marco Legal do Saneamento*. Essa lei, como destacou-se outras vezes, alterou a própria lei de criação da ANA, que passou a chamar-se Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico, responsabilizando-se “pela instituição de normas de referência para a regulação dos serviços públicos de saneamento básico” (arts. 1º, 2º, 3º e 4º).

Em adição à delimitação material do âmbito de abrangência da atividade normativa da agência, a nova regra impõe orientações precisas sobre os parâmetros dessas futuras normas. Elenca, por exemplo, os princípios básicos a que devem direcionar-se, com destaque para a universalização e a modicidade da tarifa (art. 4º-A, §3º, I) e, sempre que possível, para a concomitância da prestação de abastecimento de água com o esgotamento (art. 4º-A, §3º, VIII). Determina, ainda, o estímulo à cooperação entre os entes federativos (art. 4º, §3º, III), ao mesmo tempo que se adotem métodos, técnicas e processos adequados às peculiaridades regionais (art. 4º-A, §3º, IV), um dos desafios centrais para a regulação no setor. E a uniformização das tarifas (art. 4º-A, §1º, II), além dos óbvios critérios de equilíbrio econômico-financeiro, deverá contemplar mecanismos de subsídio para populações de baixa renda e o compartilhamento de ganhos de produtividade com os usuários (art. 4º-A, §8º).

O quadro comparativo a seguir mostra que o *Novo Marco* adicionou nove incisos, precisando as competências normativas que a Medida Provisória n. 844, agora já sem vigência, havia incorporado à Lei n. 9.984/2000, que instituiu a ANA:

64 Os dados atualizados estão disponíveis em: <https://www.ana.gov.br/prodes/prodes.asp>. Acesso em 06 nov. 2020.

MP N. 844/2018	LEI N. 14.026/2020
§1º À ANA caberá estabelecer, entre outras, normas de referência nacionais sobre: I - os padrões de qualidade e eficiência na prestação, na manutenção e na operação dos sistemas de saneamento básico;	§ 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 - a regulação tarifária dos serviços públicos de saneamento básico, com vistas a promover a prestação dos serviços adequada, o uso racional de recursos naturais e o equilíbrio econômico-financeiro das atividades; III - a padronização dos instrumentos negociais de prestação de serviços públicos de saneamento básico, firmados entre o titular do serviço público e o delegatário, os quais contemplarão metas de qualidade, eficiência e ampliação da cobertura dos serviços, além de especificar a matriz de riscos e os mecanismos de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro das atividades; IV - os critérios para a contabilidade regulatória decorrente da prestação de serviços de saneamento básico; e V - a redução progressiva da perda de água.	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; VII - metodologia de cálculo de indenizações devidas em razão dos investimentos realizados e ainda não amortizados ou depreciados;

	VIII - governança das entidades reguladoras, conforme princípios estabelecidos no art. 21 da Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007; IX – reúso dos efluentes sanitários tratados, em conformidade com as normas ambientais e de saúde pública; X – parâmetros para determinação de caducidade na prestação dos serviços públicos de saneamento básico; XI – normas e metas de substituição do sistema unitário pelo sistema separador absoluto de tratamento de efluentes; XII – sistema de avaliação do cumprimento de metas de ampliação e universalização da cobertura dos serviços públicos de saneamento básico; XIII – conteúdo mínimo para a prestação universalizada e para a sustentabilidade econômico-financeira dos serviços públicos de saneamento básico.

Há também requisitos formais para o processo de instituição das normas. Exige-se que a ANA, na avaliação das práticas regulatórias e das decisões normativas adequadas, não apenas baseie-se em estudos técnicos (art. 4º-A, §10), mas, igualmente, ouça as entidades estaduais e municipais e os cidadãos afetados pelas medidas, por meio de consultas e audiências públicas (art. 4º-A, §4º). Esse requisito atende, de modo bem mais concreto, ao princípio do *controle social*, elencado entre as diretrizes para as políticas de saneamento básico (art. 3º, IV, Lei n. 11.445/2007) e definido nos seguintes termos:

IV - controle social: conjunto de mecanismos e procedimentos que garantem à sociedade informações, representações técnicas e participações nos processos de formulação de políticas, de planejamento e de avaliação relacionados aos serviços públicos de saneamento básico; [...].

Diz respeito, portanto, ao direito de acesso à informação e à participação dos cidadãos em decisões de política pública, seja diretamente, seja pela representação de associações ou outras entidades. Esse movimento deve acompanhar todas as etapas, desde o planejamento até a execução das políticas. Uma das condições de validade dos contratos de prestação de serviços de saneamento é, justamente, a *“realização prévia de audiência e de consulta públicas sobre o edital de licitação, no caso de concessão, e sobre a minuta do contrato”* (art. 11, IV, da Lei Federal n. 11.445/2007).

A datar da aprovação desse marco, mostrou-se *“tímida a implementação de instrumentos e mecanismos concretos que permitam referido controle”*.⁶⁵ A própria lei e o seu regulamento, apesar de considerarem obrigatória a realização das sobreditas audiências e consultas e determinarem a instituição de órgãos colegiados (art. 47) como mecanismos de controle social, reforçam o caráter meramente consultivo desses. Urge que as agências reguladoras de saneamento, e, no caso específico, a ANA, promovam instrumentos de controle social nesse processo, e que possam esses intervir efetivamente no resultado de sua atuação. É, inclusive, medida de prevenção de litígios futuros.⁶⁶

A lista de temas sobre os quais a ANA tem o encargo legal de regular inclui: (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 dos serviços prestados; (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 segurança, de

65 PESSOA, João Paulo. Constituição, Saneamento Básico e Controle Social. In: DAL POZZO, Augusto Neves; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; BERTOCCELLI, Rodrigo de Pinho. (coords.). **Tratado sobre o marco regulatório do saneamento básico no Direito brasileiro**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2017, p. 984.

66 PELLEGRINI, Guilherme Martins. Regulação do Saneamento e Participação Pública. In: DAL POZZO, Augusto Neves; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; BERTOCCELLI, Rodrigo de Pinho. (coords.). **Tratado sobre o marco regulatório do saneamento básico no Direito brasileiro**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2017, p. 1033.

contingência e de emergência, inclusive quanto a racionamento; (xii) procedimentos de fiscalização e aplicação de sanções previstas nos instrumentos contratuais e na legislação do titular; e (xiii) diretrizes para a redução progressiva das perdas de água.

A agência, pelo texto do *Novo Marco*, será responsável, ainda, pela mediação de conflitos, “*com sujeição e concordância entre as partes*” (art. 4º-A, §5º), sejam elas agências locais ou prestadores de serviços. As resoluções consensuais de conflito, por exemplo, nas concessões, surgem como importante ferramenta para garantir a sobrevivência vínculos baseados em prazos longos (Decreto-Lei n. 4.657/1942, art. 26). Em situações de extrema escassez ou contaminação de recursos hídricos que obriguem a adoção de racionamento (art. 46), a ANA poderá, estudando a bacia em questão, recomendar a restrição ou interrupção do uso daqueles recursos, priorizando o consumo humano e a “dessedentação” animal (art. 46, parágrafo único). A observância pelos prestadores e reguladores das normas de referência da ANA condicionará a alocação de recursos públicos federais (art. 50, II).

A fragmentação regulatória, a insegurança jurídica nas relações contratuais e a baixa competitividade no mercado são pontos a serem enfrentados pela agência nacional. A padronização da regulação, a fixação de *standards* de conduta e a disseminação de boas práticas impactam o esforço contínuo de qualificação do setor, especialmente porque o *Novo Marco Legal do Saneamento* exige respostas rápidas. O fato de a ANA já controlar o tema das bacias hidrográficas foi decisivo para definir-se que era mais apropriado ampliar as suas competências, em detrimento dos que defendiam a criação de uma nova entidade, com atuação voltada apenas ao saneamento básico.

Mostrou-se complexo resolver o impasse da vontade de uma coordenação nacional para um assunto de titularidade municipal. Mas o incentivo à regionalização, com a formação de novas regiões metropolitanas, consórcios públicos, unidades regionais e blocos de referência, o que diminui o protagonismo dos municípios enquanto projetos isolados, legitimou a nacionalização (restrita) do controle dessa política pública. As normas de referência nacionais serão posteriormente detalhadas pelas agências subnacionais, o que poderá produzir uma homogeneização do setor, tornando-o mais atrativo para a entrada de outros *players*, como dito.

Resta a dúvida quanto ao nível de engajamento das reguladoras infranacionais em relação à produção normativa da ANA, pois não existe, aqui, uma lógica de regra-sanção, ou seja, será preciso um processo de sensibilização desses atores. As consultas, as audiências públicas e a Análise de Impacto Regulatório (AIR), na medida em que representem a presença do controle e da participação social, com mediação dos corpos técnicos, podem formar um consenso em torno das diretrizes nacionais formatadas para organizar o setor.

Os contratos de programa e de concessão vigentes — e formalizados — permanecerão válidos, ainda que demandem adaptação às metas estabelecidas a partir da Lei Federal 14.026/2020, sendo posteriormente impactados pela ação normativa da ANA, conforme as subnacionais assimilarem as orientações. Em regra, encerrar-se-ão com o advento do termo contratual, o que pode modificar-se caso não seja possível comprovar capacidade econômico-financeira para responder pelas metas reprogramadas em todos esses acordos.

Na prática, isso significa dizer que, no desenho da Lei Federal n. 14.026/2020, haverá a ANA, como indutora da padronização regulatória, atuando sobre as agências subnacionais, para que essas incorporem aos seus regulamentos e atos regulatórios as normas de referência descrita no art. 23 da Lei Federal n. 11.445/2007 e no art. 4º-A da Lei Federal n. 9.984/2000. Portanto, tem-se uma espécie de regulação indireta da ANA sobre as operações de saneamento básico, cuja efetividade ainda dependerá do nível de adesão das agências subnacionais (da regulação local) ao parâmetros técnico-regulatórios nacionais (regulação nacional).

3.2 Normas de Referência da ANA como “Spending Power”

Nessa busca de padronização nacional das diretrizes técnico regulatórias para o saneamento básico, as agências reguladoras subnacionais terão papel decisivo na adesão e aplicação local das normas de referência, melhorando o nível de segurança jurídica na operação para todos os envolvidos: titular, prestador, usuário dos serviços e órgãos de controle. Apesar da Lei n. 11.445/2007 ter caráter nacional, de modo que a sua incidência seja em todo o território (não apenas sobre a Administração Direta e Indireta da



União Federal), não existe a obrigação de internalizar as normas de referência⁶⁷.

Isso porque a titularidade do serviço e, por conseguinte, a competência para a indicação da agência reguladora local (do contrato específico) ainda é dos municípios. Na verdade, o que o Novo Marco estipula é a existência de vantagens econômico-financeiras aos contratos que estiverem de acordo com as normas de referência. A estratégia é vincular o atendimento das normas de referência ao acesso maior ou menor de recursos públicos federais, consoante ao art. 4º-B da Lei n. 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 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. (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020).⁶⁸

Como se depreende do dispositivo acima transcrito, caberá à ANA formar uma relação de entidades reguladoras que atendam às diretrizes estipuladas pelas normas de referência e, por consequência, os contratos por essas monitorados. A partir dessa relação, verificar-se-á as agências reguladoras e os contratos de prestação de serviços que poderão concorrer por outras linhas de recursos federais. Cuida-se de mecanismo de atribuição de maior *spending power* aos contratos de prestação de serviços que estiverem em conformidade com as orientações nacionais, o que constitui incentivo correto para escalar o engajamento do setor no que corresponde às normas de referência. Os recursos de que trata o

67 A propósito, o art. 4º da Norma de Referência ANA n. 02/2021 deixa claro o caráter facultativo da adoção da diretriz regulatório ao dispor que: "art. 4º As normas de referência a serem editadas pela ANA são de adoção facultativa e a incidência de direitos e obrigações nos Contratos de Programa por decorrência de sua edição ocorrerá de forma progressiva à medida que sejam publicadas e posteriormente adotadas pelas respectivas entidades reguladoras". BRASIL. Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico – ANA. **Resolução ANA n. 106, de 4 de novembro de 2021.**

68 BRASIL. **Lei Federal n. 9.984, de 17 de julho de 2000.** Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9984compilado.htm. Acesso em: 05 maio 2023.

art. 4º-B da Lei n. 9.984/2000 incluem os previstos no art. 50 da 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: I - ao alcance de índices mínimos de: a) desempenho do prestador na gestão técnica, econômica e financeira dos serviços; e b) eficiência e eficácia na prestação dos serviços públicos de saneamento básico; II - à operação adequada e à manutenção dos empreendimentos anteriormente financiados com os recursos mencionados no caput deste artigo; III - à observância das normas de referência para a regulação da prestação dos serviços públicos de saneamento básico expedidas pela ANA; IV - ao cumprimento de índice de perda de água na distribuição, conforme definido em ato do Ministro de Estado do Desenvolvimento Regional;⁶⁹

O repasse de recursos federais restou condicionado ao cumprimento de diretrizes valorizadas pelo *Novo Marco* em sua versão mais recente. Inclusive, esse foi o entendimento do Supremo Tribunal Federal em sede das ADIs n. 6.492, 6.536, 6.583 e 6.882, quando questionaram a constitucionalidade dessas modificações na legislação setorial. O centro da discussão em relação à competência da ANA para a padronização das regras técnico-regulatórias foi a definição da obrigatoriedade ou não obrigatoriedade de internalização das normas de referência pelas agências subnacionais (regulação local), bem como a eventual violação à autonomia dos entes federativos caracterizada pelo mecanismo de *spending power*.

A constitucionalidade da ampliação da competência da ANA para estabelecer normas de referência foi questionada na ADI 6536. Argumentou a parte autora que tal competência feria a autonomia dos municípios ao exercer atividade normativa à revelia dos titulares do serviço. A Advocacia-Geral da União, em manifestação a respeito da referida ADI, defendeu a constitucionalidade da lei apresentando as seguintes razões:

69 BRASIL. **Lei Federal n. 11.445, de 5 de janeiro de 2007**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/l11445.htm. Acesso em: 05 maio 2023.

I. A Constituição, no seu art. 21, inciso XX, efetivamente confere competência à União para “instituir diretrizes para o [...] saneamento básico.”

II. O Supremo Tribunal Federal já conhece a competência técnico-administrativa de agência estadual de saneamento básico, que assim como a União, não é a titular do serviço.

III. As normas de referência não vinculam os municípios, mas antes são incentivos à padronização regulatória.⁷⁰

Tomados esses três pontos em conjunto, têm-se que, enquanto normas de regulação indireta, que funcionam apenas como incentivos, essa competência da ANA pode ser vista como uma decorrência da missão de esclarecer as diretrizes do setor, justamente a atividade que é competência da União e decorre do sistema constitucional e legal vigente. Aliado a isso, o STF já acolhe a ideia de competência técnica, que se compatibiliza com a ideia de regulação indireta, sem inviabilizar a autonomia dos demais entes da federação.

Quem define o modelo de prestação do serviço de saneamento, se público ou privado, sendo responsável pela fiscalização da prestação, continua sendo o titular do serviço, isto é, os municípios.⁷¹ O propósito de ampliar as competências da ANA está em linha de coerência com aspectos centrais do *Novo Marco*, a saber, a busca urgente e legítima de atrair investimentos privados para o setor, o que demanda segurança jurídica. O diagnóstico da AGU, naquele contexto, foi o seguinte:

Atualmente, o setor de saneamento no Brasil é extremamente fragmentário, o que dificulta a transparência e a compreensão das normas que o envolvem, pois há mais de 49 (quarenta e nove) agências reguladoras, nem todas as quais contam com alta capacidade regulatória e independência técnica. Deve-se também a essa pulverização a dificuldade de desenvolvimento do setor.⁷²

70 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2095/RS**. Relatora CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 11/10/2019, DJE 26-11-2019.

71 Ver art. 8º, §5º, da Lei n. 11.445/2007 (redação dada pela Nova Lei).

72 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.536/DF**. Manifestação AGU (e-STF, doc. 59), p. 34.

Segue-se, linhas abaixo, a motivação do *Novo Marco do Saneamento* diante do problema aludido:

*Com o estímulo à competitividade no setor de saneamento, revelou-se necessário o estabelecimento de um padrão mínimo de prestação dos serviços e de conteúdo dos contratos firmados com o Poder Público, a fim de conferir segurança jurídica aos investidores privados e parâmetros de qualidade do atendimento aos usuários.*⁷³

A defesa da constitucionalidade da nova lei consiste em reafirmar o caráter não vinculante das normas de referência a serem emitidas pela ANA. O propósito dessa competência é de fornecer um quadro normativo geral para o Brasil, fortalecendo a segurança jurídica e, conseqüentemente, tornando o setor de saneamento básico mais atrativo para o investimento de atores privados.

No ponto reforçou-se o caráter facultativo da adoção das normas de referência pela regulação local, como se extrai do trecho do voto do Ministro Gilmar Ferreira Mendes, em julgamento conjunto das ADIs:

*A rigor, o design regulatório placitado no Novo Marco do Saneamento não viola a autonomia dos entes federativos subnacionais, na medida em que a Lei n. 14.026/2020 não atribui à ANA a competência de impor diretamente aos prestadores dos serviços públicos de saneamento básico as suas normas de referência. [...] Bem compreendido o modelo adotado no novo Marco do Saneamento, verifica-se que os destinatários das normas de referência de que trata o art. 4º-A da Lei n. 14.026/2020 são as próprias entidades reguladoras subnacionais, estas sim, capazes de adotar normas de observância compulsória por parte dos prestadores dos serviços. A observância das normas de referências por essas entidades reguladoras, por sua vez, não é compulsória, mas sim facultativa, motivo pelo qual não há que se falar em qualquer violação à autonomia federativa dos municípios.*⁷⁴

Em última instância, a ANA encarregar-se-á da coordenação do setor, no limite das competências constitucionais previstas para a União nessa modalidade de serviço público. Assim, tem a

73 Ibidem, p. 35.

74 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.492/DF**. Inteiro Teor do Acórdão (e-STF, doc. 41), p. 291-293.

oportunidade de fortalecer a regulação infranacional sem interferir na autonomia dos entes federados, uma vez que, de qualquer maneira, o mercado é infranacional. Necessariamente, a ANA irá conferir maior segurança jurídica para o setor, mas isso não restringirá, em tese, a existência de múltiplas agências. Por essa razão, a perspectiva de uma regulação com maior qualidade como ponto de partida tende a funcionar.

Por isso, destaca-se a importância de escolha, pelo titular dos serviços, de uma entidade reguladora que esteja aderente às normas de referência da agência nacional, para garantir que o baixo grau de eficiência regulatória não seja impeditivo de percepção de subsídios federais. Nesse aspecto, o art. 23, §1º-B da Lei Federal n. 11.445/2007⁷⁵ dispõe que a agência infranacional que não atender aos parâmetros técnico-regulatórios da Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico poderá ser substituída por outra que os atenda.

4. Quadro Regulatório após o Decreto Federal n. 11.599/2023

Desde a atribuição da competência da padronização técnico-regulatória à ANA pelo *Novo Marco*, a agência nacional tem publicado e republicado agendas regulatórias⁷⁶, mas os seus cronogramas adquiriram tração em 2023/2024. No início, as normas regulatórias se concentraram nas formas de cobrança em serviços públicos de limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos (Resolução ANA n. 01/2021), padronização do conteúdo dos termos aditivos para a incorporação das metas de universalização (Resolução ANA n. 106/2021) e o procedimento para aferição do cumprimento das normas de referência (Resolução ANA n. 134/2022).

Nesse meio tempo, houve alteração no comando do Poder Executivo Federal e, até o momento, os indicativos existentes, especialmente após a superveniência do Decreto Federal n.

75 “Art. 23 [...] § 1º-B. Selecionada a agência reguladora mediante contrato de prestação de serviços, ela não poderá ser alterada até o encerramento contratual, salvo se deixar de adotar as normas de referência da ANA ou se estabelecido de acordo com o prestador de serviços. (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020)”.

76 Como se verifica nas Resoluções ANA n. 105/2021 e 138/2022, disponibilizadas em: <https://www.gov.br/ana/pt-br/assuntos/governanca-regulatoria/agenda-regulatoria>. Acesso em: 05 maio 2023.

11.599/2023, são de que a Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico precisará lutar para proteger o seu espaço.

4.1 Diretrizes do Decreto Federal n. 11.599/2023 para a ANA

O Poder Executivo Federal, em 05 de abril de 2023, publicou o Decreto Federal n. 11.599/2023, que revogou o Decreto Federal 11.467/2023 e regulamentou o art. 13 da Lei Federal n. 14.026/2020, com o objetivo de dispor regramento para o apoio da União Federal, inclusive por meio de financiamento às operações. Especificamente para a ANA, a direção adotada pelo decreto federal indica que o Poder Executivo pretende, em certa medida, submeter as normas de referência a diretrizes emitidas pelo Ministério das Cidades (art. 13, §1º, inciso I do Decreto Federal n. 11.599/2023⁷⁷). Pode-se dizer também que o ato do Poder Executivo Federal estabeleceu limites de conteúdo para as normas de referência e uma flexibilização no procedimento de incorporação dos atos regulatórios pelas agências subnacionais, a regulação local.

Em relação ao conteúdo da regulação nacional, o decreto federal buscou firmar limites objetivos às normas de referência, ao realçar itens que devem ser considerados na formulação dos textos da regulação, dentre os quais: (i) considerar as diferenças socioeconômicas regionais; e (ii) condicionar a padronização regulatória ao mínimo necessário para o atingimento desse fim (art. 13, § 1º, incisos I e II do Decreto Federal n. 11.599/2023⁷⁸). Sobre o procedimento de incorporação das normas de referência, por sua vez, o art. 13, § 1º, inciso IV do Decreto Federal n. 11.599/2023⁷⁹ refere

77 "Art. 13. As normas de referência a serem editadas pela ANA, nos termos do disposto no art. 4º-A da Lei nº 9.984, de 2000, conterão parâmetros técnicos e procedimentos para a regulação dos serviços de saneamento pelos titulares e pelas respectivas entidades reguladoras e fiscalizadoras infranacionais, no exercício de suas funções regulatórias, com vistas a ser garantida uniformidade regulatória ao setor de saneamento básico e segurança jurídica à prestação e à regulação dos serviços, observados os objetivos da regulação estabelecidos no art. 22 da Lei nº 11.445, de 2007. § 1º Ao editar as normas de referência, a ANA deverá: I - observar as diretrizes da política federal de saneamento básico, inclusive aquelas estabelecidas pelo Ministério das Cidades;..

78 "Art. 13 [...] II - considerar as diferenças socioeconômicas regionais; III - limitar-se ao mínimo necessário para atingimento da finalidade de padronização;..

79 "Art. 13 [...] IV - definir prazo razoável para que as entidades reguladoras infranacionais incorporem as normas de referência em seu arcabouço regulatório, o qual não poderá ser inferior a doze meses a partir da publicação das respectivas



que a ANA deve definir um prazo “razoável”⁸⁰ para que a regulação local adote a regulação nacional, que não pode ser inferior a 12 meses da data da redação da norma de referência.

Além disso, o art. 13, § 3º do Decreto Federal n. 11.599/2023⁸¹ estabelece que o ato normativo do § 1º do art. 4º-B do Decreto Federal n. 9.984/2000⁸² (regulamentado pela Resolução ANA n. 134/2022) poderá prever “requisitos graduais para a comprovação da adoção das normas de referência”. Por fim, o art. 14 do Decreto Federal n. 11.599/2023⁸³ esclarece que o ato do Poder Executivo Federal se aplica para as normas de referência já publicadas.

Diante disso, estrutura-se um quadro de possíveis futuros conflitos regulatórios e um respaldo jurídico para situações de não incorporação total das normas de referência, em decorrência: (i) da imposição de limites ao conteúdo dos atos de padronização

normas de referência.”

80 A Resolução ANA n. 134/2022, que estabelece o procedimento de verificação da adoção das normas de referência pelas agências subnacionais, prevê que os requisitos e critérios de aferição serão previstos na norma de referência em específico: “Art. 3º Os requisitos e os critérios de aferição da adoção das NRs serão especificados em cada uma delas, de modo a preservar as expectativas e os direitos decorrente das normas a serem substituídas e a propiciar a adaptação das entidades reguladoras infranacionais, disciplinando: I - os prazos para a sua adoção, considerando: a) o período de preparação das ERIs; b) o grau de complexidade da norma; e c) os prazos legais e infralegais para a implementação dos respectivos dispositivos. II – os critérios para aferição da observância, considerando parâmetros e métricas que possibilitem: a) objetividade e clareza; b) mecanismos de ponderação e aferição por faixas (percentuais ou intervalos), quando cabíveis, estabelecendo os níveis de atendimento considerados satisfatórios; c) gradualidade temporal do nível de observância, adequada à evolução da preparação das ERIs; e d) identificação dos requisitos da NR, conforme o §1º do art. 1º desta Resolução. Parágrafo único. A NR poderá contemplar prazos diferentes compatíveis com as necessidades de atendimento de cada requisito”. BRASIL. Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico – ANA. Resolução ANA n. 134, de 18 de novembro de 2022.

81 “Art. 13 [...] § 3º O ato normativo a que se refere o § 1º do art. 4º-B da Lei nº 9.984, de 2000, poderá prever requisitos graduais para a comprovação da adoção das normas de referência.”

82 “Art. 4º-B [...] §1º A ANA disciplinará, por meio de ato normativo, os requisitos e os procedimentos a serem observados pelas entidades encarregadas da regulação e da fiscalização dos serviços públicos de saneamento básico, para a comprovação da adoção das normas regulatórias de referência, que poderá ser gradual, de modo a preservar as expectativas e os direitos decorrentes das normas a serem substituídas e a propiciar a adequada preparação das entidades reguladoras. (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020)”.

83 “Art. 14. As normas de referências já publicadas e as que se encontram em elaboração deverão ser adequadas aos termos do disposto neste Decreto.”

técnico-regulatória da ANA; (ii) da submissão desses às diretrizes do Ministério das Cidades; e (iii) do estabelecimento de um prazo longo — de, no mínimo, um ano — para a incorporação desses pelas agências reguladoras subnacionais.

Para explicar o raciocínio, as regras do Decreto Federal n. 11.599/2023 permitem que o Poder Executivo Federal se oponha ao texto com o qual eventualmente discorde por meio da confecção de diretrizes pelo Ministério das Cidades ou da invocação do regramento limitador de conteúdo. Além disso, o decreto federal não se preocupou em criar mais estímulos à adesão das agências infranacionais às normas de referência; pelo contrário, compreendeu que deveria impor um prazo mínimo de adequação dessas, período no qual não seriam penalizadas ou cobradas pelo eventual descumprimento dos aros de padronização técnico-regulatória.

De modo algum se questiona a intenção do Poder Executivo Federal de concretizar a finalidade última do *Novo Marco*, qual seja, a de universalizar a prestação dos serviços públicos e de qualificá-la, nos termos do art. 11-B da Lei Federal n. 11.445/2007. Evidentemente, há diferentes visões para solução de um mesmo problema.

4.2 Futuro da Regulação Nacional do Saneamento Básico

Os objetivos da regulação do setor de saneamento básico, como já dito, são principalmente dois: (i) o fortalecimento da política pública, em seu sentido de universalização da cobertura e de qualificação da infraestrutura e dos serviços públicos atrelados; e (ii) o de promover a regulação econômica de um serviço público de monopólio natural. A padronização técnico-regulatória nacional, nesse contexto, tem o papel de conformar a atuação das agências subnacionais a diretrizes mínimas, de modo a conduzir o fortalecimento da política pública e de trazer garantias de segurança jurídica aos operadores, investidores e usuários em termos de regulação econômica. O *Novo Marco* fortaleceu a regulação contratual, tornou os pactos setoriais mais complexos, apontando uma linha de chegada para o ideal da universalização: 31 de dezembro de 2033 (ainda que exista uma tendência de ampliação desse prazo no futuro). Isso está definido, a título exemplificativo, no 10-A da Lei Federal

n. 11.445/2007⁸⁴ e no art. 10-B da Lei Federal n. 11.445/2007⁸⁵, que definem, respectivamente: (i) a incorporação de cláusulas regulamentares obrigatórias, para além das previstas na Lei Federal n. 8.987/1995 e na Lei Federal n. 11.107/2005, aos contratos de prestação de serviços públicos de saneamento básico; e (ii) a comprovação da capacidade econômico-financeira e a apresentação de um plano econômico-financeiro para cumprimento das metas de universalização. Assim, a leitura conjunta dos artigos indica o aumento de normas regulamentares previstas em contrato (regulação contratual) e a vinculação da atuação das agências subnacionais (a regulação discricionária) ao plano apresentado.

Ao mesmo tempo, o setor convive com a obrigatoriedade de delegação da regulação a agências reguladoras locais/regionais (entidades reguladoras infranacionais) e com a prática de utilização de revisões ordinárias periódicas, um modelo que privilegia a ampla discricionariedade das agências reguladoras na regulação econômica da prestação dos serviços públicos. No ponto, as agências subnacionais têm o papel de, de acordo com o art. 22 da Lei

84 "Art. 10-A. Os contratos relativos à prestação dos serviços públicos de saneamento básico deverão conter, expressamente, sob pena de nulidade, as cláusulas essenciais previstas no art. 23 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, além das seguintes disposições: (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020) I - metas de expansão dos serviços, de redução de perdas na distribuição de água tratada, de qualidade na prestação dos serviços, de eficiência e de uso racional da água, da energia e de outros recursos naturais, do reúso de efluentes sanitários e do aproveitamento de águas de chuva, em conformidade com os serviços a serem prestados; (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020) II - possíveis fontes de receitas alternativas, complementares ou acessórias, bem como as provenientes de projetos associados, incluindo, entre outras, a alienação e o uso de efluentes sanitários para a produção de água de reúso, com possibilidade de as receitas serem compartilhadas entre o contratante e o contratado, caso aplicável; (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020) III - metodologia de cálculo de eventual indenização relativa aos bens reversíveis não amortizados por ocasião da extinção do contrato; e (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020) IV - repartição de riscos entre as partes, incluindo os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária. (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020)".

85 "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) (Regulamento) Parágrafo único. A metodologia para comprovação da capacidade econômico-financeira da contratada será regulamentada por decreto do Poder Executivo no prazo de 90 (noventa) dias" (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020).

Federal n. 11.445/2007: consolidar padrões e normas para a adequada prestação e a expansão da qualidade dos serviços e para a satisfação dos usuários, com observação das normas de referência editadas pela ANA; garantir o cumprimento das condições e metas estabelecidas nos contratos de prestação de serviços e nos planos municipais ou de prestação regionalizada de saneamento básico; prevenir e reprimir o abuso do poder econômico, ressalvada a competência dos órgãos integrantes do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; e definir tarifas que assegurem tanto o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos quanto a modicidade tarifária, por mecanismos que gerem eficiência e eficácia dos serviços e que permitam o compartilhamento dos ganhos de produtividade com os usuários.

Todavia, o aumento da regulação contratual resulta na diminuição da área de abrangência das agências subnacionais. Nesse aspecto, o papel da ANA é estabelecer diretrizes para compatibilizar a atuação das agências subnacionais à regulação por contrato⁸⁶. O espaço para tal competência da agência nacional é a redação de normas de referência (a padronização técnico-regulatória), quanto às ferramentas de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro: o reajuste tarifário, a revisão ordinária e a revisão extraordinária.

Dessa forma, será preciso definir o uso de técnicas de regulação discricionária, seja por meio da captura de custos incorridos ou de métodos de incentivos operacionais. Essas também devem ser adequadas ao regulamento contratual. Ressalta-se que a estabilização do tipo regulatório é essencial para a segurança jurídica dos investimentos no ciclo de universalização e qualificação da prestação

86 Na linha do que se sustentou ao longo deste trabalho, os autores também entendem que “[...] a regulação de serviços públicos é dupla: regulação por contrato e regulação por agência. As agências atuam nas lacunas e na interpretação das cláusulas contratuais. O contrato é, assim, o elemento essencial da regulação. É nele que as principais regras do jogo devem ser definidas com clareza, trazendo segurança jurídica e previsibilidade para todas as partes envolvidas. O poder das agências reguladoras não é, contudo, diminuto, já que os contratos de concessão são exemplos por excelência de contratos incompletos e em razão de eles próprios usualmente conterem uma série de remissões à legislação da agência reguladora”. ARAGÃO, Alexandre Santos de; D’OLIVEIRA, Rafael Daudt. Considerações Iniciais sobre a Lei n. 14.026/2020: Novo Marco Regulatório do Saneamento Básico. In: GUIMARÃES, Fernando Vernalha (Coord.). **O Novo Direito do Saneamento Básico**: estudos sobre o novo marco legal do saneamento básico no Brasil (de acordo com a Lei nº 14.026/2020 e respectiva regulamentação). Belo Horizonte: Fórum, 2022, p. 35.

dos serviços públicos de saneamento básico. Não é possível fortalecer a política pública setorial prescindindo-se da estruturação de uma regulação estável e que, portanto, promova segurança jurídica aos diversos atores envolvidos na operação.

4.3 Agenda Regulatória ANA 2022-2024

A ANA expediu, em 14 de dezembro de 2022, a Resolução ANA n. 138/2022⁸⁷, aprovando a Agenda Regulatória da agência para o período de 2022-2024. Observa-se que a agenda é dividida em vários eixos temáticos. Cabe, neste momento, a análise do eixo temático de n. 9, relacionado ao saneamento básico. A agenda estabelece, conjuntamente ao eixo temático, o tema específico a ser explorado dentro desse eixo, a meta a ser desenvolvida e a previsão de conclusão do ato regulatório. Colacionado abaixo estão os fragmentos da Agenda Regulatória 2022-2024 do setor de saneamento básico:

AGENDA REGULATÓRIA 2022-2024				
EIXO TEMÁTICO	TEMA	#	META	PREVISÃO
9 - SANEAMENTO BÁSICO	Governança Regulatória	9.1	Estabelecer ato normativo que disciplina os requisitos e os procedimentos a serem observados pelas entidades reguladoras infranacionais (ERIs) dos serviços públicos de saneamento básico, para a comprovação da adoção das normas de referência (NRs).	Concluído Resolução ANA nº 134, 18/11/2022
		9.2	Estabelecer norma de referência sobre governança regulatória das entidades reguladoras infranacionais.	2023
	Universalização do acesso ao saneamento básico	9.3	Estabelecer norma de referência com diretrizes para metas progressivas de universalização dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário e sistema de avaliação.	2023
	Qualidade da prestação de serviços	9.4	Estabelecer norma de referência sobre padrões e indicadores de qualidade e eficiência e avaliação da eficiência e eficácia para os serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário.	2023
		9.5	Estabelecer as condições gerais para prestação dos serviços, atendimento ao público e medição, faturamento e cobrança, dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário.	2023
		9.6	Estabelecer as condições gerais de prestação dos serviços de manejo de resíduos sólidos urbanos.	2023
		9.7	Estabelecer norma de referência sobre padrões e indicadores de qualidade e eficiência e avaliação da eficiência e eficácia para os serviços de manejo de resíduos sólidos urbanos.	2024
	Desenho e estruturação da prestação do serviço de drenagem e manejo de águas pluviais urbanas	9.8	Estabelecer norma de referência com diretrizes para definição de modelos de regulação de drenagem e manejo de águas pluviais urbanas.	2024
	Regulação tarifária	9.9	Estabelecer norma de referência com diretrizes para definição dos modelos de regulação para serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário.	2023

⁸⁷ Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico (ANA). **Portal de Participação Social**. Disponível em: https://arquivos.ana.gov.br/_viewpdf/web/?file=/resolucoes/2022/0138-2022_ato_normativo_14122022_20221215092420.pdf. Acesso em: 05 dez. 2023.

AGENDA REGULATÓRIA 2022-2024				
EIXO TEMÁTICO	TEMA	#	META	PREVISÃO
		9.10	Estabelecer norma de referência com a estrutura tarifária para os serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário.	2023
		9.11	Estabelecer norma de referência sobre reajuste tarifário para os serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário.	2023
		9.12	Estabelecer norma de referência sobre revisão tarifária de serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário.	2024
	Padronização de instrumentos negociais	9.13	Estabelecer norma de referência sobre matriz de riscos de contratos para os serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário.	2023
		9.14	Estabelecer norma de referência para a padronização dos contratos de concessão para os serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário.	2023
	Regulação contábil	9.15	Estabelecer norma de referência para a indenização de ativos para os serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário.	2023
		9.16	Estabelecer norma de referência sobre os critérios para a contabilidade regulatória privada para os serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário.	2024
	Atos normativos procedimentais	9.17	Estabelecer procedimentos para mediação e arbitragem.	2023

Agência Nacional de Águas e de Saneamento Básico. Agenda Regulatória 2022-2024⁸⁸.

Deve-se analisar quais são as preocupações atuais da ANA no que diz respeito à produção de atos normativos. Nesse sentido, com o papel de estabelecer Normas de Referência ao setor de saneamento básico, a agência, no que orienta a sua atividade normativa, apresenta temas que são muito caros à implementação da Lei Federal n. 14.026/2020. Como se pode observar da agenda regulatória, os diversos temas contemplados para o saneamento básico são: (i) governança regulatória; (ii) universalização do acesso ao saneamento básico; (iii) qualidade da prestação de serviços; (iv) desenho e estruturação da prestação do serviço de drenagem e manejo de águas pluviais urbanas; (v) regulação tarifária; (vi) padronização de instrumentos negociais; (vii) regulação contábil; e (viii) atos normativos procedimentais. O desenvolvimento desses temas amplos na elaboração de normas regulatórias mais estritas se dá por meio das metas a serem alcançadas para a adequação ao novo marco regulatório.

Vale ressaltar, também, que a ANA disponibiliza um sistema de participação social para recolher contribuições da sociedade e de especialistas na área para fomentar os estudos de consolidação dos atos normativos.⁸⁹Essa plataforma permite a inclusão da

88 AGÊNCIA NACIONAL DE ÁGUAS E SANEAMENTO BÁSICO (ANA). Agenda Regulatória 2022-2024. Disponível em: <https://www.gov.br/ana/pt-br/assuntos/governanca-regulatoria/agenda-regulatoria>. Acesso em 05 de dez. de 2023.

89 ANA. **Sistema de Participação Social nas Decisões da ANA**. Disponível em: <https://participacao-social.ana.gov.br/>. Acesso em: 05 dez. 2023.

sociedade na produção de atos normativos, buscando entender as mais diversas realidades do setor de saneamento básico. Para isso, promove um conceito tão caro ao marco legal do saneamento, o controle social por meio de *tomada de subsídios*, *consultas públicas* e as *audiências públicas*.

Nessa lógica, cabe analisar o estado em que a agenda regulatória da ANA se encontra (considerando suas diferentes versões). De maneira anterior à publicação da agenda atual, já haviam sido publicadas para o setor de saneamento básico a NR ANA n. 01/2021 (Resolução ANA n. 79/2021), que dispõe sobre o regime, a estrutura e os parâmetros da cobrança pela prestação de serviço público de manejo de resíduos sólidos urbanos, e a NR ANA n. 02/2021 (Resolução ANA n. 106/2021), que prevê a padronização dos aditivos aos Contratos de Programa e de Concessão de serviços de abastecimento de água potável e esgotamento sanitário.

Já, durante a vigência da nova agenda, a agência nacional publicou a NR ANA n. 03/2023 (Resolução ANA n. 161/2023) sobre indenização de ativos para os serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário e a Resolução ANA n. 134/2022, que dispõe sobre procedimentos a serem observados pelas agências reguladoras infranacionais para a comprovação da adoção das normas de referência. Mais recentemente, a ANA publicou mais quatro normas para o saneamento básico e uma resolução sobre o Programa de Qualidade Regulatória da Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico — Resolução ANA n. 186/2024.

A NR ANA n. 04/2024 (Resolução ANA n. 177/2024) sobre a governança regulatória das entidades reguladoras infranacionais (ERIs) e a NR ANA n. 05/2024 (Resolução ANA n. 178/2024) abrangendo a matriz de riscos de contratos para os serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário — ambas entraram em vigor em 1º de fevereiro de 2024. Além dessas, a agência publicou as seguintes normas: a NR ANA n. 06/2024 (Resolução ANA n. 183/2024), que estabelece os modelos de regulação tarifária dos serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário; e a NR ANA n. 07/2024 (Resolução ANA n. 187/2024) — responsável por dispor sobre as condições gerais e prestação direta ou mediante concessão dos serviços de limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos urbanos. O status das demais medidas normativas — ainda em processo de desenvolvimento — poderá ser

visualizado a partir da tabela abaixo (o que se modifica, por óbvio, muito rapidamente):

TEMA	META	MEDIDA NORMATIVA PUBLICADA/ÚLTIMA TRAMITAÇÃO/EXISTÊNCIA DE MINUTA
Governança regulatória	Estabelecer ato normativo que disciplina os requisitos e os procedimentos a serem observados pelas entidades reguladoras infranacionais (ERIs) dos serviços públicos de saneamento básico, para a comprovação da adoção das normas de referência (NRs).	Resolução ANA n. 134/2022 ⁹⁰
	Estabelecer norma de referência sobre governança regulatória das entidades reguladoras infranacionais.	Resolução ANA n. 177/2024 ⁹¹
Universalização do acesso ao saneamento básico	Estabelecer norma de referência com diretrizes para metas progressivas de universalização dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário e sistema de avaliação.	Consulta Pública n. 003/2023 (15/08/2023 – 10/11/2023) Audiência Pública n. 004/2023 (30/10/2023) Minuta de NR disponível ⁹²

90 ANA. Normativos para o Saneamento Básico. Resolução ANA n. 134/2022. Disponível em: https://arquivos.ana.gov.br/_viewpdf/web/?file=https://arquivos.ana.gov.br/resolucoes/2022/0134-2022_Ato_Normativo_18112022_20221125083058.pdf?09:40:56. Acesso em: 15 jan. 2024.

91 BRASIL. Resolução ANA n. 177/2024. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-ana-n-177-de-12-de-janeiro-de-2024-537315250>. Acesso em: 16 jan. 2024.

92 ANA. Sistema de Participação Social nas Decisões da ANA. Audiência Pública nº 004/2023. Disponível em: <https://participacao-social.ana.gov.br/Consulta/147>. Acesso em: 05 dez. 2023.

Qualidade da prestação de serviços	Estabelecer norma de referência sobre padrões e indicadores de qualidade e eficiência e avaliação da eficiência e eficácia para os serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário.	Consulta Pública n. 012/2023 (27/12/2023 – 15/02/2024) Proposta de Minuta de NR disponível ⁹³ .
	Estabelecer as condições gerais para prestação dos serviços, atendimento ao público e medição, faturamento e cobrança, dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário.	Consulta Pública n. 10/2023 (21/11/2023 – 05/01/2024) Minuta de NR disponível ⁹⁴ .
	Estabelecer as condições gerais de prestação dos serviços de manejo de resíduos sólidos urbanos.	Resolução ANA n. 187/2024 ⁹⁵ .
	Estabelecer norma de referência sobre padrões e indicadores de qualidade e eficiência e avaliação da eficiência e eficácia para os serviços de manejo de resíduos sólidos urbanos.	Nota Técnica de Abertura do processo regulatório aprovada. Análise de Impacto Regulatório em elaboração.
Desenho e estruturação da prestação do serviço de drenagem e manejo de águas pluviais urbanas	Estabelecer norma de referência com diretrizes para definição de modelos de regulação de drenagem e manejo de águas pluviais urbanas.	Nota Técnica de Abertura do processo regulatório aprovada. Análise de Impacto Regulatório em elaboração.

93 ANA. Sistema de Participação Social nas Decisões da ANA. **Consulta Pública nº 001/2022**. Disponível em: <https://participacao-social.ana.gov.br/Consulta/172>. Acesso em: 29 fev. 2024.

94 ANA. Sistema de Participação Social nas Decisões da ANA. Consulta Pública nº 10/2023. Disponível em: <https://participacao-social.ana.gov.br/Consulta/165>. Acesso em: 05 dez. 2023.

95 BRASIL. **Resolução ANA n. 187/2024**. Disponível em: <https://www.in.gov.br/web/dou/-/resolucao-ana-n-187-de-19-de-marco-de-2024-549335066>. Acesso em: 03 abr. 2024.

Regulação tarifária	Estabelecer norma de referência com diretrizes para definição dos modelos de regulação para serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário.	Resolução ANA n. 183/2024 ⁹⁶
	Estabelecer norma de referência com a estrutura tarifária para os serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário.	Nota Técnica de Abertura do processo regulatório aprovada. Em andamento a elaboração da Análise de Impacto Regulatório.
	Estabelecer norma de referência sobre reajuste tarifário para os serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário.	Tomada de Subsídios n. 005/2023 (06/06/2023 – 06/07/2023) Elaboração da Análise de Impacto Regulatório em andamento.
	Estabelecer norma de referência sobre revisão tarifária de serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário	Não Iniciado.
Padronização de instrumentos negociais	Estabelecer norma de referência sobre matriz de riscos de contratos para os serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário.	Resolução ANA n. 178/2024 ⁹⁷
	Estabelecer norma de referência para a padronização dos contratos de concessão para os serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário.	Nota Técnica de abertura do processo regulatório aprovada pela Diretoria Colegiada.

96 BRASIL. Resolução ANA n. 183/2024. Disponível em: <https://www.in.gov.br/web/dou/-/resolucao-ana-n-183-de-5-de-fevereiro-de-2024-541943312>. Acesso em: 19 fev. 2024.

97 BRASIL. Resolução ANA n. 178/2024. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-ana-n-178-de-15-janeiro-de-2024-537591455>. Acesso em: 16 jan. 2024.

Regulação contábil	Estabelecer norma de referência para a indenização de ativos para os serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário.	Resolução ANA n. 161/2023 ⁹⁸
	Estabelecer norma de referência sobre os critérios para a contabilidade regulatória privada para os serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário.	Contratação de estudos em andamento.
Atos normativos procedimentais	Estabelecer procedimentos para mediação e arbitragem.	Consulta Pública n. 11/2023 (18/12/2023 – 01/02/2024) Audiência Pública n. 002/2024 (07/02/2024) Proposta de Resolução disponível ⁹⁹

Diversos atos normativos estão sendo produzidos pela ANA para orientar a política de saneamento básico no contexto do *Novo Marco Regulatório*. Muitos ainda estão distantes da promulgação, não cumprindo com a previsão da agenda regulatória. Dessa forma, deve-se avaliar as constantes atualizações do status dos atos normativos e as revisões previstas da agenda pela agência nacional. Nessa lógica, conforme disposto no art. 2º da Resolução ANA n. 138/2022,¹⁰⁰ a revisão da Agenda Regulatória 2022-2024 está marcada para o mês de dezembro de 2023, a fim de promover eventuais ajustes necessários. Em suma, entende-se que os atos normativos da ANA estão em constante avaliação, fazendo-se necessária uma análise minuciosa sobre a sua produção normativa, a fim de

98 ANA. Normativos para o Saneamento Básico. Resolução ANA n. 161/2022. Disponível em: https://arquivos.ana.gov.br/_viewpdf/web/?file=https://arquivos.ana.gov.br/resolucoes/2023/0161-2023_Ato_Normativo_03082023_20230804082725.pdf?09:26:58. Acesso em: 15 jan. 2024.

99 ANA. Sistema de Participação Social nas Decisões da ANA. **Audiência Pública nº 002/2024**. Disponível em: <https://participacao-social.ana.gov.br/Consulta/178>. Acesso em: 29 fev. 2024.

100 Art. 2º A Agenda Regulatória 2022-2024 será revisada em dezembro de 2023, quando será possível fazer ajustes, sugerir a inclusão ou, eventualmente, a exclusão de temas.

acompanhar o desenvolvimento dos atos regulatórios previstos para o setor.

5. Processo Decisório na Regulação dos Serviços de Saneamento

O século XXI testemunha um amplo movimento de definitiva destabilização do dogma administrativista ligado ao princípio da legalidade, que funcionava como uma presunção de restrição da atuação dos agentes públicos apenas àquilo que fosse expressa e previamente autorizado por legislação. Tem sido chamada “virada pragmática”¹⁰¹ essa generalizada valorização de uma orientação da administração pública pela eficiência em colaboração com saberes extrajurídicos e pela implementação de instrumentos de legitimação democrática de suas políticas.

Podemos, inclusive, compreender esse movimento dentro do ciclo denominado “constitucionalização”, iniciado com a abertura democrática no Brasil, que, redefinindo conceitos centrais do Direito Administrativo, como o de supremacia do interesse público, vinculou os administradores, em diversos âmbitos de sua atividade, à própria Constituição. Disso decorre, também, o recrudescimento das possibilidades de controle judicial dos atos administrativos conforme a Constituição.

O equilíbrio que deve guiar a atividade estatal regulatória, entre o excesso e a insuficiência, depende justamente do conhecimento prévio das circunstâncias específicas de cada setor. A questão tem se deslocado normativamente da centralidade do princípio da legalidade para a do princípio da eficiência, enquanto guiado à efetivação de direitos fundamentais. A atividade regulatória, ademais, assume um papel redobradamente central em momentos como o presente, em que o Estado vem transferindo a operação de diversos serviços públicos — como é o caso do saneamento — ao setor privado.

A legitimidade da regulação está, nesses casos, associada à transparência e ao estímulo à participação dos setores da sociedade na sua condução. As próprias leis que instituíram as agências

101 OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Novo perfil da Regulação Estatal**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 80.

reguladoras estabeleceram instrumento de participação dos usuários para a confecção dos cadernos regulatórios.

Uma importante institucionalização desse movimento pragmático tomou corpo com a edição da Lei Federal n. 13.655, de 25 de abril de 2018, que incluiu no Decreto-Lei n. 4.657/1942 — Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) — disposições referentes à segurança jurídica e à eficiência na criação e na aplicação do Direito Público. Logo depois, o Decreto n. 9.830/2019 detalhou essas mudanças.

Objetivou-se criar um ambiente administrativo de maior segurança jurídica e eficácia, favorecendo o exercício das atividades constitucionais, legalmente atribuídas aos agentes públicos e particulares que com eles relacionam-se, em face, principalmente, de eventual atuação desarrazoada dos administradores, dos órgãos controladores (em especial, dos Tribunais de Contas) e do Poder Judiciário na criação e na aplicação do Direito Público.¹⁰²

De tal modo, é dever dos agentes responsáveis pela regulação estatal do setor de saneamento não tomar suas decisões regulatórias com base exclusivamente em conceitos jurídicos abstratos, sem que se considerem *as consequências práticas da decisão*. É o que se observa com a redação do art. 20 do Decreto-Lei n. 4.657/1942, acrescentado pela Lei Federal n. 13.655/2018:

Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.

102 "Como fruto da consolidação da democracia e da crescente institucionalização do Poder Público, o Brasil desenvolveu, com o passar dos anos, ampla legislação administrativa que regula o funcionamento, a atuação dos mais diversos órgãos do Estado, bem como viabiliza o controle externo e interno do seu desempenho. Ocorre que, quanto mais se avança na produção dessa legislação, mais se retrocede em termos de segurança jurídica. O aumento de regras sobre processos e controle da administração têm provocado aumento da incerteza e da imprevisibilidade e esse efeito deletério pode colocar em risco os ganhos de estabilidade institucional." BRASIL. Justificativa ao Projeto de Lei do Senado 349, de 9 jun. 2015. **Senado Federal**. Disponível em: www.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/121664. Acesso em: 06 nov. 2020.

No Direito como um todo, mas sobretudo nas áreas do Direito Público, é comum a utilização de termos altamente abstratos, chamados de “conceitos jurídicos indeterminados”,¹⁰³ circunstância que se acentua no campo do Direito Administrativo. Trata-se de técnica legislativa nascida, dentre outras razões, da impossibilidade de prever no texto da lei uma infinidade de hipóteses de aplicação de normas administrativas em cada contexto regulado, além da necessidade de garantir o “exercício equilibrado e funcionalmente adequado do poder público pelos órgãos efetivamente mais aptos”,¹⁰⁴ ou seja, a eficiência da atuação administrativa (art. 37, CF).

Não obstante, o dever constitucional de fundamentação das decisões administrativas,¹⁰⁵ é recorrente a utilização de princípios

103 O autor aponta a diferença entre as expressões “termos jurídicos indeterminados” e “conceitos jurídicos indeterminados”, referindo o porquê da preferência pela primeira: “(i) a cada conceito corresponde um termo; este — o termo — é o signo linguístico do conceito; assim, o conceito, expressado no seu termo, é coisa (signo) que representa outra coisa (seu objeto); o conceito na concepção aristotélica, está referido, pela mediação do termo (signo do conceito), a um objeto; (ii) os conceitos jurídicos não são referidos a objetos, mas sim a significações; não são conceitos essencialistas; (iii) o conceito — essencialista ou não — é produto da reflexão, expressando uma suma de id[e]ias; (iv) o conceito essencialista, expressado, é o signo de uma coisa; seu objeto é a coisa; está no lugar da coisa; é o primeiro signo do objeto; (v) o conceito jurídico, expressado, é o segundo signo de um primeiro signo: a significação da coisa (coisa, estado ou situação), mas da significação atribuível — ou não atribuível — à coisa (coisa, estado ou situação); (vi) assim, os conceitos jurídicos são signos, ou seja, signos de significações atribuíveis — ou não atribuíveis — a coisas, estados ou situações”. E conclui: “[...] a indeterminação à que nos referimos, na hipótese, não é dos conceitos jurídicos (id[e]ias universais), mas de duas expressões (termos); logo, mais adequado será referimo-nos a termos indeterminados de conceitos, e não a conceitos (jurídicos) indeterminados. [...] [R]eafirmo-o vigorosamente: não existem ‘conceitos indeterminados’. Se é indeterminado o conceito, não é conceito”. GRAU, Eros. **O direito posto e o direito pressuposto**. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 195-196.

104 BACIGALUPO, Mariano. **La Discrecionalidad Administrativa**. Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 248.

105 Podemos extrair o dever de motivação das decisões administrativas da Constituição da República tendo em vista o Regime de Direito Democrático — art. 1º, caput — do princípio fundamental ao contraditório e à ampla defesa — art. 5º, LV —, do princípio da publicidade na administração pública — art. 37, caput — e do dever de fundamentação das decisões administrativas no âmbito dos Tribunais — art. 93, X. Segue o teor dos dispositivos constitucionais referidos, in litteris: “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] Art. 5º [...] LV — aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes [...] Art. 37. A administração

e termos jurídicos indeterminados para embasar tomadas de decisão. Nessas situações, as inovações trazidas à LINDB exigem que as decisões administrativas demonstrem publicamente, na sua motivação, o caminho argumentativo, pautado na conjuntura concreta do caso e nas consequências previsíveis da decisão que levou à conclusão normativa específica.

A norma demanda que se demonstre, na fundamentação de decisões, a “necessidade e a adequação” das medidas impostas. Esses são termos técnicos sobre os quais pode ser interessante fazer algumas observações. Eles referem-se aos testes relacionados ao consagrado *princípio da proporcionalidade* — etapas sucessivas de análise, primeiramente de efetividade de meios para a realização de fins, culminando na ponderação da importância dos próprios fins.¹⁰⁶

O locus de aplicação do exame de proporcionalidade é a adjudicação de princípios jurídicos concebidos como fins cuja realização máxima não combina com a realização de outros princípios de mesma hierarquia, o que os leva a entrar em conflito. Sendo assim, cabe aos juízes, nesses casos de conflito, determinar qual princípio tem preferência sobre o outro.

O teste da adequação requer que o meio perseguido demonstre uma conexão racional com o fim a ser alcançado. A ideia é que o meio se prove capaz de, em alguma medida, satisfazer o fim desejado.¹⁰⁷ Consideramos relevante notar quão pouco exigente esse teste é. Pode existir uma conexão racional entre meio e fim — teste de adequação —, embora seja possível também diagnosticar que a medida em questão tenha sido flagrantemente ineficiente. Isso revela-se quando passamos para a próxima etapa e avaliamos o teste da necessidade, que pleiteia, entre meios igualmente adequados

pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...] Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: [...] X — as decisões administrativas dos tribunais serão motivadas e em sessão pública, sendo as disciplinares tomadas pelo voto da maioria absoluta de seus membros”.

106 A discussão proposta aqui se baseia na obra de Robert Alexy, uma referência incontornável na discussão sobre proporcionalidade. ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015.

107 Ibidem, p. 120. Para uma discussão detalhada e interessante desse teste, ver: BARAK, Aharon. **Proportionality: Constitutional Rights and their Limitations**. Tradução: Doron Kalir. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2012, p. 303-316.

para satisfazer um determinado fim, a seleção do que interfere menos nos outros fins relevantes,¹⁰⁸ se a escolha é proporcional.¹⁰⁹

Ambos os testes expressam um princípio básico de eficiência: se um estado de coisas promove mais de um valor sem interferir em outros, então ele deve ser preferível. No caso do teste da adequação, isso fica bastante claro, na medida em que, por definição, um meio inadequado não promove valor algum. Da mesma forma, ao filtrar meios desnecessários, deixamos de interferir na satisfação de outros fins juridicamente valiosos sem evitar realizar o fim em questão.

Uma norma com esse teor beneficia os agentes engajados na atuação legal e transparente do Estado: (i) os particulares — pessoas físicas ou jurídicas — com algum tipo de vínculo com o poder público, ao impedir decisões arbitrárias ou de cunho estritamente pessoal, ofensivas ao ordenamento jurídico e, em especial, aos direitos fundamentais; (ii) os órgãos controladores e o Poder Judiciário, ao ampliarem-se as margens de controle, exigindo maior fundamentação e rigor das decisões dos gestores e agentes públicos; e (iii) os agentes públicos incumbidos do exercício de função administrativa, ao evitar-se o controle desarrazoado dos atos administrativos de sua autoria.

Então, ao contrário do defendido pela Procuradoria-Geral da República no parecer técnico elaborado sobre a Lei Federal n. 13.655/2018, o seu art. 20 não nega a validade dos princípios, muito menos impede a prolação de decisões, inclusive judiciais, lastreadas em princípios jurídicos.¹¹⁰ A nova regra impõe, apenas, maior esforço argumentativo do decisor na fundamentação de suas decisões, devendo esclarecer por que a situação específica atrai a incidência

108 ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015.

BARAK, Aharon. **Proportionality**: Constitutional Rights and their Limitations. Tradução: Doron Kalir. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2012, p. 317-336.

109 É claro que os fins relevantes para os testes da adequação e da necessidade são valores jurídicos, portanto, o teste não se aplica ao nosso modo de proceder em qualquer situação. Além disso, no exemplo mais tradicional, a ineficiência da bala de canhão para matar um pequeno animal dificilmente precisa ser demonstrada, na medida em que qualquer pessoa razoável aceita esse fato. O exemplo foi pensado apenas para ilustrar o tipo de consideração que está envolvida nos testes.

110 BRASIL. Procuradoria-Geral da União. **Nota Técnica Conjunta n. 01/2018**. Brasília: 1 abr. 2018, p. 4-5. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/Oficio_NotaTecnica_130418_PGR00192069_2018.pdf. Acesso em: 06 nov. 2020.

dos princípios invocados e de que forma eles adéquam-se ao caso em exame, considerando-se as consequências práticas da escolha.

Essa perspectiva tem inegável influência norte-americana, em particular das escolas de Análise Econômica do Direito, que remontam à década de 1960, com a publicação da obra “The Problem of the Social Cost”, por Ronald Coase. A que mais destaca-se com relação à administração pública é a Escola da Public Choice. Essa vertente teve seu apogeu nas décadas 70 e 80 do século passado e defende a não intervenção do Estado na sociedade, recorrendo aos conceitos de utilidade, eficiência econômica e maximização.

No Brasil, esteve bastante presente na agenda pública durante a década de 1990 e consolidou-se com a Reforma Administrativa de 1998 — materializada principalmente na Emenda Constitucional n. 19/1998. Um dos legados mais simbólicos dessa influência — além das diversas alterações no texto constitucional — foi a positivação do princípio da eficiência no *caput* do art. 37 da Constituição da República, embora ele já aparecesse em outros documentos legais e na própria Constituição de 1988, servindo como parâmetro para os sistemas de controle voltados ao exercício da função administrativa.

A par das críticas a esse campo de estudo, deve-se encará-lo sob um viés instrumental, isto é, uma ferramenta de auxílio na solução de problemas, contradições ou lacunas do ordenamento jurídico. Sendo uma ferramenta, nem sempre sua utilização adequar-se-á à criação e à aplicação do Direito. Por outro lado, ao incorporar ao Direito pontos de vista de outras ciências — Sociologia, Política, Economia etc. —, contribui para a adoção de abordagens consequencialistas, por enfatizar os efeitos da ação administrativa. É certo que a fundamentação de decisões *tão somente* em função de suas consequências práticas, à revelia do necessário formalismo envolvido na atividade jurídica, configura um caminho igualmente perigoso.

A oposição entre duas respostas imaginadas ao problema da fundamentação das decisões jurídico-administrativas (de um lado, a de que *apenas consequências* podem justificá-las, segundo um padrão normativo de utilidade arbitrado; do outro, a de que somente a correção sistemática da própria decisão seria relevante à sua justificação) é simplesmente falsa. Não há nada na lei que diga que o critério pertinente para avaliar as decisões é a *utilidade* produzida.

No balanço de razões do julgador, inexistente um filtro juridicamente colocado para selecionar só as consequências relevantes. Todavia, quando se aceita a ideia de que o Estado e a ação administrativa devem estar permanentemente focados no cidadão e na concretização das políticas públicas mais importantes, passa-se a compreender e atribuir ao gestor público um papel mais claro, que pode, inclusive, ultrapassar com folga os limites de uma interpretação restrita dos marcos legais e infralegais existentes. As razões baseadas em princípios, assim como as razões construídas a partir dos objetivos, mesmo para o ambiente jurídico, parecem não ter uma hierarquia consolidada. É o caso concreto, o seu conteúdo, a sua urgência ou necessidade que, no final das contas, legitima (ou não) a decisão do gestor na perspectiva dos sistemas de controle interno ou externo dos atos administrativos.

Daí, portanto, compreende-se uma das principais medidas veiculadas pela Lei Federal n. 13.655/2018, de impedir o uso exclusivo de “valores jurídicos abstratos” como fundamentos de decisões administrativas, de controle e judiciais. Fomenta-se a análise das consequências da decisão, não significando, com isso, confronto com valores e princípios que aquele ordenamento objetiva proteger. Nessa nova abordagem, que tem potencial para representar uma ruptura nos padrões atuais de julgamento, a determinação da sanção aplicada no processo administrativo de responsabilização deverá “[...] indicar de modo expresse suas consequências jurídicas e administrativas” (Decreto-Lei n. 4.657/1942, art. 21), ou, ainda, suas consequências sociais, que podem ser gravíssimas, envolvendo, por exemplo, paralisação e embargo de obras de utilidade pública premente, ou então aumento de índices de desemprego (a depender do peso da pessoa jurídica sancionada na economia nacional).

Dessa maneira, durante o processo de assimilação das mudanças propostas pelo *Novo Marco*, será observada a carência de motivação técnica das autoridades públicas em referência às escolhas feitas. A construção das modelagens, por exemplo, pelo BNDES, superadas as assimetrias informacionais, precisará retratar a realidade dos sistemas, o que envolve conhecer os índices de cobertura existentes. Neste contexto, a utilização do M5D (abordada com detalhes nos capítulos anteriores), agora assimilada em diferentes níveis (o caso do Rio Grande do Sul no Programa Impulsiona RS

— Municípios em Expansão — Decreto n. 57.168/2023), pode representar um ponto de virada para a tradição de Projetos de Investimento inconsistentes, contaminados pelo denominado *viés de otimismo* (ou otimismo irrealista) uma das causas do grave déficit observado na política pública de saneamento no Brasil.

5.1 Análise de Impacto Regulatório (AIR)

A adoção da AIR é uma prática implementada pela maioria dos países desenvolvidos desde o início da década de 1990, vista como algo muito positivo pelo mercado internacional.¹¹¹ Não à toa, é uma das recomendações do Conselho sobre Política Regulatória e Governança da Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (OCDE), com o intuito de aperfeiçoar as experiências regulatórias conhecidas em 2012.¹¹² Buscando padrões estritamente técnicos de análise e exigindo da administração pública que fundamente suas decisões à luz desses padrões, tenta-se conferir maior previsibilidade à atividade estatal e um ambiente de negócios mais amistoso. Em especial, quando se enfatiza a regulação discricionária — mais flexível —, em detrimento da regulação contratual — em tese, mais estática.

A AIR se apresenta como exemplo de exame sistemático que compara o impacto esperado das medidas propostas pela administração pública com ações alternativas, incluindo a opção de deixar tudo como está. É uma análise de custo-benefício e deve pautar-se, segundo as recomendações da OCDE, majoritariamente por avaliações quantitativas, embora admita considerações qualitativas (e.g. considerações de justiça), se imprescindíveis. Define-se como uma ferramenta e um processo decisório para informar aos tomadores de decisão sobre a pertinência da regulação e o modo de fazê-la.

No caso da regulação contratual, as decisões mais importantes são tomadas antes da realização do processo licitatório. Já na

111 GAETANI, Francisco; ALBUQUERQUE, Kélvia. Análise de impacto regulatório e melhoria regulatória. In: RAMALHO, Pedro Ivo Sebba. (org.). **Regulação e Agências Reguladoras**: Governança e Análise de Impacto Regulatório. Brasília: Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) e Casa Civil da Presidência da República, 2009, p. 190.

112 ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). **Recomendação do Conselho sobre Política Regulatória e Governança**, 2012. Disponível em: <https://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/Recommendation%20PR%20with%20cover.pdf>.

regulação discricionária, existe a oportunidade de aprender com a execução do contrato, até mesmo para enfrentar, quando necessário, condutas oportunistas ao longo da relação. Assim, a regulação discricionária pode ser fonte de novas normativas, o que obriga o desencadeamento da AIR dentro de uma perspectiva de aperfeiçoar a normatização, mas sem permitir interferências desproporcionais que prejudiquem o serviço prestado à população.

Busca produzir medidas de regulação mais eficientes antes da tomada de decisão, o que não significa substituir a formulação das políticas, e sim, densificar a sua aplicação. Outra característica essencial da AIR, apontada pela OCDE, é a publicidade dos relatórios, de modo a garantir a participação dos interessados no processo de tomada de decisão, assim como uma maior transparência para reduzir o risco de captura das agências regulatórias.¹¹³

Vale citar alguns dos itens mais relevantes da lista de procedimentos e objetivos nos critérios da OCDE:¹¹⁴

(i) Inclusão de análises de custo-benefício que levem em conta os impactos sociais e econômicos, em especial os efeitos distributivos da regulação.

(ii) Identificação da necessidade da política pública e do objetivo da regulação.

(iii) Consideração dos meios alternativos para alcançar os objetivos das políticas públicas e adoção dos mais eficientes, ressaltando que a opção de não aderir a nenhuma medida sempre deve ser considerada.

(iv) Avaliação prioritariamente quantitativa dos custos, benefícios e riscos, tanto diretos quanto indiretos (custos de oportunidade) e, quando imprescindíveis, descrições qualitativas.

(v) Disponibilização da AIR ao público para que os interessados contribuam na tomada de decisão.

(vi) Preservação do ambiente de negócios, sem interferência ou com a menor possível no processo competitivo do mercado.

(vii) Apoio à AIR com clareza nas políticas públicas: programas de treinamento, orientação e mecanismos de controle de qualidade para a coleta e utilização de dados.

Todo esse aparato recomendado pelo conselho da OCDE vincula-se a um contexto de preservação de um bom ambiente

113 Ibidem, p. 25.

114 Ibidem, p. 10-11.

de negócios, restringindo a regulação ao estritamente necessário. Essa ideia foi incorporada pelo governo brasileiro, como se vê, na apresentação das diretrizes gerais de aplicação da AIR, elaboradas em 2018, ao afirmar-se que a regulação tem potencial para impedir o bem-estar social e econômico, “pois quando excessiva e desproporcional, pode impedir a inovação ou criar barreiras desnecessárias ao comércio, à concorrência, ao investimento e à eficiência econômica”.¹¹⁵

Não se deve tentar combinar delegação da responsabilidade de prestar serviço público com desregulamentação do setor, sob pena de incentivo às condutas oportunistas e desequilíbrio entre a proteção do interesse privado e a desconsideração do interesse público. É inimaginável que mesmo a regulação contratual seja suficiente para uma administração adequada das concessões ou dos contratos de programa, o que tem ampliado a utilização da regulação discricionária.

No sistema brasileiro, esse modelo de gestão regulatória foi adotado recentemente, estando em fase de implementação em diversas áreas. Nesse sentido, a AIR passou a ser exigida no processo decisório das agências reguladoras por força do art. 6º da já citada Lei Federal n. 13.848/2019:¹¹⁶

Art. 6º A adoção e as propostas de alteração de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, consumidores ou usuários dos serviços prestados serão, nos termos de regulamento, precedidas da realização de Análise de Impacto Regulatório (AIR), que conterá informações e dados sobre os possíveis efeitos do ato normativo.

115 BRASIL, Casa Civil. **Diretrizes Gerais e Guia Orientativo para Elaboração de Análise de Impacto Regulatório — AIR**, 2018, p. 7. Disponível em: https://www.gov.br/casacivil/pt-br/centrais-de-conteudo/downloads/diretrizes-gerais-e-guia-orientativo_final_27-09-2018.pdf/view. Acesso em: 20 nov. 2020.

116 Este dispositivo reproduz aquele já contido na Lei n. 13.874/2019. “Art. 5º As propostas de edição e de alteração de atos normativos de interesse geral de agentes econômicos ou de usuários dos serviços prestados, editadas por órgão ou entidade da administração pública federal, incluídas as autarquias e as fundações públicas, serão precedidas da realização de análise de impacto regulatório, que conterá informações e dados sobre os possíveis efeitos do ato normativo para verificar a razoabilidade do seu impacto econômico. Parágrafo único. Regulamento disporá sobre a data de início da exigência de que trata o caput deste art. e sobre o conteúdo, a metodologia da análise de impacto regulatório, os quesitos mínimos a serem objeto de exame, as hipóteses em que será obrigatória sua realização e as hipóteses em que poderá ser dispensada.”

A norma não explicita em que consiste a AIR, nem nos dá pistas sobre como procederá. Isso, em nome da boa técnica legislativa,¹¹⁷ é deixado para um regulamento especificar, conforme lemos no parágrafo primeiro do art.:

§ 1º Regulamento disporá sobre o conteúdo e a metodologia da AIR, sobre os quesitos mínimos a serem objeto de exame, bem como sobre os casos em que será obrigatória sua realização e aqueles em que poderá ser dispensada.

Um documento redigido pela Casa Civil em 2018, intitulado “Diretrizes Gerais e Guia Orientativo para Elaboração de Análise de Impacto Regulatório”, detalha esses assuntos. Embora não tenha caráter vinculante, seu exame nos dá uma boa base para saber de que se trata tal procedimento. Exporemos em seguida algumas definições, características e metodologias descritas no texto, com o propósito de compreendermos melhor como o poder público está concebendo essa ferramenta, que passou a ser exigida de todas as agências regulatórias.

Já fornecemos uma definição aproximada da AIR, mas vale reproduzir o que se entende da ferramenta após a leitura do documento citado:

*Análise de Impacto Regulatório — AIR é o processo sistemático de análise baseado em evidências que busca avaliar, a partir da definição de um problema regulatório, os possíveis impactos das alternativas de ação disponíveis para o alcance dos objetivos pretendidos, tendo como finalidade orientar e subsidiar a tomada de decisão.*¹¹⁸

Além dessa conceituação, as diretrizes oferecem uma definição para “ato normativo de interesse geral” como aquele capaz de interferir nos direitos ou nas obrigações dos envolvidos — agentes econômicos, consumidores ou usuários dos serviços prestados. Tal ponderação é importante, por definir a aplicabilidade da AIR segundo o art. 6º da lei supracitada. Obviamente, a utilização da ferramenta tem de estar ligada ao exercício de uma discricionariedade

117 BINENBOJM, Gustavo. Análise de Impacto Regulatório. In: NETO, Floriano Peixoto Marques; RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz; LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Comentários à Lei de Liberdade Econômica**: Lei n. 13.874/2019. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 223.

118 BRASIL, Casa Civil. **Diretrizes Gerais e Guia Orientativo para Elaboração de Análise de Impacto Regulatório — AIR**, p. 13.

técnica, e não apenas a uma ideia genérica de obstaculizar a intervenção do Estado no funcionamento da ordem econômica.

O modelo concebido pela Constituição de 1988, depois de uma sequência de reformas, considera vital o trabalho das agências reguladoras, o que implica aprovar a existência de um poder de controle, de modulação ou conformação das políticas públicas. A AIR não surge para negar e desconstruir esse modelo; pelo contrário, tenta aperfeiçoá-lo, pois as escolhas das entidades reguladoras sempre deverão decorrer do exercício pleno de sua independência e capacidade técnica de interferir de maneira consequente em todos os seus nichos de atuação. Seus objetivos, seguindo as diretrizes, espelham as recomendações da OCDE. Isso mostra a disposição, por parte dos governos brasileiros, de adaptar-se ao mercado internacional, importando os mecanismos adotados nos países mais desenvolvidos com os ajustes indispensáveis, na lógica da customização.¹¹⁹

No que diz respeito às exigências, a AIR deve ser iniciada tão logo a agência reguladora volte-se à resolução de algum problema regulatório identificado — o que será mais frequente no âmbito da regulação discricionária. Isso expressa um dos princípios norteadores do documento governamental, o da anterioridade da AIR, de acordo com o qual é elementar que a análise se dê nos estágios iniciais do processo regulatório.¹²⁰

Solicita-se, também, que a análise *ex ante* seja apresentada na forma de relatório, contendo elementos mínimos essenciais, que correspondem em larga medida às fases da AIR, vistas a seguir. Esse relatório não possui caráter vinculante, mas deliberações contrárias às suas recomendações deverão ser fundamentadas.¹²¹

O método empregado dependerá da natureza dos casos, então as diretrizes admitem uma certa flexibilidade, mas, seja qual for a metodologia utilizada, precisa ser exposta com clareza. O guia fornece algumas linhas gerais, por exemplo, características desejáveis ao levantamento de dados e informações, como acessibilidade ao público, acurácia e imparcialidade, credibilidade das fontes utilizadas e atualidade, e relevâncias dos dados. Tudo isso aumenta a confiabilidade, tanto dos procedimentos para alcançar os fins

119 Ibidem.

120 Ibidem, p. 8-14.

121 Ibidem, p. 18-25.

desejados pelas agências, quanto do próprio proceder da agência aos olhos da sociedade civil interessada.¹²²

Nessa esteira, requer-se a abertura de consulta pública com prazo mínimo de quarenta e cinco dias pela Internet, obrigatoriamente, mas sem prejuízo de outras soluções de acesso, ressalvados os casos de urgência devidamente motivados, em que o prazo pode ser flexibilizado. As críticas e sugestões feitas nesse período devem constar no site da agência reguladora em até 10 dias úteis após o fim do prazo da consulta e o posicionamento da agência ante as críticas e sugestões tem de ser publicado no site em até 30 dias úteis a contar da deliberação final do conselho diretor ou da diretoria colegiada da agência reguladora. É facultado aos tomadores de decisão convocar audiência pública para formação de juízo sobre matéria considerada relevante.¹²³

A obrigatoriedade de consulta pública e a opção das audiências expressam o segundo princípio norteador das diretrizes: o de que a participação da população é fundamental na atividade normativa de regulação. Por esse motivo, também, se recomenda o uso de linguagem simples, clara e direta, sem termos técnicos em excesso, no relatório da AIR. Somente assim, estará, em parte, garantida a participação efetiva dos interessados, reduzindo a assimetria de informação para embasar e legitimar a tomada de decisão.¹²⁴

Não basta que a participação social se dê apenas ao final do processo, após a deliberação das autoridades. Sugere-se que haja participação social do início à conclusão da construção da AIR. O modo como ocorrerá essa participação pode variar de acordo com a natureza da informação que quer obter-se.¹²⁵

Passemos agora às fases da Análise de Impacto Regulatório, aqui ilustradas:¹²⁶

Tão importante quanto comparar o impacto das alternativas de ação, é a reflexão inicial sobre o problema a ser resolvido e os objetivos desejados. Desse modo, espera-se que a agência tenha uma

122 Ibidem, p. 15-51.

123 Ibidem, p. 16.

124 Ibidem, p. 30-31.

125 As diretrizes mínimas para consultas e audiências públicas apresentadas no Decreto n. 8.243/2014 deverão ser respeitadas.

126 A descrição das fases se encontra em: BRASIL, Casa Civil. **Diretrizes Gerais e Guia Orientativo para Elaboração de Análise de Impacto Regulatório — AIR**, p. 27-87.

compreensão clara e mostre-a ao público. Em conformidade com esse objetivo, é afirmado no guia orientativo elaborado em 2018:

A AIR não deve ser entendida como um questionário ou uma lista de itens a ser preenchida para justificar a criação de uma regulação. Para que sirva a seu propósito, deve de fato consistir num processo de diagnóstico do problema, de reflexão sobre a necessidade da regulação e de investimento sobre a melhor forma de realizá-la.¹²⁷

Essas fases não refletem a imposição de um protocolo rígido e, sim, são oferecidas como uma boa sequência de análise, um instrumento heurístico para comparar o impacto do mais amplo espectro de alternativas relevantes.

Em uma breve descrição das fases, primeiro, identifica-se um problema regulatório, por exemplo, uma falha de mercado, uma falha regulatória, uma falha institucional ou uma possível contribuição para a efetivação de direitos fundamentais ou interesses públicos. Depois, procura-se responder às seguintes perguntas:

- (i) Qual é o contexto em que o problema se insere?
- (ii) Qual é a natureza do problema e suas consequências?
- (iii) Quais são as causas do problema?
- (iv) Qual é a extensão do problema?
- (v) Caso não haja regulação, como o problema evoluirá?

Todas essas questões devem ser elaboradas e respondidas de maneira instrutiva, com atenção à investigação das causas do problema.

Ao identificar os atores ou grupos afetados, toma-se uma abordagem ampla, buscando discernir, por exemplo, agentes afetados direta e indiretamente, beneficiados e prejudicados, sua relevância na área regulada, se são agentes públicos ou privados, atuantes ou potenciais ingressantes no setor etc. Frequentemente, a melhor maneira de fazer isso é entrando em contato com os próprios agentes, ou consultando especialistas na área. No final das contas, a intenção resume-se a reconhecer as externalidades positivas e negativas da ação regulatória do Estado, para aprovar, conter ou modular o impacto do exercício do poder discricionário regulamentar em determinado setor.

127 Ibidem, p. 27 (ênfase suprimida).

Na identificação da base legal, verifica-se a competência da agência reguladora para enfrentar o problema, bem como se não há competência concorrente, caso em que se deve considerar se a agência é a entidade mais adequada para lidar com aquilo. Além disso, aconselha-se fazer uma pesquisa no material normativo de outros órgãos relacionados com o problema de regulação, o que pode revelar experiências anteriores de tentativa-erro, ou a confirmação de boas práticas que servirão como *standards* de conduta, mesmo quando a discussão envolver setores distintos.

A fase de definição dos objetivos desejados nada mais é do que o estabelecimento dos fins da ação regulatória. Aqui, distinguem-se os objetivos fundamentais e os meios para alcançá-los, que talvez incluam fins intermediários. O importante nessa fase é a definição dos objetivos fundamentais, de acordo com os quais julga-se a adequação e a necessidade dos meios. Deve ser descrita quantitativa ou qualitativamente, dependendo da natureza do problema de regulação, e ter uma relação direta com esse.

A etapa subsequente, do levantamento de alternativas de ação, é uma das mais relevantes do procedimento. Nela, exige-se a formulação do máximo de alternativas plausíveis, normativas ou não normativas,¹²⁸ valendo-se da capacidade criativa dos operadores. Há vantagens nas medidas não normativas, por engajarem a cooperação dos agentes econômicos envolvidos. O guia elaborado pelo governo brasileiro, reproduzindo a recomendação da OCDE, faz questão de frisar diversas vezes que a alternativa de não ação deve ser sempre considerada como opção, além de servir de base para a análise posterior do resultado regulatório.

Depois do levantamento de opções, essas são filtradas após considerar-se, em mais detalhes, sua viabilidade, para que a análise do impacto não recaia sobre um número muito grande de caminhos, o que seria muito custoso.

A fase da análise de impacto das alternativas é a mais importante de todo o processo. Objetiva avaliar cada alternativa, seus benefícios e custos, e criar uma base de comparação para possibilitar a escolha da solução ótima.

128 A OCDE oferece alguns tipos de alternativas não normativas, como a autorregulação, que ocorre quando os próprios grupos regulam o comportamento dos seus membros sem interferência estatal; a corregulação, que consiste na administração dos padrões pelos próprios agentes econômicos, mas apoiados pelo governo; os incentivos econômicos, a informação e educação etc.

Alguns passos são sugeridos de maneira a estruturar essa etapa: (i) identificação dos impactos positivos e negativos de cada alternativa; (ii) verificação da influência das alternativas aos atores ou grupos afetados, identificados em etapa anterior, assim como possíveis efeitos para atores que não são atingidos pelo problema regulatório; (iii) identificação dos impactos mais relevantes; (iv) definição de método para comparar as alternativas, que pode variar segundo a natureza dos casos, mas deve ser exposto de modo claro e bem fundamentado; e (v) aplicação do método.

A AIR sempre será feita em comparação com a opção de não ação. Sobre o tipo, recomenda-se realizar ao menos uma análise qualitativa das vantagens e desvantagens, entendidas de forma ampla, de cada alternativa para cada ator. Mensurável, diminui significativamente o elemento subjetivo do juízo. Como o valor aqui é a eficiência, é fácil de ver por que isso é desejável.

Nem sempre uma alternativa desponta como preferível na comparação, por mais rigorosos que formos na aplicação do método escolhido. Às vezes, o balanço de razões deixa claro que há uma alternativa ótima; em outras, não. Seja como for, a AIR precisa apresentar uma comparação exaustiva dos impactos de cada alternativa. Desse modo, mesmo que não haja uma opção claramente melhor, os resultados servirão para pautar a tomada de decisão das autoridades.

As estratégias de implementação e monitoramento, assunto das duas últimas fases, somente tomam parte, é claro, se, das análises anteriores, concluiu-se que alguma alternativa de ação, em oposição à não ação, é necessária. Não cabe entrar em detalhes sobre essas fases aqui, bastando apontar que, caso as etapas anteriores apontem para a necessidade de intervenção, um plano de implementação e de monitoramento deve ser bem delineado e incluído no relatório da AIR.

Em situações de maior complexidade ou de maior impacto, outros elementos de análise são considerados importantes. Entre eles, destacam-se a comparação com a experiência de regulação internacional na busca de novas perspectivas e informações, a mensuração mais rigorosa dos impactos para os diferentes atores com métodos sofisticados de análise e a integração de análise do risco na AIR.

Não é difícil perceber que a AIR pode demandar bastante das agências regulatórias na sua atividade normativa. Cada uma das

etapas envolve uma extensa gama de dificuldades, como a incerteza na fase de avaliação do impacto e as dificuldades organizacionais no levantamento dos agentes envolvidos ou das alternativas possíveis. Além disso, os prazos razoáveis para garantir a participação do público e todo o processo de formulação de problemas, identificação de atores, especificação de objetivos, enumeração de alternativas e análise de impacto pode levar tempo para ser finalizado.

Logo, é primordial que os agentes condutores da AIR tenham sempre em mente os limites dos métodos que utilizam.¹²⁹ Somente assim escapar-se-ia da objeção, bem resumida por Fernando Leal, de que o procedimento da AIR legitima, em nome de uma pretensa objetividade, valores de setores específicos:

Se uma AIR depende da antecipação dos efeitos no mundo esperados de diferentes alternativas de decisão (sejam eles medidos em termos de custos e benefícios ou não), a ciência se apresenta naturalmente como a mais promissora candidata para orientar essa tarefa. A sua capacidade de sustentar escolhas políticas sobre métodos alegadamente neutros e reconhecidamente robustos entre os participantes da comunidade dentro da qual são empregados para se obter conhecimento sobre a realidade funcionaria como uma blindagem contra potenciais objeções de subjetividade e arbitrariedade dos resultados dessas decisões. A fé na ciência se converte, assim, em otimismo exagerado em relação aos potenciais da AIR de levar a decisões que promovam, da melhor maneira possível, objetivos sociais relevantes, como bem-estar. A presunção de tecnicidade e racionalidade de escolhas públicas seria, no fundo, uma maneira de lidar com os seus eventuais déficits de legitimidade.¹³⁰

Leal fornece-nos uma caracterização da AIR, para então introduzir a objeção:

A crítica compartilhada é facilmente perceptível quando se localiza em obras diferentes recursos à mesma metáfora do “cavalo de Troia” para sustentar como, na prática, as

129 BINENBOJM, Gustavo. Análise de Impacto Regulatório. In: NETO, Floriano Peixoto Marques; RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz; LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Comentários à Lei de Liberdade Econômica**: Lei n. 13.874/2019. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 229-230.

130 LEAL, Fernando. Análise de impacto regulatório e proporcionalidade: semelhanças estruturais, mesmos problemas reais? **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 9, n. 3, 2020, p. 335.

*pretensões de objetividade dos dois métodos [o da AIR e o da proporcionalidade] são facilmente apropriadas para escamotear atitudes conscientes de instrumentalização por parte dos decisores que deles se servem. Assim, em vez de funcionarem como limites para escolhas de agentes públicos, eles se tornariam, em razão de sua aptidão para garantir uma roupagem de racionalidade para praticamente qualquer decisão, mecanismos de elevado potencial para possibilitar a opção por preferências políticas e para justificar expansão de poder. Desvirtuados pela instrumentalização, eles, por um lado, favoreceriam posturas ativistas de juízes e controladores, enquanto, por outro, legitimariam escolhas arbitrárias de legisladores e reguladores.*¹³¹

Uma política regulatória que se pautar nesses processos e que seja acompanhada, nas agências, de equipes bem treinadas e qualificadas, provavelmente diminuirá a intervenção estatal arbitrária no mercado, garantirá, num nível elevado, previsibilidade nas decisões da administração pública e, com isso, propiciará um bom ambiente de negócios. O entusiasmo da OCDE ao defender o emprego de expedientes como a AIR e incentivar os países a adotarem medidas de gestão eficiente relaciona-se a isso. No entanto, a própria entidade admite, ao considerar a autorregulamentação — deixar para os agentes encontrarem um equilíbrio nas suas práticas —: “algum cuidado deve ser tomado [...] para assegurar que os objetivos das políticas públicas sejam atingidos”.¹³²

Essa observação lembra-nos que, no caso do saneamento básico, a finalidade última de toda regulação consiste na universalização com qualidade e equidade de um serviço cuja prestação é direito fundamental de todo cidadão. Quer dizer, o fim das políticas regulatórias de saneamento básico pode, por vezes, conflitar com a promoção das condições ótimas de mercado. A estrutura da AIR até ajuda na consecução desse objetivo, desde que se tenha uma compreensão correta das intenções da regulamentação nessa área e das limitações do expediente.

Agora, inegavelmente, estabelece-se aqui uma primeira contradição. Existe uma pressão compreensível quanto à velocidade da ANA para produzir os atos normativos que motivam muitas

131 Ibidem, p. 336 (referências suprimidas).

132 OCDE. **Recomendação do Conselho sobre Política Regulatória e Governança**, 2012, p. 26.

discussões no setor. Ora, mas justamente a importância da situação torna obrigatória uma análise minuciosa de todas as externalidades envolvidas. Se não se forma uma comunidade ideal de fala, se não são superadas as assimetrias informacionais, talvez seja difícil acreditar na segurança técnica das decisões.

Por isso, mais do que nunca, a AIR, cumprindo todas as suas etapas, deve ser exaurida, criando limites estáveis e racionais ao exercício da discricionariedade que, especialmente nesse caso, tem de produzir decisões técnicas. Aqui, pela relevância das coisas, não há espaço para a lógica de tentativa-erro; mesmo quando a proposta for disruptiva, precisa apresentar um alto índice de acerto. O investidor privado quer segurança jurídica e, se existe a necessidade de integrá-lo aos projetos, também pelas dificuldades das autarquias municipais e companhias estaduais, tudo deve ser ponderado. Mais uma vez, importa a relação entre a ação normativa das agências reguladoras e a sensibilidade dos controladores, evitando questionamentos que ultrapassem a competência, por exemplo, dos Tribunais de Contas, que não podem tentar definir as escolhas técnicas integrantes do universo legítimo do Poder Executivo.

O *Novo Marco Legal do Saneamento* incentiva um ambiente de concorrência, define metas, cria outras possibilidades de regionalização e procura organizar e aperfeiçoar o ambiente regulatório. São esses os seus pilares.

O papel de coordenação da ANA tem como ponto de chegada propiciar uma homogeneização do trabalho desenvolvido pelas reguladoras subnacionais; hoje, são mais de 70 atuando dentro do país, entre municipais, intermunicipais e estaduais. Um número, é importante que se diga, em constante modificação. Com isso, verifica-se uma fragmentação (ou dispersão) do sistema regulatório, o que não produz um bom resultado. A falta de uniformidade cria obstáculos aos interessados pelo setor, o denominado *custo da regulação* — minimizado com a eliminação de excessos, trabalho desenvolvido pela AIR.

A ANA, originalmente, encarregava-se de captação e lançamento, mas agora tem legitimidade para atuar em todo o ciclo, inclusive nos processos de tratamento da água e do esgoto. A coordenação regulatória, a capacitação de todos os que gravitam no setor e a elaboração de estudos técnicos são competências atribuídas à agência. Assim, a regulação contratual, a regulação discricionária

e a regulação econômica, reconhecendo-se que, eventualmente, ocupam os mesmos espaços, adquirem o protagonismo da reguladora nacional.

Que fique claro: a ANA não vai substituir as subnacionais, nem nos municípios onde não há definição de uma entidade reguladora, visto que não é seu papel ocupar-se da regulação direta. Não definirá tarifa, não fiscalizará diretamente a qualidade do serviço. Sua função prioritária, no curto prazo, é elaborar a agenda regulatória para o saneamento em 2022-2024 e concretizar as suas prioridades. Tenta-se oferecer para o setor o mundo público e o privado, a conquista de transparência, de segurança e de uma previsibilidade maior em termos de evolução do desenho proposto pelas normativas ante o *Novo Marco Legal*.

De qualquer sorte, a regulação do saneamento não será igual à do setor elétrico, até porque a ANA não terá o mesmo nível de *enforcement* da ANEEL e o incentivo financeiro, embora importante, é limitado. Observe que a reguladora infranacional, sendo a sua vontade, seguirá as normas de referência da ANA, mas o recurso decorrente dessa assimilação das orientações gerais se direcionará ao prestador do serviço. Com certeza, a ANA precisará exercer um poder acordado, administrando a regulação contratual e a regulação discricionária — especialmente a segunda, mais sofisticada, na medida em que pode ser revista durante a execução do contrato. Como frequentemente se diz, a segurança resultante de um contrato de longa duração reside no fato de que ele será modificado e, justamente, esses custos novos, não calculados no tempo certo, podem ser abrangidos pelo conceito de *fluxo de caixa marginal*.



Conclusão

Este trabalho é resultado de pesquisa iniciada em 2008, logo após a aprovação do Marco Legal do Saneamento (Lei n. 11.445/2007), cujo primeiro resultado imediato foi a defesa da tese de doutoramento na Universidade Federal do Rio Grande do Sul, em 2012, sob orientação da Professora Martha Lucía Olivar Jimenez. Desde então, acompanhou-se as discussões sobre a redação do Plano Nacional de Saneamento Básico e de um *Novo Marco do Saneamento Básico*, especialmente em face da necessidade urgente de universalização dos serviços relacionados a esta modalidade de serviço público. Sem dúvida, a Lei n. 14.026/2020 impõe ao setor outra dinâmica: será preciso compatibilizar os desafios histórico-jurídicos que nos foram legados com o *Novo Marco Legal* — os seus princípios, as suas regras, o seu diagnóstico do tempo presente e a sua dimensão prospectiva.

Ao longo deste livro, debateu-se algumas das experiências internacionais na prestação de serviços públicos de saneamento básico, dentro de uma conjuntura de valorização da água como bem público indispensável para a humanidade e o meio-ambiente. Erros e acertos foram percebidos, restando sempre muito claro que é preciso equilibrar as preocupações sociais, ambientais e econômicas para entregar um serviço de qualidade para todas as populações, em especial as mais carentes, de maneira sustentável.

Um dos dilemas é a escolha da modalidade de operação dos serviços, se pública, privada ou mista. As experiências internacionais não revelam a primazia da operação pública sobre a privada ou vice-versa. Há, na decisão político-administrativa, forte correlação entre os dilemas conjunturais do setor e a capacidade de investimento do Estado, observando-se, como flutuação natural das coisas, ciclos de concessão, de privatização e, até mesmo, de reestatização do setor, sem que isso implique na eleição de um tipo-ideal. Em outras palavras, não existe um sistema, uma metodologia perfeita, pois sempre prevalecerá o formato de operação que é mais ajustado observando-se um conjunto de circunstâncias.

Trazendo-se a discussão para o Brasil, o setor de saneamento, a partir dos anos 60 (século XX), conviveu com as diretrizes do

Planasa, na lógica de protagonismo dos Estados-membros e da União Federal por meio da concentração de contratos nas companhias estaduais para ganhos de escala que permitissem a sobrevivência de operações deficitárias. Variados foram os modelos de prestação testados nesse período, desde os contratos de concessão não licitados, os acordos interfederativos (art. 241 da CF) via contratos de programa (Lei n. 11.107/2005) até situações de fato (e irregulares), tendo-se as companhias estaduais e as autarquias municipais como principais executores da política. A tarifa era regulada pelo custo, ou seja, o operador era estimulado a fazer obras de infraestrutura para justificar a sua remuneração (Decreto n. 82.587/1978, art. 21 que regulamenta a Lei n. 6.528/1978, que dispõe sobre as tarifas dos serviços públicos de saneamento e dá outras providências).

Nessa esteira, o *Marco Legal do Saneamento* (Lei n. 11.445/2007) e o Plansab significaram, à sua época, uma tentativa de conduzir o saneamento básico no Brasil para a universalização dos serviços, sendo fixadas as metas de 99% de abastecimento de água tratada e de 90% de cobertura de coleta e tratamento de esgotamento sanitário, delegando-se aos municípios o ônus de redigir planos municipais, ainda sob a presença majoritária da operação pública no setor.

Todavia, esse racional não comprovou-se suficiente para resolver o déficit de infraestrutura apurado no setor, o que só se agravou com a crise fiscal vivida pelo Estado brasileiro nos anos seguintes. Desde o início, nos estudos desenvolvidos para a confecção do Plansab, os técnicos trabalharam nas suas conclusões com três diferentes cenários. O documento foi elaborado para um horizonte de vinte anos (2033), orientando o planejamento dos serviços a partir de simulações em relação ao futuro do Brasil. Em todas essas análises, nenhuma projeção foi capaz de considerar a hipótese de o Estado brasileiro experimentar dificuldades tão profundas — também em razão do cenário internacional —, seja no aspecto político, econômico, sanitário, agora potencializado pelas instabilidades climáticas. Diga-se de passagem, estudo recente da ANA mostra o impacto das mudanças climáticas nas regiões do Brasil, indicando um quadro com tendência de redução na disponibilidade hídrica para os próximos anos.¹³³

133 Impacto da Mudança Climática nos Recursos Hídricos no Brasil – Sumário Executivo/Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico, Brasília: ANA, 2024.

Pelo menos no Brasil, para as demandas mais imediatas, o modelo de operação pública parece não demonstrar capacidade para avançar na manutenção, na expansão, na qualificação e na diversificação da infraestrutura e dos serviços relacionados ao setor. No mínimo, esse foi o consenso produzido pelo Congresso Nacional e manifestado na aprovação do *Novo Marco Legal do Saneamento Básico*. Nessa virada de conceito, passou a existir uma preferência pela gestão privada dos serviços diante da expectativa de um virtuoso ciclo de investimentos endereçados para a universalização, com metas estipuladas para 31 de dezembro de 2033 (ou 2040).

Nessa esteira, para não deixar passar, fixando-se também metas de não intermitência do abastecimento, de redução de perdas e de melhoria nos processos de tratamento. Além disso, estipulou-se que o modelo de contratação de entidades não integrantes da administração indireta dos titulares dos serviços depende de um contrato de concessão (art. 10 da Lei n. 11.445/2007), precedido de licitação (CF, art. 175 e Lei n. 8.987/1995 e Lei n. 11.079/2004). Entende-se que tal medida trará maior segurança jurídica no cumprimento das obrigações contratuais, especialmente porque a técnica regulatória de uma concessão é muito mais complexa e eficiente do que a adotada em outros vínculos de caráter precário.

O *Novo Marco* também remodelou o tema da prestação regionalizada dos serviços, valorizando as alternativas previstas no Estatuto da Metrópole (Região Metropolitana, Aglomeração Urbana e Microrregião), além de novos arranjos institucionais e de governança (Bloco de Referência e Unidade Regional).¹³⁴ Importante destacar isso, o *Novo Marco Legal do Saneamento* não constrange, de nenhuma forma, a sobrevivência da ferramenta *subsídio cruzado*. Aliás, isso é destacado pelo voto do Min. Alexandre de Moraes na ADI n. 6.492/DF, quando afirma:

[...] o Novo Marco Legal tratou do subsídio cruzado do ponto de vista da regulação, da formação dos blocos de municípios e da gestão regionalizada dos serviços, instrumentos que permitiriam a conjugação de áreas de características distintas para o equilíbrio econômico da prestação e garantia da universalização.

134 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.492/DF**. Inteiro Teor do Acórdão (e-STF, doc. 41), p. 168.

Evidentemente, a regionalização dos serviços conviverá com dilemas de exercício de titularidade e de governança, sobretudo em regiões que conviverão com mais de um prestador de serviços. De outro lado, se todas as operações estiverem vinculadas ao mesmo operador, quando essa base de contratos decorreu de privatização de companhia estadual (Lei n. 14.026/2020, art. 14), pode-se manter a prática anterior, de uma tarifa que sirva de referência para o conjunto (o exemplo Corsan/Aegea), pelo menos em relação aos vínculos que terminam na mesma data (o ano de 2062).

Outra novidade trazida pelas mudanças legislativas no setor foi a expansão da competência da ANA, que tenta estimular uma padronização técnico-regulatória nos subsistemas por meio de normas de referência. Cabe à ANA propor normas técnicas abrangendo temas centrais à transição do modelo de prestação de serviços tais como: indenização de ativos, indicadores de qualidade e eficiência, modelo organizacional das agências reguladoras, parâmetros para determinação da caducidade dos contratos, reajuste tarifário, diretrizes para redução progressiva e controle de perdas de água.

Como discutido no decorrer do trabalho, o *Novo Marco* impõe outra realidade para os contratos vigentes e regulares, especialmente para as companhias estaduais e os seus contratos de programa. Nesse cenário, para que não haja prejuízo à continuidade dos serviços e à escala obtida por meio desse modelo de operação, será preciso interpretar a nova realidade sob a perspectiva de um típico *regime de transição*.

Dentro dessa conjuntura, os contratos de programa entre municípios e companhias estaduais pré-existentes à lei continuam em vigor até o seu ponto final, desde que, por meio da celebração de termo aditivo, passem a incorporar as cláusulas essenciais e os requisitos de validade dos contratos previstos nos arts. 10-A, 10-B e 11 da Lei n. 11.445/2007, como as metas de universalização (art. 10-A, I); a repartição de riscos (art. 10-A, IV); a comprovação da capacidade econômico-financeira do instrumento (art. 11, II); a metodologia de cálculo de eventual indenização relativa aos bens reversíveis e não amortizados por ocasião da extinção do contrato, previsão de receitas alternativas e de produção de água de reúso (art. 10-A, inciso II); e a existência de um cronograma de implantação das metas (art. 11, inciso V). Outrossim, a Lei n. 14.026/2020, no

seu art. 14, cria incentivos para a alienação do controle acionário das empresas estatais, permitindo-se, nessa hipótese, a troca dos contratos de programa vigentes por contratos de concessão, sem que ocorra a extinção da relação jurídica devido à revogação do § 6º do art. 13 da Lei n. 11.107/2005.

Por fim, permite-se concluir que a sobreposição do *Novo Marco* ao setor de saneamento ainda tem acentuada característica de indeterminação e dinamicidade, visto que os comandos legais dependem de complementação das normas de referência da ANA, das reguladoras infranacionais e da interpretação dos órgãos judiciais e de controle — na lógica de um sistema aberto.

Estima-se que para breve existirá uma nova correlação de forças, com um número cada vez maior de concessionárias especializadas em operar o serviço de abastecimento de água, esgotamento sanitário, resíduos sólidos em sentido amplo e drenagem urbana (concentração de tarefas), em extensas áreas territoriais (regionalização). Na verdade, diante da exigência de um volume expressivo de investimentos em curto período, para todos os subsistemas do setor de saneamento surge como desdobramento mais natural a formação de grupos econômicos — operadores e fundos de investimento — com capacidade para mobilizar recursos humanos e financeiros na proporção das cobranças impostas pela legislação setorial. Neste formato, sem dúvida, permanecem indeclináveis as funções do Estado, sob pena do novo modelo também fracassar. Em 2033, ou um pouco depois, saberemos o que aconteceu, e os que estiverem aqui serão cobrados por seus atos, posicionamentos e omissões. Desde já, não acredito no atingimento de todas as metas, mas sigo muito convicto de que haverá um substancial desenvolvimento do setor nos próximos anos, tornando o Brasil um lugar melhor para se viver.



BIBLIOGRAFIA

ABCON SINDCON. **Panorama da Participação Privada no Saneamento 2023**: a década do saneamento. Disponível em: <https://abconsindcon.com.br/panorama/>. Acesso em: 18 mar. 2024.

ALTH, Fernando. **Curso de direito sanitário**: a proteção do direito à saúde no Brasil. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

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

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015.

ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. Baden-Baden: Suhrkamp, 1985.

ALMEIDA, Guilherme de Assis; MOISÉS, Cláudia Perrone. (coords.). **Direito Internacional dos Direitos Humanos**: instrumentos básicos. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

ALOCHIO, Luiz Henrique Antunes. **Direito do Saneamento**: Introdução à Lei de Diretrizes Nacionais de Saneamento Básico (Lei Federal n. 11.445/2007). 2. ed. Campinas: Millennium, 2011.

AMARAL, Marcos Jordão Teixeira do. **Privatização no Estado Contemporâneo**. São Paulo: Ícone, 1996.

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

APMG INTERNATIONAL. BERGERE, Francois et tal. DAL POZZO, Augusto Neves et tal [trad.]. **Certified PPP Professional (CP3P) Guide – 2016**. Disponível em: <https://ppp-certification.com/sites/www.pppcertification.com/files/documents/Cap%C3%ADtulo%201%20-%20Parceria%20P%C3%BAblico-Privada%20Introdu%C3%A7%C3%A3o%20e%20Perspectiva%20Geral%20-%20Aug%202019.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2023.

APOLINÁRIO, Sílvia Menicucci de Oliveira Selmi. **Barreiras não tarifárias no comércio internacional e direito ao desenvolvimento**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

ARAGÃO, Alexandre Santos de; D'OLIVEIRA, Rafael Daudt. Considerações Iniciais sobre a Lei n. 14.026/2020: Novo Marco Regulatório do Saneamento Básico. In: GUIMARÃES, Fernando Vernalha (Coord.). **O Novo Direito do Saneamento Básico**: estudos sobre o novo marco legal do saneamento básico no Brasil (de acordo com a Lei nº 14.026/2020 e respectiva regulamentação). Belo Horizonte: Fórum, 2022.

ARAGÃO, Alexandre Santos. **Direito dos Serviços Públicos**. 4ª Ed. Belo Horizonte, Fórum, 2017.

ARAÚJO, Flávia Camargo de; BERTUSSI, Geovana Lorena. Saneamento Básico no Brasil: estrutura tarifária e regulação. *In: Planejamento e Políticas Públicas*, n. 51, jul./dez. 2018.

ARAÚJO, Suely Mara Vaz Guimarães de; JURAS, Ilidia da Ascensão Garrido Martins. **Comentários à Lei dos Resíduos Sólidos**: Lei nº 12.305, de 2 de agosto de 2010 (e seu regulamento). São Paulo: Editora Pillares, 2011.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE EMPRESAS DE LIMPEZA PÚBLICA E RESÍDUOS ESPECIAIS (ABRELPE). (2022) **Panorama dos Resíduos Sólidos no Brasil 2022**. São Paulo: ABRELPE. Disponível em: <https://abrelpe.org.br/panorama/>. Acesso em: 20 fev. 2024.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE ENGENHARIA SANITÁRIA E AMBIENTAL (ABES). **Controle e redução de perdas nos sistemas públicos de abastecimento de água**, 2015.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4. ed. Brasil: Editora Malheiros, 2004.

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

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

AZPIAZU, Daniel; SCHORR, Martín. La Privatización del agua en la región metropolitana de Buenos Aires. *In: GROSSE, R.; SANTOS, C.; TAKS, J.; THIMMEL, S. (comp.). Las cannillas abiertas de América Latina II: La Lucha contra la privatización del agua y los desafíos de una gestión participativa y sustentable de los recursos hídricos*. Montevideo: Casa Bertolt Brecht, 2006.

BANCO INTERNACIONAL PARA RECONSTRUÇÃO E DESENVOLVIMENTO/BANCO MUNDIAL. **Relatório sobre o Desenvolvimento Mundial 2006** (visão geral) — Equidade e Desenvolvimento. Washington: Oxford University Press, 2006.

BANCO MUNDIAL. A Agenda da Água no Brasil: uma perspectiva do Banco Mundial. *In: O Pensamento do Setor de Saneamento no Brasil: Perspectivas Futuras*, PMSS, Presidência da República, Secretaria Especial de Desenvolvimento Urbano — SEDU/PR, Série Modernização do Setor de Saneamento, IPEA/BIRD/UNDP, 2002.

BANCO MUNDIAL. América Latina e Caribe. Brasil. Grupo Banco Mundial. **Relatório Sobre Clima e Desenvolvimento para o País 2023**. Washington: World Bank Publications, 2023.

BARAK, Aharon. **Proportionality**: Constitutional Rights and their Limitations. Tradução: Doron Kalir. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2012.

BARBAN, Vilma. **Fórum Mundial da Água** — questões fundamentais e muitas controvérsias. Disponível em: <http://seer.fclar.unesp.br/redd/article/view/1737/1416>. Acesso em 20 mar. 2012.

BARBOSA, Raphael de Paiva; BASTOS, Ana Paula Vidal. A participação privada na provisão dos serviços de água e esgotamento sanitário no Brasil: um estudo comparativo da eficiência dos prestadores de serviços. **Revista de Estudos Sociais**, v. 15, n. 30, p. 106-130, 2013.

BARROSO, Luis Roberto. Saneamento: competência constitucional da União, Estados e Municípios. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 38, n. 153, jan./mar. 2002.

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

BERTOCCOLI, Rodrigo de Pinho. **Prestação regionalizada de saneamento básico no Brasil**: experiências concretas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2023.

BINENBOJM, Gustavo. Análise de Impacto Regulatório. In: NETO, Floriano Peixoto Marques; RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz; LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Comentários à Lei de Liberdade Econômica**: Lei n. 13.874/2019. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo**: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2014

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

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

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

BRAGA, Benedito; PAPA, João Paulo Tavares. Saneamento no Brasil tem Solução? O Caso Sabesp. In: ZULIANI, G; DAL POZZO, A. **Saneamento Básico**: Uma Lei e um Marco. Belo Horizonte: Fórum, 2023.

BRASIL. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), Ministério da Economia, Secretaria Especial de Produtividade e Competitividade, Secretaria de Desenvolvimento da Infraestrutura. Catálogo de Parâmetros – **Anexo do Guia Geral de Análise Socioeconômica de Custo-Benefício de Projetos de Investimento em Infraestrutura**, Brasília-DF, Versão 1, julho de 2022.

BRASIL. Ministério da Economia. Secretaria Especial de Produtividade e Competitividade. Secretaria de Desenvolvimento da Infraestrutura, Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID), *Infrastructure and Projects Authority* do Reino Unido (IPA-UK). **Estruturação de Propostas de Investimento em Infraestrutura**: Modelo de Cinco Dimensões. Brasília: SDI/SEPEC/Ministério da Economia, 2022.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Regional. Secretaria Nacional de Saneamento. **Plano Nacional de Saneamento Básico (Plansab)**: Relatório do Avaliação Anual 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/mdr/pt-br/assuntos/saneamento/plansab/2RELATRIODEAVALIAOANUALDOPLANSAB2020.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2022.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Regional. Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento (SNIS). **Diagnóstico Temático Drenagem e Manejo das Águas Pluviais Urbanas**: Visão Geral. Ano de Referência 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/cidades/pt-br/acesso-a-informacao/acoes->

-e-programas/saneamento/snis/produtos-do-snis/diagnosticos-snis. Acesso em: 20 fev. 2024.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Regional. Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento (SNIS). **Diagnóstico Temático Manejo de Resíduos Sólidos Urbanos: Visão Geral**. Ano de Referência 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/cidades/pt-br/aceso-a-informacao/acoes-e-programas/saneamento/snis/produtos-do-snis/diagnosticos-snis>. Acesso em: 20 fev. 2024.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Regional. Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento (SNIS). **Diagnóstico Temático Serviços de Água e Esgoto: Visão Geral**. Ano de Referência 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/cidades/pt-br/aceso-a-informacao/acoes-e-programas/saneamento/snis/produtos-do-snis/diagnosticos-snis>. Acesso em: 20 fev. 2024.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Reforma do Estado para a Cidadania** — a Reforma Gerencial Brasileira na Perspectiva Internacional. São Paulo: Editora 34; Brasília: ENAP, 1998.

BRITO, Ana Lúcia *et al.* **Panorama do Saneamento Básico no Brasil: Avaliação Político-Institucional do Setor de Saneamento Básico, Volume IV**. Brasília, Ministério das Cidades/Secretaria Nacional de Saneamento Ambiental, 2011.

BRITO, Eder dos Santos. Consórcios Intermunicipais no Federalismo Brasileiro: coordenação, colaboração e nova Governança Pública. *In*: BRITO, Eder dos Santos. Carneiro, José Mario Brasiliense. (org). **Consórcios Intermunicipais e Políticas Públicas Regionais**. 1 ed. São Paulo: Oficina Municipal. 2019.

BUENO, Eduardo. **Passado a Limpo: História da Higiene Pessoal no Brasil**. São Paulo: Gabarito de Marketing Editorial, 2007.

CABRAL, Lorena Soares Laia *et al.* Privatizar ou não privatizar? Uma análise longitudinal dos serviços de abastecimento de água no Brasil. **Revista de Engenharia Sanitária e Ambiental**, v. 23, n. 4, p. 811-822, 2018.

CAETANO, Marcello. **Manual de Direito Administrativo**, Volume II. Coimbra: Edições Almedina, 2008.

CALDERAN, Thanabi Bellenzier. **Consórcio Público Intermunicipal de Gerenciamento de Resíduos Sólidos Domésticos: um estudo de caso**. 2013. Dissertação (Mestrado em Ambiente e Desenvolvimento) – Universidade do Vale do Taquari, Lajeado, 2013.

CAMACHO, F. T.; RODRIGUES, B. Regulação Econômica de Infraestruturas: Como Escolher o Modelo Mais Adequado? **Revista do BNDES**, n. 41, 2014.

CAMPOS, Rodrigo Pinto de. Regulação e Federalismo no Serviço Público de Saneamento Básico. *In*: MOTA, Carolina. (coord.). **Saneamento Básico no Brasil: aspectos jurídicos da Lei Federal n. 11.445/2007**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

CANARIS. Claus-Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**. Introdução e tradução de A. Menezes Cordeiro. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

CAPOBIANCO, João Paulo Ribeiro; SANTOS, Gesmar Rosa dos; CHECCO, Guilherme Barbosa; MENDES, Alesi Teixeira. Saneamento Básico no Brasil: Perfil do Investimento Público para a Universalização e Promoção do Direito Humano à Água. *In*: INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). **Boletim**

Regional, Urbano e Ambiental n. 29 – jan./jun. 2023. Rio de Janeiro: IPEA, 2023.

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

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

CARVALHO, Vinícius Marques de. Elementos para a Implementação do Novo Marco Regulatório na Gestão dos Serviços de Saneamento Básico no Brasil (série GV Law). *In*: SCHAPIRO, Mário Gomes. (coord.). **Direito e Economia na Regulação Setorial**. São Paulo: Saraiva, 2009.

CARVALHO, Vinícius Marques de. **O Direito do Saneamento Básico**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

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

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

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

CASTRO, Tiane Lobato de. Os Princípios Legais do Saneamento. *In*: DAL POZZO, Augusto Neves; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; BERTOCCELLI, Rodrigo de Pinho. (coords.). **Tratado sobre o marco regulatório do saneamento básico no Direito brasileiro**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2017.

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

COHEN, Isadora Chansky *et al.* Serviços Públicos de Drenagem e Manejo de Águas Pluviais Urbanas na Vigência da Lei n. 14.020/2020: O Desafio da Interdependência com os serviços de esgotamento sanitário e sua sustentabilidade econômico-financeira. *In*: **Saneamento Básico no Brasil: práticas e reflexões após 2 anos da edição da Lei n. 14.026/2020/** coordenado por Carlos Roberto de Oliveira, Mariana Campos de Souza – Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2023.

COHEN, Isadora; ALTALE, Marcela; MOURA, Viviane. Regionalização nos serviços de saneamento básico e novo marco regulatório do setor. *In*: **Jota**, 10 ago. 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/infra/regionalizacao-nos-servicos-de-saneamento-basico-e-novo-marco-regulatorio-do-setor-1008%E2%80%A6>. Acesso em: 06 nov. 2020.

COHRE, AAAS, SDC, and UN-HABITAT. **Manual on the Right to Water Sanitation: A tool to assist policy makers and practitioners develop strategies for implementing the human right to water and sanitation**. 2007, p. XVI. Disponível em: http://www.worldwatercouncil.org/fileadmin/wwc/Programs/Right_to_Water/Pdf_doct/RTWP_20Manual_RTWS_Final.pdf. Acesso em: 06 nov. 2020.

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



COHRE; WATER AID; COSUDE y UNIHABITAT. **Saneamiento**: un imperativo de derechos humanos. Ginebra, 2008.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

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

COSTA, Fábio Moraes; FERREIRA, Felipe Ramos; RAINHO, Alice Guimarães. Determinantes da Redução da Perda de Distribuição de Água nas Empresas de Saneamento. *In*: **XXI USP International Conference in Accounting**. 2019. Disponível em: https://congressousp.fipecafi.org/anais/Anais2019_NEW/Art.sDownload/1736.pdf. Acesso em: 06 nov. 2020.

COSTA, Regina Helena Pacca Guimarães. Água: matéria-prima primordial à vida. *In*: TELLES, Dirceu D'Alkmin e COSTA, Regina Helena Pacca Guimarães. **Reúso da Água**: conceitos, teorias e práticas. 2ª ed. São Paulo: Blucher, 2010.

COSTA, Regina Helena Pacca Guimarães. Esgoto. *In*: TELLES, Dirceu D'Alkmin e COSTA, Regina Helena Pacca Guimarães. **Reúso da Água**: conceitos, teorias e práticas. 2ª ed. São Paulo: Blucher, 2010.

COSTA, Regina Helena Pacca Guimarães. Poluição da Água. *In*: TELLES, Dirceu D'Alkmin e COSTA, Regina Helena Pacca Guimarães. **Reúso da Água**: conceitos, teorias e práticas. 2ª ed. São Paulo: Blucher, 2010.

COSTA, Regina Helena Pacca Guimarães. Reúso. *In*: TELLES, Dirceu D'Alckmin. COSTA, Regina Helena Pacca Guimarães. **Reúso da Água**: conceitos teorias e práticas. 2ª ed. São Paulo: Blucher, 2010.

COSTA, Regina Helena Pacca. Consumo de Água. *In*: TELLES, Dirceu D'Alkmin e COSTA, Regina Helena Pacca. **Reúso da Água**: conceitos, teorias e práticas. 2ª ed. São Paulo: Blucher, 2010.

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

CRUCIOLI, João Igor; SILVA, Thiago Oliveira; TORRES, Lucas Yamauchi; SILVA, Débora Pereira da; LIMA FILHO, Cleomar Rodrigues. Tratamento ineficiente do esgoto sanitário por contrato de subdelegação no município de Jataí: avaliação dos impactos causados aos usuários. *In*: **XXX Congresso Nacional de Saneamento e Meio Ambiente**. Disponível em: https://www.saneamentobasico.com.br/wp-content/uploads/2019/12/fenasan2019_159.pdf. Acesso em: 06 nov. 2020.

CUNHA, Alexandre dos Santos *et al.* Poder Concedente e Marco Regulatório no Saneamento Básico. **Cadernos Direito GV**, v. 2, São Paulo, mar. 2006.

CUSTÓDIO, Helita B. Princípios Constitucionais da Proteção das Águas. *In*: KISHI, Sandra *et al.* (org.). **Desafios do Direito Ambiental no Século XXI**: estudos em homenagem a Paulo Affonso Leme Machado. São Paulo: Malheiros, 2005.

D'ISEP, Clarissa Ferreira Macedo. Água Juridicamente Sustentável. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

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

DANTAS, Camila Pezzino Balaniuc. A questão da competência para a prestação do serviço público de saneamento básico no Brasil; *In*: PICIN, Juliana; FORTINI, Cristiana. (orgs.). **Saneamento Básico: estudos e pareceres à luz da Lei n. 11.445/2007**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009.

DE LA FUENTE, José. Spain: Public-Private Partnerships in Healthcare and Network Services. *In*: TEICHER *et al.* **Sharing Concerns: Country Case Studies in Public-Private Studies**. Newcastle: Cambridge Scholars Publishing, 2019.

DE MELO, Ana Léa Ribeiro Lemos. **Comparação de desempenho entre governanças de provisão de serviços públicos: uma análise para o saneamento básico brasileiro**. Universidade Federal de Uberlândia — Instituto de Economia e Relações Internacionais, 2019.

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

DEL CASTILLO, Lilian. **Los Foros Del Agua: Del Mar del Plata a Estambul**. CARI — Documentos de trabalho n. 86, ago. 2009. Tradução nossa. Disponível em: https://www.internationalwaterlaw.org/bibliography/articles/general/Foros_del_Agua_libro.pdf. Acesso em: 20 set. 2020.

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

DETONI, Eliane; GIUSEPPIN, Lucas Mendonça. A efetividade e competitividade dos procedimentos de manifestação de interesse conduzidos pelo estado de Mato Grosso do Sul. *In*: FAJARDO, G; COHEN, I; CARELLI, C. **INFRACAST: Concessões, Parcerias Público-Privadas e Privatizações**. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 31ª ed. São Paulo: Forense, 2018.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**. 12ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2019.

DÍEZ, Salvador Parrado. **Sistemas Administrativos Comparados: Temas de Gestión y Administración Pública**. Madrid: Editorial Tecnos, 2002.

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

DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1978.

ENEI, José Virgílio Lopes. **Project Finance: Financiamento com Foco em Empreendimentos (Parcerias Público-Privadas, Leveraged Buy-outs e outras figuras afins)**. São Paulo, Saraiva, 2007.

ENTERRÍA, Eduardo García de. **Revolucion Francesa y Administracion Contemporanea**. 5. ed. Madrid: Editorial Civitas, 1998.

EUROPEAN COMMISSION. Expert Panel on Effective Ways of Investing in Health. **Health and Economics Analysis for an Evaluation of the Public-Private**

Partnerships in Health Care Delivery across Europe (2014). Disponível em: https://eupha.org/repository/sections/hsr/003_assessmentstudyppp_en.pdf. Acesso em: 05 ago. 2020.

FAGUNDES, Márcia Margarete. Teoria da Captura do Regulador de Serviços Públicos. In: SOUTO, Marcos Juruena Villela; MARSHALL, Carla. (coord.). **Direito Empresarial Público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Agências Reguladoras**: Legalidade e Constitucionalidade. 2010, p. 10. Disponível em: <http://www.bresserpereira.org.br/Documents/MARE/Agencias/AgenciasReguladoras.PDF>. Acesso em: 06 nov. 2020.

FERRAZ, Sérgio. Princípios do Direito do Saneamento. In: GUIMARÃES, Fernando Vernalha (Coord.). **O Novo Direito do Saneamento Básico**: estudos sobre o novo marco legal do saneamento básico no Brasil (de acordo com a Lei nº 14.026/2020 e respectiva regulamentação). Belo Horizonte: Fórum, 2022.

FERREIRA, Artur Villela. OLIVEIRA, Gesner. **Nem Negacionismo, Nem Apocalipse. Economia do Meio Ambiente**: Uma Perspectiva Brasileira. 1ª ed. São Paulo: BEI Editora, 2021.

FERREIRA, Ximena Cardozo. **Inundações Urbanas**: Gestão de Riscos com Foco na Prevenção de Danos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

FIGUERES, Christiana; LE QUÉRÉ, Corine; MAHINDRA, Anand; BÄTE, Oliver; WHITEMAN, Gail; PETERS, Glen; GUAN, Dabo. Emissions are still rising: ramp up the cuts. **Nature**. Online, 05, dez. 2018. Disponível em: <https://www.nature.com/articles/d41586-018-07585-6>. Acesso em: 10 jul. 2023.

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

FREITAS, Fernando Garcia; MAGNABOSCO, Ana Lelia. **Benefícios Econômicos e Sociais da Expansão do Saneamento Brasileiro**. Instituto Trata Brasil e pela EX ANTE Consultoria. Disponível em: <http://www.tratabrasil.org.br/imagens/estudos/itb/beneficios/Relat%C3%B3rio-Benef%C3%ADcios-do-saneamento-no-Brasil-04-12-2018.pdf>. Acesso em: 06 nov. 2020.

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**: Direito ao Futuro. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

FROTA, Leandro Mello; HOSKEN, Rodrigo Santos. Breve análise acerca da estrutura tarifária de água, esgoto e tarifa social. In: ZULIANI, G; DAL POZZO, A. **Saneamento Básico**: Uma Lei e um Marco. Belo Horizonte: Fórum, 2023.

GAETANI, Francisco; ALBUQUERQUE, Kélvia. Análise de impacto regulatório e melhoria regulatória. In: RAMALHO, Pedro Ivo Sebba. (org.). **Regulação e Agências Reguladoras**: Governança e Análise de Impacto Regulatório. Brasília: Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) e Casa Civil da Presidência da República, 2009.

GALÍPOLO, Gabriel Muricca. Incentivos Públicos e Privados. In: FAJARDO, G; COHEN, I; CARELLI, C. **INFRACAST**: Concessões, Parcerias Público-Privadas e Privatizações. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

GALLACI, Fernando Bernardi. Reflexão acerca das disputas jurídicas envolvendo o setor de saneamento brasileiro. **Revista de Direito Administrativo Contemporâneo**, São Paulo, v. 3, n. 21, p. 95-118, nov./dez. 2015.

GALVÃO JUNIOR, Alceu de Castro *et al.* Análise de Contratos de Concessão para a Prestação de Serviços de Água e Esgoto no Brasil. **Revista de Engenharia Sanitária e Ambiental**, v. 11, n. 4, out./dez. 2006.

GALVÃO JUNIOR, Alceu de Castro *et al.* Viabilidade da Regulação Infranacional dos Serviços de Abastecimento de Água e Esgotamento Sanitário sob a Lei n. 11.445/2007. **Revista de Engenharia Sanitária e Ambiental**, v. 13, n. 2, abr./jun. 2008.

GARCIA-KILROY; RUDOLPH. (coord.). **Financiamento Privado de Infraestruturas através de PPPs na América Latina e no Caribe**. Grupo Banco Mundial. Disponível em: <https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/26406/114418ovPT.pdf>. Acesso em: 30 jul. 2020.

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

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. A Evolução Jurídica do Serviço Público de Saneamento Básico. In: OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; DAL POZZO, Augusto Neves. (coords.). **Estudos sobre o Marco Regulatório do Saneamento no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. Apontamentos sobre o Decreto n. 10.710/2021 e a Comprovação da Capacidade Econômico-financeira dos Prestadores de Serviço de Saneamento Básico para Viabilizar a sua Universalização. In: GUIMARÃES, Fernando Vernalha (Coord.). **O Novo Direito do Saneamento Básico**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2022.

GUNTHER, Wanda Maria Risso; RODRIGUES, Angela Cassia. **Modelos de Responsabilidade para Produtos Pós-consumo**: Discussão do Caso Brasileiro. 34º Congresso Interamericano de Engenharia Sanitária e Ambiental, México, Monterrey: 2014.

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

HART, H. L. A. **The Concept of Law**. Oxford: Clarendon Press, 1961.

HEINEN, Juliano. **Curso de Direito Administrativo**. 2ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2021.

HELLER, Léo *et al.* (org.). **Panorama do Saneamento Básico no Brasil**: Visão estratégica para o futuro do saneamento básico no Brasil, Volume VI, Brasília: Ministério das Cidades/Secretaria Nacional de Saneamento Ambiental, 2011.

HELLER, Léo. **Os Direitos Humanos à Água e ao Saneamento**, Rio de Janeiro: Fiocruz, 2022.

HELLER, Léo; APARECIDA, Uende; GOMES, Figueiredo. **Panorama do Saneamento Básico no Brasil**. Elementos Conceituais para o Saneamento Básico, Volume I, Brasília: Ministério das Cidades/Secretaria Nacional de Saneamento Ambiental, 2011.



HELLER, Léo; MORAES, Luiz Roberto Santos; BRITTO, Ana Lucia; BORJA, Patrícia Campos; REZENDE, Sonaly Cristina. **Panorama do Saneamento Básico no Brasil**: Análise Situacional dos Programas e Ações Federais, Volume III, Brasília, Ministério das Cidades/Secretaria Nacional de Saneamento Ambiental, 2011.

HELLER, Léo; PÁDUA, Valter Lúcio de (org.). **Abastecimento de água para consumo humano**. Volume I. 2ª ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2010.

HERNANDEZ, Marisol Anglés. El Desarrollo Sostenible al Centro de la Tríada *In*: MILARÉ, Edis; MACHADO, Paulo Affonso Leme. (org.). **Direito Ambiental**: Direito Ambiental Internacional e temas atuais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

IFC. International Finance Corporation. **Manual sobre Contratos de Performance e Eficiência para Empresas de Saneamento em Brasil**, 2013.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). **Perfil dos municípios brasileiros - Saneamento básico**: aspectos gerais da gestão da política de saneamento básico. Rio de Janeiro: IBGE, Coordenação de População e Indicadores Sociais, 2018.

INSTITUTO TRATA BRASIL. **Perdas de Água 2023 (SNIS 2021)**: Desafios para Disponibilidade Hídrica e Avanço da Eficiência do Saneamento Básico no Brasil. Disponível em: <https://tratabrasil.org.br/perdas-de-agua-2023/>. Acesso em: 11 mar. 2024.

INSTITUTO TRATA BRASIL. **Benefício Econômicos e sociais da Expansão do Saneamento no Brasil**. 2022. Disponível em: <https://tratabrasil.org.br/beneficios-economicos-e-sociais-da-expansao-do-saneamento-no-brasil/>. Acesso em: 12 jul. 2023.

KORKELIA, Konstantin. New Challenges to the Regime of Reservations under the International Covenant on Civil and Political Rights. **European Journal of International Law**. v. 13, n. 2. Oxford: Oxford University Press, 2002.

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

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

LEAL, Fernando. Análise de impacto regulatório e proporcionalidade: semelhanças estruturais, mesmos problemas reais? **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 9, n. 3, 2020.

LEONI, Fernanda e GIAMUNDO NETO, Giuseppe. Gestão Associada e Outros Arranjos Institucionais para a Prestação dos Serviços de Saneamento. *In*: DAL POZZO, Augusto Neves. **Lei Federal n. 14.026/2020**: O Novo Marco Regulatório do Saneamento Básico. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

LINDHQUIST, Thomas. **Extended Producer Responsibility in Cleaner Production**: Policy Principle to Promote Environmental Improvements of Product Systems. [Tese de doutorado], The International Institute for Industrial Environmental Economics. IIIEE, Lund University, 2000.

MACCORMICK, Neil. **Rhetoric and the Rule of Law**: a theory of legal reasoning. Oxford: Oxford University Press, 2005.

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

MADEIRA, Rodrigo Ferreira. O setor de saneamento básico no Brasil e as implicações do marco regulatório para a universalização do acesso. **Revista do BNDES**, v. 33, jun. 2010, p. 127.; GALVÃO JUNIOR, Alceu de Castro; PAGANINI, Wanderley da Silva. Aspectos conceituais da regulação dos serviços de água e esgoto no Brasil. **Revista de Engenharia Sanitária e Ambiental**, v. 14, n. 1, jan./mar. 2009.

MARANHÃO, Pedro. Maior Programa Ambiental do Mundo: o Novo Marco Legal do Saneamento Básico, seus desafios e benefícios esperados. In: ZULIANI, G; DAL POZZO, A. **Saneamento Básico: Uma Lei e um Marco**. Belo Horizonte: Fórum, 2023.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Concessões**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

MARQUES, Sílvia Badim; DELDUQUE, Maria Célia. Saúde e Saneamento Básico: Relação Necessária na Perspectiva do Direito. In: MOTA, Carolina. (coord.). **Saneamento Básico no Brasil: Aspectos Jurídicos da Lei Federal 11.445/2007**. São Paulo: Quartier Latin, 2010. Disponível em: <http://www.un-documents.net/h2o-dub.htm>. Acesso em: 02 fev. 2012.

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

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

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

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. A Proteção Internacional dos Direitos Humanos e o Direito Internacional do Meio Ambiente. **Revista Argumenta**, n. 9, jul./dez. 2009. Revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da FUNDINOPI. Paraná.

MEIRELLES, Hely Lopes; BURLE FILHO, José Emmanuel. **Direito Administrativo Brasileiro**. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

MENDES, Alesi Teixeira. Precisamos Desenterrar a Drenagem Urbana no Brasil. In: INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA – IPEA. **Boletim Regional, Urbano e Ambiental n. 29 – jan./jun. 2023**. Rio de Janeiro: IPEA, 2023.

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

MINISTÉRIO DA ECONOMIA, BID, UK Government, UK/SIP, CODEX. **Metodologia de Sustentabilidade do Monitor de Investimentos**: Setor de Mudanças Climáticas e Desenvolvimento Sustentável, dez. 2022.

MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. **Plano Nacional de Resíduos Sólidos — Planares 2022**. Disponível em: <https://sinir.gov.br/informacoes/plano-nacional-de-residuos-solidos/>. Acesso em: 03 abr. 2024.



MORAES, Luiz Roberto Santos; BORJA, Patrícia Campos. Revisitando o conceito de saneamento básico no Brasil e em Portugal. **Revista do Instituto Politécnico da Bahia**, v. 20, n. 7, p. 5-11, 2014.

MOREIRA, Egon Bockmann. **O Novo Marco Legal do Saneamento e a Impossibilidade de Prorrogação de Contratos de Programa**. Disponível em: <https://zenite.blog.br/o-novo-marco-legal-do-saneamento-e-a-impossibilidade-de-prorrogacao-de-contratos-de-programa/>. Acesso em: 05 fev. 2022.

MOTA, Carolina. (coord.). **Saneamento Básico no Brasil: Aspectos Jurídicos da Lei Federal n. 11.445/2007**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

MUÑOZ, Jaime Rodríguez-Arana. **Direito Fundamental à Boa Administração Pública**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012.

NETO, Percy Soares. Um Olhar sobre o Entendimento para a Aprovação do Novo Marco do Saneamento. In: ZULIANI, G; DAL POZZO, A. **Saneamento Básico: Uma Lei e um Marco**. Belo Horizonte: Fórum, 2023.

NOVAES, Carlos e MARQUES, Rui. **Águas Pluviais Urbanas: O Novo Marco Legal do Saneamento no Brasil Significa uma Nova Oportunidade Rumo à Universalização?** In: INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA – IPEA. **Boletim Regional, Urbano e Ambiental n. 29 – jan./jun. 2023**. Rio de Janeiro: IPEA, 2023.

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

NUSDEO, Fábio. **Curso de Economia: Introdução ao Direito Econômico**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

OCDE. **Regulatory Policies in OECD Countries: From Interventionism to Regulatory Governance**. Paris: OCDE, 2002. Disponível em: https://www.oecd-ilibrary.org/governance/regulatory-policies-in-oecd-countries_9789264177437-en. Acesso em: 10 jan. 2023.

OLIVEIRA, Carlos Roberto. Em busca da efetividade na regulação: os avanços e desafios jurídico-institucionais das agências reguladoras de saneamento. In: DAL POZZO, Augusto Neves; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; BERTOCCELLI, Rodrigo de Pinho. (coords.). **Tratado sobre o marco regulatório do saneamento básico no Direito brasileiro**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2017.

OLIVEIRA, Celso Maran *et al.* **Direito Internacional das Águas Doces**. São Paulo: Rima, 2009.

OLIVEIRA, Gesner *et al.* **Estudo Técnico: Remunicipalização dos Serviços de Saneamento Básico**. São Paulo: GO Associados, 2018. Disponível em <https://goassociados.com.br/wp-content/uploads/2018/11/Parecer-remunicipaliza%C3%A7%C3%A3o-saneamento.pdf>. Acesso em: 29 mar. 2021.

OLIVEIRA, Gesner *et al.* Novo Marco do Saneamento: uma janela de oportunidade para eliminar o atraso no saneamento. In: ZULIANI, G; DAL POZZO, A. **Saneamento Básico: Uma Lei e um Marco**. Belo Horizonte: Fórum, 2023.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de; FERREIRA, Kaline. A Mediação e a Arbitragem dos Conflitos no Setor de Saneamento Básico à Luz da Lei Federal 14.026/2020. In: DE OLIVEIRA, Carlos Roberto e GRANZIERA, Maria Luiza Machado. **Novo Marco do Saneamento Básico no Brasil**. Indaiatuba: Foco, 2021.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. O Planejamento do Serviço de Saneamento Básico na Lei n. 11.445/2007 e no Decreto 7.217/2010. *In*: DAL POZZO, Augusto Neves; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; BERTOCCELLI, Rodrigo de Pinho. (coords.). **Tratado sobre o marco regulatório do saneamento básico no Direito brasileiro**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2017.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Novo perfil da Regulação Estatal**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

OLIVEIRA, Thiago Guedes; REZENDE, Sonaly; HELLER, Léo. Privatização dos serviços de saneamento: uma análise qualitativa à luz do caso de Cachoeiro de Itapemirim. *In*: **Revista de Engenharia Sanitária e Ambiental**, v. 16, n. 4, out./dez., 2011.

ONO, Fabio Hideki; BRITTO, Alzemer; FRANÇA, André Luiz Felisberto. Os 5CS dos Resíduos Sólidos Urbanos no Marco do Saneamento. *In*: ZULIANI, G; DAL POZZO, A. **Saneamento Básico: Uma Lei e um Marco**. Belo Horizonte: Fórum, 2023.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, A CIÊNCIA E A CULTURA (UNESCO). **The United Nations world water development report 2019: leaving no one behind**. Paris: UNESCO, 2019. Disponível em: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000367306>. Acesso em: 22 set. 2020.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (OMS). Relatório Mundial da Saúde. **Financiamento dos Sistemas de Saúde: O caminho para a cobertura universal**. Disponível em: <http://www.who.int/eportuguese/publications/WHR2010.pdf?ua=1>. Acesso em: 02 mar. 2020.

OSSORIO, Alfredo. El Sentido de las innovaciones de gestión en la Argentina. *In*: **XII Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública**, Sto. Domingo, Rep. Dominicana, 2007.

PATO, João Howell. **História das políticas públicas de abastecimento e saneamento de águas em Portugal**. Lisboa: ICS, 2011.

PELLEGRINI, Guilherme Martins. Regulação do Saneamento e Participação Pública. *In*: DAL POZZO, Augusto Neves; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; BERTOCCELLI, Rodrigo de Pinho. (coords.). **Tratado sobre o marco regulatório do saneamento básico no Direito brasileiro**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2017.

PEREIRA, Luiz Gonzaga Alves. Avanços e desafios do novo marco legal do saneamento no setor de resíduos sólidos. *In*: ZULIANI, G; DAL POZZO, A. **Saneamento Básico: Uma Lei e um Marco**. Belo Horizonte: Fórum, 2023.

PEREZ, Francisca Villalba. El arrendamiento de servicios públicos como modalidad de gestión indirecta em el ámbito local. *In*: WAGNER, Francisco Sosa. **El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI**, Homenaje ao Profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo, Tomo I. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.

PESSOA, João Paulo. Constituição, Saneamento Básico e Controle Social. *In*: DAL POZZO, Augusto Neves; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; BERTOCCELLI, Rodrigo de Pinho. (coords.). **Tratado sobre o marco regulatório do saneamento básico no Direito brasileiro**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2017.

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



PIGOU, Arthur Cecil. **The Economics of Welfare** (1920). Londres: Pelgrave Macmillan, 2013.

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

PINTO, Bibiana Graeff Chagas. **La Gestion des Services Publics de Distribution et D'Assainissement de L'eau**: etude comparée en droit français et brésilien, These pour le Doctorat en Droit, Université Paris I, Pantheon Sorbonne. Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2008. p. 19.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

PIOVESAN, Flávia. Introdução ao Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos: a Convenção Americana de Direitos Humanos *In*: GOMES, Luiz Flávio; PIOVESAN, Flávia. (coord.). **O Sistema Interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

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

POMPEU, Cid Tomanik. **Direito de Águas no Brasil**. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

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

POSNER, Richard. **Natural Monopoly and its Regulation**. Washington: Cato Institute, 1999.

PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO (PNUD), **Human Development Report 2019**. Disponível em: http://hdr.undp.org/sites/default/files/hdr_2019_pt.pdf. Acesso em: 22 set. 2020.

PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO (PNUD). A água para lá da escassez: poder, pobreza e a crise mundial da água. **Relatório do Desenvolvimento Humano/GRDH**. New York, 2006.

PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO (PNUD). Aprofundar a Democracia em um mundo fragmentado. **Relatório do Desenvolvimento Humano/GRDH**. New York, 2002.

PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO (PNUD). Desenvolvimento Humano para Todos. **Relatório do Desenvolvimento Humano/GRDH**. New York, 2016.

REES, Ray. Théories économiques des privatisations: exemple de la Grande-Bretagne. *In*: **Les Privatisations en Europe**: Programmes et Problèmes sous la Direction de Vincent Wright, Actes Sud, 1993.

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

REZENDE, Sonaly Cristina *et al.* (org.). Panorama do Saneamento Básico no Brasil — **Cadernos Temáticos para o Panorama do Saneamento Básico no**

Brasil, Volume VII, Brasília, Ministério das Cidades/Secretaria Nacional de Saneamento Ambiental, 2011.

REZENDE, Sonaly Cristina; HELLER, Léo. **O Saneamento no Brasil: políticas e interfaces**. 2. ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2008.

RIBEIRO, Wladimir Antônio. O Contrato de Programa. *In*: DE OLIVEIRA, Carlos Roberto e GRANZIERA, Maria Luiza Machado. **Novo Marco do Saneamento Básico no Brasil**. Indaiatuba/SP, Editora Foco, 2021.

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

RICHER, Laurent. **Droit des Contrats Administratifs**. 2. ed. Paris: L.G.D.F, 2021.

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

SAIANI, Carlos Cesar Santejo; AZEVEDO, Paulo. **Privatização do Saneamento Básico faz bem à Saúde?** ANPEC — Associação Nacional dos Centros de Pós-Graduação em Economia, 2014.

SAMPAIO, José Adércio Leite; WOLD, Chris; NARDY, Afrânio José Fonseca. **Princípios do Direito Ambiental**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SANCHEZ, Oscar Adolfo. A Privatização do Saneamento. *In*: **São Paulo Perspec**, v. 15, n. 1, São Paulo jan./mar. 2001.

SANTANA, Felipe Baldin. **Privatização do Saneamento Básico no Brasil: um estudo de caso da cidade de Limeira/SP**. Campinas: Universidade Estadual de Campinas, 2015.

SANTOS, Carlos; VALDOMIR, Sebastián; IGLESIAS, Verónica; RENFREW, Daniel. **Aguas en Movimiento: la resistencia a la privatización del agua en Uruguay**. Montevideo: Edição dos autores, 2006.

SANTOS, Gesmar Rosa dos; GÓES, Geraldo Sandoval; SIEFERT, Cesar Augusto Crovador. Estado, Planejamento e Regulação no Setor de Saneamento: Mudanças, Atores, Concepções e Protagonismos. *In*: INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). **Boletim Regional, Urbano e Ambiental n. 29 – Jan. a Jun. de 2023**. Rio de Janeiro: IPEA, 2023.

SANTOS, Gesmar Rosa dos; SANTANA, Adrielli Santos de. **Gestão Comunitária da Água: Soluções e Dificuldades do Saneamento Rural no Brasil**. IPEA. Brasília, 20 out. 2020. Disponível em: https://portalantigo.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_2601_sumex.pdf. Acesso em 20 de ago. de 2023.

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

SCAUZUFCA, Pedro. **A Experiência Prática com Modelos de Parcerias para Alavancar Investimentos em Saneamento no Brasil**. São Paulo: FESPSP, 2020.

SCRIPTORE, Juliana Souza; JÚNIOR, Rudinei Toneto. A estrutura de provisão dos serviços de saneamento básico no Brasil: uma análise comparativa do

desempenho dos provedores públicos e privados. **Revista de Administração Pública**, v. 46, n. 6, 2012.

SEGAL, Geoffrey. **What Can We Learn From Atlanta's Water Privatisation**. Reason Foundation, 2003. Disponível em: <https://reason.org/commentary/what-can-we-learn-from-atlanta/>. Acesso em: 21 jun. 2021.

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

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

SHAMMAS, Nazih K. e WANG, Lawrence K. **Abastecimento de Água e Remoção de Resíduos**; tradução de Luiz Claudio de Queiroz Faria, 3ª Ed. Rio de Janeiro: LTC, 2013.

SHLEIFER, Andrei. State versus Private Ownership. **Journal of Economic Perspectives**, v. 12, n. 4, p. 133-150, 1998.

SILVA, Dafne Fernanda Alves *et al.* Situação da Economia Circular a partir do Novo Marco Legal do Saneamento Básico no Brasil. *In*: INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA – IPEA. **Boletim Regional, Urbano e Ambiental n. 29 – Jan. a Jun. de 2023**. Rio de Janeiro: IPEA, 2023.

SISTEMA NACIONAL DE INFORMAÇÃO SOBRE SANEAMENTO (SNIS). **Série Histórica**. Disponível em: <http://app4.mdr.gov.br/serieHistorica/#>. Acesso em: 11 mar. 2024.

SISTEMA NACIONAL DE INFORMAÇÕES SOBRE A GESTÃO DE RESÍDUOS SÓLIDOS (SINIR). **Relatório Nacional de Gestão de Resíduos Sólidos, 2019**. Disponível em: <https://www.sinir.gov.br/relatorios/nacional/>. Acesso em: 01 mar. 2023.

SMETS, Henri. **Por un Derecho Efectivo al Agua Potable**. Facultad de Jurisprudência. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2006.

SOBRINHO, Edson Silveira; POMPERMAYER, Fabiano Mezadre. Perspectivas Econômico-Financeiras da Universalização do Saneamento no Brasil. *In*: INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. **Boletim Regional, Urbano e Ambiental n. 29 – jan. a jun. 2023**. Rio de Janeiro: IPEA, 2023.

SOLA, Juan Vicente. **Constitución y Economía**. Buenos Aires: LexisNexis, 2004.

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

TEICHER *et al.* **Sharing Concerns**: Country Case Studies in Public-Private Studies. Newcastle: Cambrigde Scholars Publishing, 2019.

TRINDADE, Karla Bertocco. A Construção de um Novo Modelo Institucional para o Saneamento no Estado de São Paulo. *In*: MOTA, Carolina. (coord.). **Saneamento Básico no Brasil**: aspectos jurídicos da Lei Federal n. 11.445/2007. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

TRUTH FROM THE TAP. **The Truth About Private Water in Atlanta, GA**. Disponível em: http://truthfromthetap.com/wp-content/uploads/2015/04/Truth-FromTheTap_CaseStudy_ATLANTA_040215.pdf. Acesso em: 21 jun. 2021.

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

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

UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME. Human Development Report 2021-2022: Uncertain Times, Unsettled Lives: Shaping our Future in a Transforming World. New York, 08 set. 2022. Disponível em: <https://hdr.undp.org/content/human-development-report-2021-22>. Acesso em: 12 jul. 2023.

VALDEZ, Oscar R. Aguilar. Contratación Administrativa y Financiamiento — la relación entre el financiamiento y los mecanismos de ejecución contractual. El caso de los contratos de construcción y explotación de infraestructuras públicas. *In*: **La Contratación Pública**. CASSAGNE, Juan Carlos; RIVERO YSERN, Enrique. (coord.). Buenos Aires: Hammurabi, 2006.

VARELLA, Marcelo D. **Direito Internacional Econômico Ambiental**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

VARGAS, Marcelo Coutinho; GOUVELLO, Bernard de. **Trajetórias e Perspectivas da gestão privada do Saneamento na América Latina**: contrastes e aproximações entre Brasil e Argentina. Paraná: Editora UFPR, n. 24, 2011.

VARGAS, Marcelo Coutinho; LIMA, Roberval Francisco de. Concessões privadas de saneamento no Brasil: bom negócio para quem? **Ambiente & Sociedade**, v. 7, n. 2, p. 67-94, 2004.

VASCONCELOS NETO, João Ananias. A experiência dos Arranjos Interfederativos da Saúde no Estado do Ceará: os Consórcios Públicos como Instrumentos de Fortalecimento da Gestão Compartilhada. *In*: MELLO, Janine; RIBEIRO, Vanda Mendes; LOTTA, Gabriela; BONAMINO, Alicia; CARVALHO, Cynthia Paes de, (orgs). **Implementação de Políticas e Atuação de Gestores Públicos** Brasília: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 2020.

VECCHI, Veronica e CUSUMANO, Niccolò. Choosing the Right PPP Model. *In*: VECCHI, Veronica e HELLOWELL, Mark (coords.). **Public-Private Partnerships in Health**: Improving Infrastructure and Technology. Palgrave Pivot: Cham, 2018.

VIEGAS, Eduardo Coral. **Visão Jurídica da Água**. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2005.

WALD, Arnoldo; MORAES, Luiza Rangel de. Agências Reguladoras. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 36, n. 141, 1999.

WALDRON, Jeremy. Separation of Powers in Thought and Practice. *In*: **Boston College Law Review**, v. 54, n. 2, 2013.

WATER UK. **Remunicipalisation of Water Utilities**: a Desk Review of Selected Case Studies. Disponível em: https://www.water.org.uk/sites/default/files/wp/2019/10/Re-municipalisation-case-study-review-25.07.19_FINAL.pdf. Acesso em 25 jun. 2021.

WORLD ECONOMIC FORUM. Reports. **Global Risks Report 2023**. Disponível em: https://www.weforum.org/reports?_gl=1*18acu0v*_up*MQ..&gclid=CjwK-CAjw2K6lBhBXEiwA5RjtCQTNBNeLM1j1Je1gV79wPLpJUFdjqprbDsa9Ycgc-lDv-wufWaMTsgBoCCcsQAvD_BwE. Acesso em: 10 jul. 2023.



WORLD HEALTH ORGANIZATION. **A Preliminary Reflection On The Best Practice In PPP In Healthcare Sector:** A Review Of Different PPP Case Studies And Experiences (2012). Disponível em: https://www.unece.org/fileadmin/DAM/ceci/images/ICoE/PPPHealthcareSector_DiscPaper.pdf. Acesso em: 31 jul. 2020.

WRIGHT, Stephen; BARLOW, James; ROEHRICH, Jens K. Public-Private Partnerships for Health Services: Construction, Protection and Rehabilitation of Critical Healthcare Infrastructure in Europe. In: CLARK, Robert; HAKIM, Simon (Coords.). **Public Private Partnerships:** Construction, Protection and Rehabilitation of Critical Infrastructure. Cham: Springer, 2019.

ZERUNYAN, Frank Vram. Well-Designed Public Private Partnerships. In: CLARK, Robert; HAKIM, Simon (Coords.). **Public Private Partnerships:** Construction, Protection and Rehabilitation of Critical Infrastructure. Cham: Springer, 2019.

ZULIANI, Geninho; SILVA FILHO, Carlos. **A gestão dos resíduos sólidos no novo marco legal do saneamento básico:** desafios e propostas. In: ZULIANI, G; DAL POZZO, A. Saneamento Básico: Uma Lei e um Marco. Belo Horizonte: Fórum, 2023.