



Universidade de Brasília - UnB
Faculdade de Direito
Graduação em Direito

RÔMULO HANNIG GONÇALVES DA SILVA

**ABUSO DE PODER REGULATÓRIO E UNIVERSALIZAÇÃO DO
SANEAMENTO BÁSICO NO BRASIL**

Brasília – DF
Novembro de 2021

RÔMULO HANNIG GONÇALVES DA SILVA

**ABUSO DE PODER REGULATÓRIO E UNIVERSALIZAÇÃO DO
SANEAMENTO BÁSICO NO BRASIL**

Monografia apresentada à Banca Examinadora da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UnB) como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito, elaborada sob a orientação da Professora Doutora Amanda Flávio de Oliveira. Apresentada em 03 de novembro de 2021.

Banca Examinadora constituída pelos seguintes professores:

Professora Doutora. Amanda Flávio de Oliveira

(Orientadora)

Professor Doutor Fernando Boarato Meneguim

(Membro)

Defensora Pública Federal Mestre Thaís Aurélio Garcia

(Membro)

AGRADECIMENTOS

Após 6 anos na Universidade de Brasília (UnB), sinto-me extremamente feliz e grato pelo caminho trilhado. Foram quase dois anos na Ciência Política, cerca de 4 anos no curso de Direito, uma pandemia global e incontáveis lutas pelo caminho. Como uma criança de origem humilde, que nasceu e cresceu no interior de Rondônia, o meu sonho de estudar em uma grande e renomada universidade parecia muito distante.

Hoje posso dizer com todo orgulho e com todo ar que cabe em meus pulmões que sou o primeiro neto de minha avó materna a ser advogado, o segundo a ter um diploma de curso superior. Posso dizer, ainda, que no meu certificado constarão as palavras “*Bacharel em Direito pela Universidade de Brasília*”. É uma alegria indescritível que se mistura às minhas lágrimas e transborda em meu peito!

Por essa alegria, eu agradeço em primeiro lugar a Deus. Há sonhos, pensamentos e dificuldades que só dividimos com Ele. A vida impôs barreiras e limitações de muitas ordens e n’Ele eu obtive forças para vencê-las. Aos meus pais, dedico essa vitória: muito obrigado por todo carinho, ensinamentos, amor e dedicação. Vocês acreditaram em mim primeiro!

No âmbito acadêmico, agradeço imensamente à minha orientadora, Dra. Amanda Flávio de Oliveira. Professora, muito obrigado por toda a sua dedicação, gentileza e pelo aprendizado transmitido dentro e fora de sala de aula. Agradeço também ao Dr. Fernando Boarato Meneguim, quem, em conjunto com a professora Amanda, se tornou um mentor e uma referência acadêmica no Grupo de Estudos em Direito e Economia (GEDE); e à Dra. Thaís Aurélio Garcia, com quem eu tanto aprendo na Defensoria Pública da União. Agradeço aos três pela motivação em ser um profissional e um aluno melhor. Não poderia deixar de agradecer também ao professor Gabriel Jamur, líder e coordenador do Grupo de Estudos em Saneamento Básico (GESANE), no qual tanto aprendi sobre o setor de saneamento e me apaixonei pelo tema.

Por fim, mas não menos importante, agradeço imensamente aos meus amigos dentro e fora da Faculdade de Direito. Muito obrigado por todo carinho, companheirismo, compreensão, suporte emocional, conversas e ensinamentos. Foram de muitos as contribuições ao longo dessa jornada, mas cito especialmente: Ana Paloma, Gustavo José, Gustavo Fröhlich, Roberto Aragão, Márcio Gabriel, Nayara Santana, Guilherme Mazarello e Arthur Nunes.

Veni, vidi, vici!

RESUMO

Com o advento da Constituição Federal de 1988, o Brasil adotou o modelo de Estado regulador da ordem econômica (arts. 173 e 174). Em adendo, o parágrafo único do art. 170 da CF disciplina que, salvo os casos previstos em lei, é livre o exercício de qualquer atividade econômica, independente de autorização estatal. Isto implica dizer que, ao menos em tese, a atuação estatal na economia seria subsidiária, de maneira que a regulação eficiente, exercida por experts independentes, blindaria a ordem econômica de interferências políticas e privadas e corrigiria falhas de mercado a fim de otimizar a alocação de recursos. Contudo, a realidade prática demonstra ser corriqueira a interferência do Estado na prestação de serviços públicos e privados originando, por vezes, práticas abusivas que levam às chamadas “falhas de governo”. Nesse contexto, a Lei de Liberdade Econômica – Lei nº 13.874/2019, por meio do art. 4º, inseriu no ordenamento pátrio a figura do ilícito de abuso de poder regulatório. Assim sendo, por meio de revisões bibliográficas, análise de acordos, tratados, convenções internacionais, leis e estudos diversos, o presente projeto de pesquisa busca analisar como o ilícito do abuso de poder regulatório opera na política de universalização da prestação dos serviços de saneamento básico, especialmente com o advento do Novo Marco do Saneamento Básico – Lei nº 14.026/2020.

Palavras-chave: Abuso de Poder Regulatório. Análise de Impacto Regulatório. Novo Marco do Saneamento Básico. Captura Regulatória.

ABSTRACT

With the advent of the Federal Constitution of 1988, Brazil has adopted the agency model of State regulating the economic order (arts. 173 and 174). In addition, the sole paragraph of art. 170 of the Federal Constitution disciplines that, except in the cases provided for by law, the exercise of any economic activity is free, regardless of state authorization. This implies that, at least in theory, state action in the economy would be subsidiary, so that efficient regulation, exercised by independent experts, would shield the economic order from political and private interferences and correct market failures to optimize allocation of resources. However, the practical reality shows that the State's interference in the provision of public and private services is commonplace, giving rise, at times, to abusive practices that lead to the so-called “failures of government”. In such manner, the Economic Freedom Act – Law n° 13.874/2019, through art. 4th, inserted in the national law the figure of the illicit abuse of regulatory power. Therefore, this senior undergraduate thesis aims to analyze how the illegal abuse of regulatory power operates in the policy of universalization of the provision of basic sanitation services, especially with the advent of the New Basic Sanitation Act – Law n° 14.026/2020.

Keywords: Abuse of Regulatory Power. Regulatory Impact Analysis. New Basic Sanitation Act. Capture.

SUMÁRIO

| | | |
|-------|--|----|
| 1 | INTRODUÇÃO | 8 |
| 2 | O BRASIL E O PAPEL DESEMPENHADO PELA REGULAÇÃO | 10 |
| 2.1 | A burocracia e o Estado Regulador | 10 |
| 2.2 | O papel da regulação e os objetivos da Análise de Impacto Regulatório (AIR) 12 | |
| 2.3 | A cultura regulatória e o ilícito do abuso de poder regulatório | 16 |
| 3 | O SANEAMENTO BÁSICO COMO DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL E OS ESFORÇOS PARA A SUA UNIVERSALIZAÇÃO..... | 21 |
| 3.1 | Esforços internacionais para o acesso à água tratada e o esgotamento sanitário e a judicialização a fim de viabilizá-lo | 22 |
| 3.2 | A situação brasileira: nível de acesso à distribuição de água tratada e serviços de coleta de esgoto | 29 |
| 3.3 | Os investimentos necessários para a universalização do saneamento básico no Brasil | 33 |
| 3.4 | O conceito de externalidades e alguns dos seus desdobramentos no setor de saneamento ao redor do mundo | 36 |
| 3.5 | As principais externalidades que o setor de saneamento básico exerce sobre o Brasil | 42 |
| 3.6 | O amadurecimento institucional necessário à efetividade dos investimentos . | 45 |
| 4 | SANEAMENTO BÁSICO E ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA | 52 |
| 4.1 | O texto Constitucional e o tratamento conferido ao saneamento básico | 52 |
| 4.2 | ADI 1.842/ RJ: O posicionamento da Suprema Corte ante às regiões metropolitanas e a autonomia municipal | 54 |
| 4.3 | O histórico de tramitações legislativas que culminaram na edição do Novo Marco | 61 |
| 4.4 | Os principais eixos de alterações propostos pelo Novo Marco a fim de promover a universalização do saneamento básico | 64 |
| 4.5 | As principais atribuições conferidas pelo Novo Marco à ANA enquanto responsável pela edição das normas de referência..... | 65 |
| 4.6 | A vedação dos contratos de programa a fim de renovar o setor | 72 |
| 4.6.1 | O monopólio natural e as potenciais implicações da extinção dos contratos de programa..... | 76 |
| 4.7 | REGIONALIZAÇÃO: O COMPARTILHAMENTO DE ESTRUTURAS E OS GANHOS DE ESCALA | 83 |
| 4.7.1 | Considerações iniciais | 83 |
| 4.7.2 | O conceito de regionalização empregado pelo Novo Marco..... | 87 |

| | | |
|-------|--|-----|
| 4.7.3 | Região Metropolitana, aglomeração urbana ou microrregião | 88 |
| 4.7.4 | Unidade Regional de Saneamento Básico | 89 |
| 4.7.5 | Bloco de Referência e Consórcios Intermunicipais..... | 90 |
| 5 | TEORIA DA CAPTURA: UM CASO CONCRETO | 93 |
| 6 | CONCLUSÃO | 103 |
| | BIBLIOGRAFIA | 108 |

1 INTRODUÇÃO

Conquanto haja o reconhecimento acerca da indispensabilidade do acesso à água tratada e aos serviços de esgoto sanitário para a preservação de uma vida digna, no Brasil e no mundo, o desenvolvimento do setor está muito aquém do desejado. Os indicadores internacionais apontam que os Estados-nações não serão capazes de alcançar a universalização proposta pela Organização das Nações Unidas dentro da agenda 2030.

Conforme se demonstrará no tópico 3.2 do presente trabalho, dados do Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento (SNIS) referentes ao ano de 2019 apontam que o Brasil possui mais de 35 milhões de brasileiros sem acesso aos serviços de distribuição de água tratada. A situação é ainda mais crítica quando se constata o número de residentes em nosso País sem acesso aos serviços de coleta de esgoto: mais de 100 milhões de pessoas.

Se mantido o ritmo dos investimentos atuais, estima-se que o Brasil somente será capaz de atingir a universalização no setor no ano de 2055 (vide tópico 3.3). Enquanto isso, milhares de pessoas adoecem em todo o planeta por doenças diarreicas, tropicais, hepatite A, febre tifoide, poliomielite e outras decorrentes dos fatores de risco a que são expostos pela ausência de acesso aos serviços de saneamento básico.

As externalidades são diversas (tópico 3.5). Estima-se que só no ano de 2018 foram internadas no SUS 79.175 crianças menores de 5 anos por causa de alguma doença diarreica, o que confere ao País uma taxa média de 5,6 internações para cada mil habitantes (tópico 3.4). Dessa maneira, estudos apontam que o SUS gasta R\$297 milhões todos os anos só com internações decorrentes de doenças atreladas à falta de saneamento básico, sendo possível que haja uma economia de R\$5,9 bilhões entre os anos de 2016 e 2036 se os serviços forem corretamente implementados (tópico 3.5).

Os impactos do acesso ao saneamento básico para o setor de trabalho são relevantes: nesse período de 20 anos, o País poderia auferir R\$190,3 bilhões decorrentes de ganho de produtividade dos trabalhadores. A valorização mobiliária, por seu turno, é calculada em mais de R\$447 bilhões. Ao todo, estima-se retorno positivo de R\$1,125,127 trilhão. Os investimentos necessários variam de acordo com a metodologia adotada, se calculam ou não a necessidade de manutenção e preservação das estruturas construídas, mas podem chegar a R\$753 bilhões (tópico 3.3).

No entanto, para atingir os resultados esperados, é necessário que haja uma estrutura regulatória capaz de gerar segurança jurídica a fim de atrair investimentos.

Nesse sentido, é preciso, em primeiro lugar, reduzir o custo-Brasil – com as reformas introduzidas pelo Novo Marco do Saneamento Básico – Lei nº 14.026/2020, nomenclatura popular dada a que atualiza o marco legal do saneamento básico, o Ministério da Economia estipula uma poupança anual de R\$ 56,29 bilhões nesse quesito (tópico 2.3).

Diante do exposto, essa pesquisa parte do seguinte problema: O ilícito do “abuso de poder regulatório”, positivado no ordenamento jurídico brasileiro por meio da Lei de Liberdade Econômica, impacta na política pública de promoção do saneamento, especialmente aquela prevista no Novo Marco? Em que medida?

Assim sendo, parte-se da hipótese que o Novo Marco contribui para a promoção da política pública de saneamento básico no Brasil ao dificultar a manutenção ou a criação de um ambiente regulatório sem competição setorial, que favoreça monopólios naturais adquiridos sem licitação, submetido a disputas judiciais constantes em virtude da discussões ocasionadas pela insegurança jurídica.

Ademais, ao supor que uma boa estrutura regulatória deve prever com clareza os deveres e responsabilidades de seus regulados, especialmente os titulares dos serviços, os prestadores e os consumidores ou usuários, entende-se que a busca por uniformidade jurídica através do novo papel de agência editora de normas de referência atribuído à ANA pode trazer ganhos expressivos na elevação do nível regulatório. Estipula-se, por fim, que a definição de blocos de prestação regionalizada pode atrair mais investimentos e, com isso, contribuir com a universalização do setor.

Ao cabo, a presente pesquisa busca entender se as disposições introduzidas pelo Novo Marco podem contribuir com o objetivo de universalização. Para isso, foram realizadas revisão bibliográfica, análise de dados disponibilizados por órgãos oficiais de Estado, análise de casos judiciais emblemáticos (em especial, a ADI nº 1.842/RJ), análise de dispositivos legais e constitucionais, relatórios de organismos internacionais, tratados internacionais e pesquisas de agentes e institutos interessados no setor.

A estrutura do texto está assim construída. Inicialmente, o trabalho busca compreender de forma simplificada o papel da burocracia, da regulação, da análise de impacto regulatório e a configuração do ilícito do abuso de poder regulatório. Em seguida, busca-se delinear qual tratamento jurídico tem sido dado ao direito à água e ao esgotamento sanitário (componentes do setor de saneamento básico brasileiro). Isto é, compreender como algumas correntes o interpretam enquanto um serviço prestacional público enquanto outras o compreendem como um direito fundamental em si mesmo.

Posteriormente, analisar-se-ão dispositivos introduzidos pelo Novo Marco do Saneamento Básico (Lei nº 14.026/2020) a fim de verificar em que medida podem contribuir com o ganho de qualidade da regulação setorial através do fortalecimento normativo e organizacional das agências reguladoras. Por conseguinte, será demonstrado que o modelo de regulação por agências não está imune à falhas e pode sofrer do fenômeno tratado pela literatura como “captura” (cap. 5). Ao cabo, pretende-se verificar os resultados encontrados sem quaisquer pretensões de esgotar o tema ante à sua imensa complexidade e necessidade de conhecimento técnico e setorial.

2 O BRASIL E O PAPEL DESEMPENHADO PELA REGULAÇÃO

2.1 A burocracia e o Estado Regulador

Segundo preceitua Weber, o Estado é a comunidade humana que, dentro de um território específico, é capaz de evocar para si o uso legítimo e efetivo da coação física. Por legítimo, o pai da sociologia moderna refere-se à entidade respeitada por esta comunidade a tal ponto de decidir as normas vigentes e o comportamento decorrente que delas se espera, podendo aplicar sanções caso os fins e objetivos propostos não sejam alcançados (Weber, 1999, p. 525).

Sob essa perspectiva, já superado o período em que as convenções sociais levaram aos estudos encampados pela Ciência Política em torno do contrato social (muito trabalhado por autores como Hobbes, Locke e Rousseau), Weber pondera que a União entre o capital oriundo da burguesia ascendente e o Estado nacional fechado levaram ao surgimento do estado racional e, por conseguinte, ao surgimento embrionário do que no futuro viria a ser o capitalismo.

Assim sendo, o Estado racional é marcado, segundo prepondera o autor, não pela troca de favores ou pelos vínculos sanguíneos e hereditários, mas pelo **império da lei, pelo direito racional e o funcionalismo especializado**, único no qual o capitalismo poderia florescer. Diante disso, diz-se que a burocracia weberiana trata da racionalização do comportamento humano nas relações sociais presentes na sociedade capitalista industrial – na qual há a despersonalização das relações, visto que o processo racional leva em consideração não a pessoa, mas a eficiência e o custo benefício das relações.

A burocracia, nesse sentido, visa instituir **organizações hierárquicas, impessoais e que tem por produto procedimentos padronizados e formais**. Serve como um meio do Estado incorporar a racionalização aplicada em outras áreas das relações sociais. Essa

racionalização da sociedade industrializada teria suplantado valores culturais, espirituais, religiosos causando o que Weber define como o “desencantamento do mundo” (depressão, suicídio).

A burocracia suprime todo aquele ideal de liberdade e individualismo construído pelos iluministas, serve como uma nova forma de controle. O autor define a burocracia como algo necessário, inevitável e que tem por função supervisionar as sociedades prósperas, dominadas pelos trabalhos e empregos. Assim, a ação social moderna pauta-se pela superação dos laços comunitários e valores tradicionais, que são substituídos pela eficiência, cumprimento de metas. Nesse modelo, formam-se indivíduos produtivos, regidos por protocolos rígidos, enquanto a criatividade e a autonomia ficam represadas.

Conforme constata o autor, o preço que se paga pela sociedade abundante é o engessamento na estrutura das atividades, visto que, para deixar o burocrata livre das pressões pessoais, é conferida estabilidade ao funcionário público – o qual deve seguir uma série de formalidades e protocolos. Além disso, a referida estabilidade, se não acompanhada de avaliações periódicas de performance, pode dificultar a inovação e a tecnicidade das decisões tomadas, visto que nem sempre o burocrata mais capacitado estará presente na posição ocupada (Weber, s.d., págs. 18 – 19).

Por suposto, como Weber mesmo constata, em uma economia dinâmica, o engessamento da burocracia estatal não terá quaisquer condições de acompanhar em tempo hábil os mecanismos de produção múltiplos e as interações humanas extremamente complexas, o que pode gerar perdas sociais e desperdícios de riquezas. Dessa maneira, os resultados da atuação estatal, quando desprovida de capacidade técnica, estão sujeitas a erros como em qualquer organização ou setor social e podem ser contraproducentes, causando custos que obstam o desenvolvimento econômico (tópico 2.3).

Exemplo prático desse engessamento aludido por Weber pode ser verificado no Brasil, o qual com a Constituição Federal de 1988 incorporou em sua estrutura burocrática o modelo de Estado Regulador (vide arts. 173 e 174 da CF). Nesse sentido, ao menos na teoria, o papel direto do Estado na economia seria subsidiário, atuando na condição de agente normativo e regulador da atividade econômica. Não obstante, a experiência estadunidense demonstra que as agências reguladoras não estão imunes à instrumentalização por parte de grupos de interesse que almejam obter privilégios não só de ordem social, como também política, jurídica e econômica (MUSSI; OLIVEIRA, online, 2018).

Destarte, ao mesmo passo em que a burocracia pode promover decisões racionais que impedem a troca de favores escusas entre o poder público e o setor privado, ela pode atuar como empecilho para a prosperidade social e o cumprimento de objetivos a que se propõe. Portanto, deve ser utilizada com inteligência e apenas em situações que se demonstre extremamente necessária.

Realizadas estas considerações iniciais, no tópico a seguir, analisar-se-á um dos vetores de materialização da burocracia, a saber, a aplicação da regulação enquanto decorrência do direito racional, que se pauta por relações de custos e benefícios sociais em detrimento de relações escusas. Nesse sentido, o que se buscará a partir dos próximos é avaliar se o ilícito do abuso de poder regulatório positivado pelo art. 4º da Lei nº 13.874/2020, exercido a pretexto de competência regulatória, causa impacto na promoção de componentes dos serviços de saneamento básico (água e esgoto).

2.2 O papel da regulação e os objetivos da Análise de Impacto Regulatório (AIR)

No livro 29, Capítulo XVI, de o “Espírito das Leis”, Montesquieu categoricamente afirma: *“assim como as leis inúteis enfraquecem as leis necessárias, aquelas que se podem evitar enfraquecem a legislação”* (Montesquieu, 1996, p. 614). Dentre outras disposições, o autor assenta que as leis devem ser claras, concisas e conter expressões que sejam certas, passíveis de interpretação comum por todos os homens.

As lições ensinadas pelo autor francês há quase três séculos continuam sendo um desafio ao qual os reguladores e legisladores contemporâneos não conseguiram transpassar, se é que um dia isso será possível. Conforme preceitua Iório (2019, p.6), o fundamento da regulação se encontra na necessidade de correção de um objeto errático – ou seja, em identificar falhas em um setor ou mercado e verificar como elas podem ser melhoradas para proteger um dado direito. Assim sendo, conceitua que o cerne da regulação é a **proteção ao direito à igualdade, mais notadamente, da igualdade de condições concorrenciais.**

Contudo, ressalta que a regulação não pode ser vista apenas como um mecanismo de proteção da igualdade concorrencial e a ela deve-se somar, ainda, o conjunto de direitos fundamentais – os quais se colocam como razão de ser da regulação, especialmente em Estados adeptos da ordem social. É nesse sentido, por exemplo, que constrói-se a lógica majoritariamente defendida de que o direito à dignidade humana

elimina mercados ao vedar que haja a comercialização de órgãos e tecidos. Conquanto não se opere o direito à igualdade concorrencial (não há proponentes ofertando tecidos e órgãos do corpo humano em condições concorrenciais pré-estabelecidas), há a atuação da regulação a fim de proteger um direito fundamental.

De toda maneira, é certo que há uma relação de muita proximidade entre a regulação e a concorrência – sendo que os mecanismos regulatórios bem estruturados devem incentivar mercados competitivos e ser capazes de evitar a concentração de poder econômico em um único agente, além de fomentar a alocação eficiente de recursos produtivos a fim de beneficiar ganhos para os usuários de serviços públicos ou consumidores (MENEGUIN; SAAB, 2020, p.6).

Nesse sentido, apesar da regulação ser um desafio com o qual é necessário se conviver, técnicas modernas tem surgido em todo o mundo para identificar as melhores práticas regulatórias e auxiliar os legisladores, gestores e autoridades públicas nas tomadas de decisões. No Brasil não é diferente, por esta razão, o presente tópico fará um sucinto retrospecto a fim de verificar como tais técnicas foram incorporadas pelo ordenamento jurídico pátrio.

Durante os anos de 2015 e 2016, devido ao contexto de gastos públicos exorbitantes e não estruturados, o Brasil atravessou a maior recessão econômica da história até então conhecida. Assim sendo, como consequência do desequilíbrio nas contas públicas, da obrigação de controle fiscal através de contenção dos gastos estatais e para que o País pudesse retomar o crescimento, chegou-se à constatação de que para atrair recursos provenientes da iniciativa privada e para suprir a sua alocação em áreas sensíveis às demandas sociais, como, por exemplo, no setor de saneamento básico e energético, era necessária uma série de medidas econômicas visando a melhoria de competitividade e produtividade.

Iniciaram-se, então, os debates acerca da instituição de leis que aprimorassem a **governança pública** - conjunto de estratégias desenvolvidas para direcionar, avaliar e monitorar a condução de políticas públicas caras ao tecido social. Nesse contexto, como passo inicial, foi editado o Decreto nº 9.203/2017, que criou o Comitê Interministerial de Governança Pública (CIG), sob a coordenação da Casa Civil. Dentre outras prerrogativas, o referido decreto positivou como princípios de governança pública a edição e revisão de atos administrativos sob a observância de **boas práticas regulatórias**, de modo a prezar pela estabilidade e coerência do ordenamento jurídico.

A partir de então, adotou-se um processo lento e gradual de reformulação do pensamento regulatório. As autoridades nacionais, ainda que de maneira incipiente, compreenderam que para melhorar o ambiente de negócios no País – marcadamente reconhecido por sua alta carga tributária, problemas concernentes à falta estabilidade política, insegurança jurídica e legislativa na proteção de liberdade econômica e dos direitos de propriedade –, e se tornar competitivo e atraente aos investidores, era necessária uma mudança permanente de postura.

É de se ver que, mesmo com as mudanças que iniciaram em 2017, o Brasil se encontra hoje na lanterna dos rankings de liberdade econômica global. No mundo, ocupa a posição 143 dos 178 países analisados; nas Américas, dentre os 32 países estudados, encontra-se na posição 24. Assim sendo, o Brasil é menos amigável ao empreendedorismo e aos investimentos do que países altamente notados pela forte intervenção do aparato estatal nos setores sociais e econômicos, como, por exemplo, Angola, Quênia, Rússia, China, Peru, Colômbia, Paraguai ou Bangladesh (THE HERITAGE FOUNDATION INDEX, 2021).

Sem sombra de dúvidas, este é um fator que não só dificulta a passagem do País pela crise econômica, que se impõe como fruto das medidas de isolamento social de enfrentamento à proliferação do vírus, como também gera barreiras à volta da normalidade. Afeta negativamente, ainda, a prestação de serviços relacionados à melhoria da qualidade de vida dos indivíduos, como é o caso do saneamento básico.

Tendo em vista que se identificou que grande parte das instabilidades e dos problemas contemporaneamente enfrentados perpassam pela má qualidade regulatória, prosseguindo as medidas de modernização econômica e regulatória iniciadas em 2017, editaram-se as Leis nº 13.848/ 2019 (Lei de governança das agências regulatórias) e nº 13.874/2019 (Lei de liberdade econômica). Desse modo, tais Leis instituem no Brasil a **Análise de Impacto Regulatório (AIR)**¹, regulamentada pelo Decreto 10.411/2020.

A Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) entende por AIR “*tanto uma ferramenta como um processo de decisão com o objetivo de*

¹ A fim de auxiliar a administração pública federal na implementação da AIR, a SEPEC do Ministério da Economia preparou um guia, no qual se ensinam técnicas e passos para os estudos da melhoria da qualidade regulatória. Disponível em: https://www.gov.br/economia/pt-br/assuntos/noticias/2021/abril/arquivo/af_min_guia_tecnico_plano_plurianual_alta.pdf. Acesso em: jun. 2021.

informar os tomadores de decisão sobre se e como devem regular para atingir as metas das políticas públicas” (OCDE, 2012, p. 25).

Em outras palavras, a AIR é um processo sistemático de análise *ex ante* 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 dos legisladores, administradores e gestores públicos.

Trata-se, na verdade, da constatação de que **toda norma gera custos**, seja de elaboração, seja da fiscalização pelos reguladores e titulares ou da implementação pelos regulados e prestadores. Assim, a AIR consiste na reflexão sobre os problemas do dia a dia e em fornecer alternativas à solução dos problemas que não necessariamente culminam na edição de atos normativos e intervenção estatal. A análise prévia, portanto, cuida de verificar alternativas aos problemas apresentados conforme os objetivos que se deseja atingir, de forma que a intervenção estatal deve restringir-se aos casos extremamente necessários, maximizando benefícios e gerando os menores custos possíveis ao público atingido.

Conforme se verifica empiricamente no exercício das mais variadas atividades econômicas, um problema regulatório pode envolver diferentes fatores, como o preço e a qualidade de um bem ou serviço, e pode ter diversas naturezas, dentre as quais, **as falhas regulatórias, institucionais ou de mercado**, a necessidade de garantir condições ou direitos fundamentais a cidadãos.

É nesse sentido que a análise prévia dos impactos regulatórios trabalha como uma das ferramentas de boas práticas regulatórias reconhecida internacionalmente: antes de editar uma norma, estudos fundamentam as possibilidades de melhoria da qualidade e eficiência da regulação, de forma a proporcionar maior robustez técnica e analítica ao processo decisório dos reguladores ou tomadores de decisão.

Desse modo, pode-se dizer que, quando bem elaborada, a **política regulatória decorrente da AIR** estabelece regras e padrões de conduta com o objetivo de produzir melhores normas, aumentar o crescimento e racionalizar a alocação de riquezas, eficiência econômica, segurança e ganhos de bem-estar social. Um exemplo prático desse tipo de medida é o aumento de ganho de qualidade em produtos que não geram danos ao consumidor ou a criação de normas de segurança em veículos com a obrigação do uso do cinto de segurança.

Da mesma forma, quando a política regulatória se dá de maneira excessiva e desproporcional, sem observância adequada dos custos adjacentes que uma medida acarretará na vida dos cidadãos (sejam eles beneficiários ou prestadores de um bem ou serviço), pode criar barreiras à inovação, impedir o progresso econômico, o desenvolvimento do comércio, obstar o fomento do empreendedorismo, além de criar **monopólios, oligopólios, reservas de mercado** etc.

Por esta razão, no tópico seguinte, abordar-se-á a figura do abuso de poder regulatório, bem como se tratará da necessidade de uma mudança na cultura institucional caso se deseje alcançar a estabilidade e melhoria regulatória não só no setor de saneamento básico, mas nas atividades reguladas pelo Estado como um todo.

2.3 A cultura regulatória e o ilícito do abuso de poder regulatório

A pandemia provocada pelo covid-19 evidenciou que o Brasil necessita de reformas institucionais e estruturais urgentes. Sendo as instituições compreendidas como as regras formais e informais que regem, estabelecem e moldam o comportamento político e econômico do homem na vida em sociedade (NORTH, 2018, p.13), é fundamental que se compreenda, em primeiro lugar, o conceito de cultura regulatória.

Em poucas palavras, conforme ensina North, a cultura regulatória que rege as instituições é fruto das trocas culturais que ligam o passado ao presente e ao futuro. Diz-se, então, que a eficiência institucional está diretamente atrelada à capacidade das instituições de uma sociedade em averiguar desvios e estabelecer padrões de penalidades **na medida adequada**.

Por estes e outros motivos, implementar boas práticas regulatórias não é uma tarefa fácil, visto que o que funciona em um Estado não necessariamente se aplicará a outro. Isto é, as estruturas que conhecemos hoje são regidas por normas culturais e legais que podem ser abstratas, originadas há séculos no consciente e no comportamento do tecido sociocultural, ou positivadas, fruto de movimento políticos do legislativo, grupos sociais organizados e do judiciário. De uma forma ou de outra, o regulador deverá identificá-las e operá-las diariamente.

Ocorre que, com o advento da Constituição de 1988, para identificar e aplicar essas normas impulsionou-se no País a figura do denominado “**Estado Regulador**”, o qual, na teoria, agiria de forma subsidiária e de maneira que o protagonismo das

atividades econômicas se centralizassem na iniciativa privada. Ou seja, ao Estado caberia o papel de fiscalizar, corrigir falhas e gerenciar interesses opostos.

Entretanto, o que se verifica na prática é que a figura do *expert regulador*, capaz de conduzir as atividades econômicas rumo ao interesse público, não está imune aos interesses políticos e pessoais, conforme demonstra a teoria da *Public Choice*. Assim, na tentativa de solucionar as “falhas de mercado”, o Estado regulador pode dar lugar às “falhas de governo”. Estas, em detrimento daquelas, são potencialmente mais danosas, visto que são movidas pelo **monopólio do aparato estatal** e pelo pressuposto de que há legitimidade e singularidade no interesse público (OLIVEIRA, 2021).

Malgrado a teoria da escolha pública não ser novidade, o que se constata no Brasil de hoje é que há um excesso de normas que inverte a lógica constitucional prevista no parágrafo único do art. 170. A leitura deste dispositivo permite identificar que, salvo os casos previstos em lei, é livre o exercício de qualquer atividade econômica independente da autorização estatal.

Como consequência de um somatório das sucessivas crises políticas, institucionais, organizacionais, escândalos de corrupção e da inversão provocada pela cultura regulatória enraizada em nossas instituições, que utiliza a exceção como se regra fosse, dificulta-se a recuperação econômica do País, especialmente em momentos pandêmicos como o atualmente enfrentado. Nesse contexto, se somadas a retração econômica enfrentada pelo País em 2015 (queda de 3.5% do PIB) e 2016 (queda de 3.3%) com o ano de 2020 (queda de 4,1%), temos como resultado a pior década de crescimento em 120 anos². Em termos comparativos, é como se o País tivesse crescido na última década 5 vezes menos do que na tenebrosa “década perdida” (1981-1990).

Assim, a calamidade pública imposta pela pandemia amplificou a constatação que sempre esteve à vista de todos, mas até então encarada como se fosse um dado pré-existente que não pudesse ser alterado pela adoção de boas práticas: a atuação jurídica, legislativa e regulatória desprovida da análise econômica do **direito gera custos excessivos e impede o Brasil de avançar na promoção dos direitos sociais a que se propõe.**

² Dados levantados pelo IBRE – FGV. Disponível em: <https://blogdoibre.fgv.br/posts/nova-decada-perdida-brasileira-e-o-resto-do-mundo-resultados-capita>. Acesso em: jun. 2021.

Sobre o tema do custo-Brasil, dados publicados em estudo da Secretaria Especial de Produtividade, Emprego e Competitividade (SEPEC), do Ministério da Economia (ME), apontam que em 2019 esse custo – assim compreendido como o conjunto de gastos provocados por entraves burocráticos, econômicos, trabalhistas e estruturais que prejudicam o crescimento do País – era de R\$1,5 trilhão por ano, cifra que representava, à época, 22% do PIB. Comparativamente, é como se o valor perdido fosse suficiente para dobrar o tamanho da indústria nacional, que hoje corresponde a 20,4% do PIB³.

De acordo com o ME, o estudo publicado contou com a participação de diversas organizações e utilizou dados oficiais para verificar a lacuna existente entre o Brasil e a média dos países que compõem a OCDE. Os custos apresentados foram distribuídos em 12 temas considerados estratégicos para propulsar a produtividade e estão assim distribuídos:

Tabela 1 – Custo-Brasil

| Elemento | Custo estimado (em R\$ bilhões) |
|--|---------------------------------|
| Abrir um negócio | 11 - 14 |
| Financiar o negócio | 180 - 220 |
| Empregar capital humano | 260 - 320 |
| Disponibilidade da infraestrutura | 190 - 230 |
| Acessar insumos básicos | 20 - 23 |
| Atuar em ambiente jurídico e regulatório eficaz | 160 - 200 |
| Integrar com cadeias produtivas globais | 100 - 120 |
| Honrar tributos | 240 - 280 |
| Acessar serviços públicos | 40 - 50 |
| Reinventar o negócio | 70 - 90 |
| Competir e ser desafiado de forma justa | 80 - 100 |
| Retomar ou encerrar o negócio | 15 - 20 |
| Custo-Brasil Total: R\$ 1,5 trilhão | |

Fonte: SEPEC/ Ministério da Economia.

³ Participação da Indústria no PIB. Disponível em: <http://www.portaldaindustria.com.br/estatisticas/importancia-da-industria/>. Acesso em: jun. 2021.

Dos dados acima colacionados é possível certificar-se que, para além dos conhecidos custos provenientes da tributação (R\$ 240 - 280 bilhões), o setor produtivo do País enfrenta barreiras com dispêndios colossais para: abrir (R\$ 11 - 14 bilhões) e **financiar os negócios (R\$ 180 - 220 bilhões)**; com encargos trabalhistas (R\$ 260 - 320 bilhões); e, para os fins deste tópico, até **R\$ 200 bilhões** com custos decorrentes de normas regulatórias e a consequente insegurança jurídica⁴.

É diante desse contexto que a Lei de Liberdade Econômica, para além de instituir diretrizes e princípios visando a melhoria da qualidade regulatória, introduziu no ordenamento jurídico brasileiro a figura do abuso de poder regulatório. Nesse sentido, o **art. 4º** da Lei disciplina que, exceto as previsões constantes em leis específicas, ao regular um setor ou uma atividade, é dever da administração pública e das demais entidades vinculadas evitar o **abuso de poder regulatório**.

Conforme preceituam os incisos do dispositivo, o abuso de poder regulatório consiste, dentre outras coisas, em: criar reserva de mercado ou mediante regulação favorecer grupos econômicos ou profissionais em detrimento de concorrentes (inciso I); redigir enunciados que impedem a entrada de novos concorrentes nacionais ou estrangeiros no mercado (inciso II); exigir especificações não condizentes com o fim desejado (inciso III); exceto situações regulamentadas como de alto risco, redigir enunciados que impedem ou retardam a inovação por meio de novas tecnologias, modelos de negócios ou processos (inciso IV); aumentar custos de transação sem demonstrar os benefícios decorrentes (inciso V); criar demandas artificiais, inclusive de cartórios e registros ou cadastros (inciso VI); impor limites à livre formação de sociedades empresariais ou de atividades comerciais(inciso VII).

Na prática, o que se pretende é estabelecer a obrigação de que os agentes envolvidos na atividade regulatória, mesmo em serviços públicos regulados, como é o caso do saneamento básico, busquem medidas alternativas ao engessamento que impede inovações.

Ademais, busca instituir um incentivo, ainda que negativo, para que o regulador observe os princípios de previsibilidade (planejamento regulatório), proporcionalidade (intervir somente quando necessário e em medida adequada para o problema), consistência técnica, participação social (gerando discussões públicas sobre o tema,

⁴ Maiores detalhes do estudo podem ser encontrados no site do Ministério da Economia. Disponível em: <https://www.gov.br/produtividade-e-comercio-exterior/pt-br/assuntos/reducao-do-custo-brasil/sobre-o-projeto-1>. Acesso em: jun. 2021.

especialmente com as partes afetadas pela regulação) e prestação de contas (medidas que justifiquem a intervenção proposta).

Como resultado do estudo acima colacionado, a SEPEC/ME criou o Programa de Melhoria Contínua da Competitividade e o Comitê Deliberativo de Melhoria Contínua da Competitividade, instituídos pela Portaria nº 12.302/2019. O objetivo do projeto é aprimorar o ambiente regulatório no País e aumentar a competitividade.

Conquanto a maturidade e a estabilidade institucional dependam da cultura regulatória de cada Estado, este não é um ambiente estanque e avesso ao progresso. Problemas comuns tendem a ter soluções também comuns. Nessa toada, a análise de impacto regulatório e a observância às boas práticas regulatórias adotadas a nível internacional podem contribuir.

Nesse sentido, a SEPEC mapeia um total de 846 proposições que tramitam no País durante a pandemia e que podem aumentar a competitividade por meio da redução do custo Brasil. Destas, 549 foram quantificadas e têm um impacto potencial de economizar R\$ 771 bilhões nos próximos anos. Das proposições elencadas no estudo destaca-se:

Tabela 2 - Redução do custo Brasil

| Projeto | Proposição/ Lei | Elemento | Redução do custo Brasil (R\$ bilhões ano) |
|--|--|---------------------------------|---|
| Reforma Tributária | PEC 45/2019 e PEC 110/2019 | Honrar tributos | R\$ 124,74 |
| Reforma Administrativa | PEC 32/2020 | Acessar serviços públicos | R\$ 67,31 |
| Marco Legal do Saneamento | Lei nº 14.026/2020 | Dispor da Infraestrutura | R\$ 56,29 |
| Marco Regulatório das Ferrovias, Cabotagem e Lei de Praticagem | PL 2149/2015, PLS 261/2018, PL 4199/2020 | Dispor da Infraestrutura | R\$ 54,17 |
| Marco do setor elétrico e desestatização da Eletrobrás | PLS 232/2016 e PL 5877/2019 | Acessar Insumos básicos | R\$ 42,76 |

Fonte: SEPEC/ Ministério da Economia

Do exposto, é possível constatar que a modernização da legislação vigente com o fulcro de simplificar os procedimentos necessários ao desenvolvimento das atividades econômicas tem um poderoso potencial de auxiliar na recuperação do País e consolidar bases sólidas para os próximos anos. No setor de saneamento básico, o foco do presente trabalho, as reformas estruturadas podem **evitar a perda R\$56 bilhões desperdiçados todos os anos** com o custo-Brasil.

Contudo, essa medida exige um amplo esforço conjunto da sociedade, dos legisladores, dos reguladores, da academia e de todas as demais autoridades públicas envolvidas na atividade, visando o amadurecimento institucional em prol de elevar a qualidade das práticas regulatórias. Normas mais bem estruturadas trazem clareza, definem titulares, modelos de prestações, todavia, são apenas programas abstratos se não forem acompanhadas de estruturas institucionais que não as acompanhem e implementem.

Nos capítulos seguintes do presente trabalho analisar-se-á o que se compreende por saneamento básico, como os organismos internacionais tem interpretado a natureza jurídica de componentes do saneamento básico (água e esgoto), os principais desafios para a sua universalização no Brasil e no mundo, bem como algumas das metas estabelecidas. Em seguida, será abordado como o tema tem sido regulado e em que medida a regulação pode contribuir para organizar o setor.

3 O SANEAMENTO BÁSICO COMO DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL E OS ESFORÇOS PARA A SUA UNIVERSALIZAÇÃO

Conforme conceitua o art. 3º da Lei nº 11.445/2007, o saneamento básico pode ser compreendido como o conjunto de serviços públicos, infraestruturas e instalações operacionais de abastecimento de água potável, esgotamento sanitário, limpeza urbana e manejo dos resíduos sólidos e drenagem e manejo das águas pluviais urbanas. Tendo em vista tratar-se de um setor extremamente complexo com particularidades e arranjos regulatórios muito amplos, a fim de viabilizar uma pesquisa minimamente satisfatória, o presente trabalho abordará apenas o escopo dos componentes relacionados ao abastecimento de água e esgotamento sanitário.

Não há dúvidas a respeito da importância da água para a sobrevivência da espécie humana. Para se ter ideia, o corpo de um adulto é composto por cerca de 50% - 60% de água, de modo que a simples ingestão dessa substância composta é indispensável ao bom funcionamento de seus órgãos vitais e sem o seu consumo adequado a sua qualidade de vida é severamente prejudicada.

Com efeito, para além da evidente utilidade da água potável como bem de consumo, esta é utilizada também para atender infindáveis outros processos úteis ao homem, como a geração de energia, limpeza e higienização, irrigação de plantios e alimentação de outros seres vivos, produção de bens, alimentos industrializados etc.

A título de exemplo da importância desses infindáveis usos da água, estudo⁵ de 2015 realizado por pesquisadores do programa de doutorado da Universidade Federal de Campina Grande (UFCG) com 24 produtos do setor agrícola e agropecuário identificou que, à época, o Brasil exportava todos os anos o equivalente a pelo menos 54,8 bilhões de metros cúbicos da chamada “água virtual” – termo referente ao cálculo da quantidade de água utilizada na produção de alimentos. Assim, para produzir um quilo de carne, são utilizados 15 mil litros de água; um queijo, 5 mil litros; em um único pão são utilizados 40 litros; um copo de cerveja 75 litros, e assim por diante.

Por suposto, todas estas atividades desencadeiam em outros serviços que utilizam mais água e, de maneira direta ou indireta, geram materiais descartáveis (recicláveis ou não), lixos, esgoto e resíduos que necessitam de um correto escoamento ou descarte, reforçando ainda mais a pertinência dos serviços públicos de saneamento básico para a vida em sociedade.

Assim sendo, tendo em vista a indispensabilidade do uso da água adequada para o consumo, bem como dos serviços de esgotamento, limpeza urbana e descarte de resíduos sólidos, a doutrina nacional e internacional vislumbram o acesso ao saneamento básico (notadamente à água e ao esgotamento sanitário) como um elemento indispensável à dignidade humana.

Em um mundo cada vez mais globalizado e integralizado, paulatinamente aumentam os esforços normativos internos e externos para a viabilização do acesso de todos a este bem, estabelecendo metas para a sua universalização. Dito isto, tendo em vista que a água potável e o saneamento básico são fundamentais para o desenvolvimento sustentável e o combate à pobreza, o presente capítulo propõe-se a elencar de forma sucinta algumas normas internas e externas que demonstram como alguns setores da doutrina e do Poder Judiciário tem conferido ao acesso à água o caráter de direito fundamental.

3.1 Esforços internacionais para o acesso à água tratada e o esgotamento sanitário e a judicialização a fim de viabilizá-lo

Convém iniciar este tópico salientando que, a despeito de haver um consenso quanto à essencialidade do acesso aos serviços de água e esgoto enquanto elementos

⁵ Cf.: Fluxo de água virtual no Brasil. Disponível em: <http://dspace.sti.ufcg.edu.br:8080/jspui/bitstream/riufcg/1458/1/SONALY%20DUARTE%20DE%20OLIVEIRA%20-%20TESE%20%28PPG%29%202015.pdf>. Acesso em: 15.10.2021.

instrumentais à promoção de uma vida mais digna, o mesmo não se verifica na interpretação jurídica dada ao tema. Nesse sentido, o acesso ao saneamento básico pode ser visto tanto como a prestação de um serviço instrumental quanto como um direito fundamental em si mesmo.

No primeiro grupo encontram-se aqueles que compreendem que algo só pode ser considerado um direito na medida em que todos tenham a capacidade de usufruí-lo ao mesmo tempo e de igual maneira (Reed, online, 2021). Isto é, a partir do momento em que um indivíduo conclama para si um direito e o nega a outrem, ele, em verdade, busca alguma espécie de privilégio e confunde direitos e desejos, visto que em contrapartida à prestação de todo direito há o dever de prestá-lo.

Em outras palavras, se o indivíduo “A” tem o direito a acessar os serviços de saúde de forma gratuita, o indivíduo “B” terá o dever de financiá-lo, porém, nem sempre terá o direito de acessá-lo pela falta de recursos suficientes para atender a todos. É fácil de se imaginar exemplos diversos em que os gestores públicos necessariamente devem escolher entre o atendimento de um público ou de um setor em detrimento de outros. Nesse sentido, essa corrente de pensadores não nega a importância dos serviços de cunho sociais. Contudo, acredita que, via de regra, os agentes privados e a sociedade civil organizada possuem meios mais adequados e eficientes para promover a melhor alocação de recursos do que teria o Estado através de sua gestão centralizada.

Trata-se de uma visão que, dentro da teoria geral do constitucionalismo, se encaixa na denominada 1ª geração de direitos fundamentais, positivada após a Revolução Francesa e a Revolução Americana. Segundo defende essa geração, há uma esfera de autonomia pessoal de direitos que são universais em relação a todos os homens e refratária à expansão do poder do Estado, que deve ter atuação negativa. Dentro dessa perspectiva estão amparados os direitos à liberdade de consciência, reunião, à vida, à inviolabilidade de domicílio e propriedade, à participação política e religiosa etc (MENDES, 2018, p. 138). Ou seja, direitos que para serem exercidos, via de regra, não afetam a vida a propriedade e a liberdade de outras pessoas.

De forma distinta, o grupo que defende a prestação do saneamento básico enquanto um direito fundamental acredita que o Estado deve adotar uma postura de atuação positiva e intervencionista sobre a esfera econômica em busca da “igualdade e liberdade real”, bem como exercer papel orientado à promoção de justiça social, buscando corrigir eventuais disparidades em prol de grupos sociais mais vulneráveis. Defendem também que há a necessidade de atuação do Estado para garantir direitos difusos e

coletivos, a fim de preservar o patrimônio histórico, sociocultural, a paz, o meio ambiente etc. Os adeptos desta corrente se encaixam dentro do que a doutrina define como 2ª e 3ª geração de direitos fundamentais (IBIDEM).

Entender as correntes interpretativas é importante na medida em que os reguladores, legisladores e juízes pautam-se por estes mecanismos doutrinários diariamente. A estratégia e a interpretação aplicada, portanto, não são um dado em si mesmo ou uma verdade pré-estabelecida, mas **fruto de uma convencionalidade** que traça estratégias para atingir o fim proposto. *In casu*, a prestação dos serviços de saneamento básico.

Dito isto, passa-se à análise de como as organizações internacionais vem interpretando o tema. Os primeiros esforços para o reconhecimento da água como um direito dos povos remontam a década de 1970. Desde então, uma série de acordos e tratados⁶ tem sido firmados para implementar a sua normatização sendo a mais importante, na atual conjuntura, a agenda 2030 da ONU para o Desenvolvimento Sustentável – notadamente, o Objetivo de Desenvolvimento Sustentável (ODS) 6, que trata da universalização do acesso à água potável e ao saneamento básico.

Os indicadores⁷ da ONU evidenciam que o planeta está longe de alcançar as metas de desenvolvimento sustentável estabelecidas. No ranking composto por 193 países, o Brasil⁸ ocupa a 61ª posição, apresentando melhoria na prestação de serviços de saneamento básico e distribuição de água potável, mas muito distante do ideal. Tendo em vista que o Brasil é integrante das Organizações das Nações Unidas, signatário da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) e de diversos outros instrumentos como protocolos, convenções e tratados, firmados no âmbito das Nações Unidas, um breve horizonte de compreensões se faz necessário.

Nesse sentido, para além dos esforços de normatização positiva em instrumentos internacionais, pontua-se, nos próximos parágrafos, algumas decisões jurídicas que tem sido prolatadas no âmbito Corte Interamericana de Direitos Humanos (doravante, Corte). Nelas se discorre a respeito da responsabilização dos Estados Nacionais Americanos na prestação dos serviços de saneamento básico e fornecimento de água, seja como direitos

⁶ Cf.: O Direito Humano à Água e ao Saneamento. UNW-DPAC. Disponível em: https://www.un.org/waterforlifedecade/pdf/human_right_to_water_and_sanitation_milestones_por.pdf. Acesso em: 15.10.2021.

⁷ Os rankings interativos estão disponíveis em: <https://dashboards.sdgindex.org/rankings>. Acesso em 15.10.2021.

⁸ Performance geral e por ODS do Brasil disponível em: <https://dashboards.sdgindex.org/static/profiles/pdfs/SDR-2021-brazil.pdf>. Acesso em: 15.10.2021.

fundamentais protegidos originariamente ou como direitos decorrentes do acesso à saúde, ao meio ambiente saudável ou ao bem-estar da dignidade humana. Certifique-se:

Em fevereiro de 2006, ao julgar o caso **López Álvarez vs. Honduras**, a Corte considerou que o Estado de Honduras se desincumbiu de prestar as condições necessárias à manutenção da dignidade da pessoa humana durante o encarceramento do senhor Alfredo López Álvarez, dirigente da *Organización Fraternal Negra de Honduras*, privado de liberdade por 6 anos e 4 meses.

In casu, a defesa do acusado e a Comissão Internacional de Direitos Humanos lograram demonstrar, dentre outras coisas, que o senhor López Álvarez **passou dias sem acesso à água potável** de maneira que, por diversas vezes, utilizou água proveniente das chuvas para consumo e higienização própria.

Pautando-se no artigo 5.2 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), o qual estabelece que toda pessoa privada de liberdade “*deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano*”, os juízes entenderam que o Estado de Honduras deveria ser responsabilizado por violação aos direitos humanos, visto que não garantiu a dignidade humana do encarcerado sob sua responsabilidade.

Desse modo, ainda que inicialmente reconhecido como direito derivado da manutenção da dignidade humana, a falta de água potável para ingestão e satisfação de necessidades básicas foi um dos elementos basilares utilizados pela Corte para responsabilizar o Estado de Honduras.

O segundo caso remonta ao mês de novembro de 2010. Ao julgar demanda entre o senhor **Vélez Loor vs. o Estado do Panamá**, a Corte novamente compreendeu se tratar de hipótese de responsabilização do Estado ante a interpretação derivada de violação à dignidade do ser humano, tendo por base o artigo 5.2 do Pacto de San José da Costa Rica. Na espécie, o senhor Jesús Tranquilino Vélez Loor, cidadão equatoriano, havia sido preso pela polícia panamenha ao ingressar irregularmente naquele País e submetido a condições consideradas degradantes, desumanas e cruéis.

O Estado do Panamá reconheceu parcialmente a sua responsabilização, subsistindo, todavia, controvérsia a respeito do fornecimento de água potável para consumo e higienização pessoal. Nesse sentido, a Corte levantou estudos da Defensoria do Povo do Panamá, os quais comprovaram a ausência constante no fornecimento de água no Centro Penitenciário *La Joyita*.

Ademais, subsidiariamente, recorrendo a instrumentos normativos reconhecidos pela Assembleia Geral da ONU, como a Resolução 64/292 de 2010, a Corte entendeu que, sendo **a água potável essencial para o desenvolvimento de uma vida digna**, o Estado cometeu falta grave ao não cumprir seus deveres de garantia em relação às pessoas que se encontram sob sua custódia.

Em outras três situações – *Yakye Axa vs. Paraguay* (2005), *Sawhoyamaxa vs. Paraguay* (2006) e *Xákmok Kásek vs. Paraguay* (2010) – envolvendo povos indígenas que viviam fora de seu território ancestral, a Corte considerou que o Estado do Paraguai violou diversos direitos consagrados no Pacto de San José da Costa Rica, dentre eles o direito à propriedade privada (art. 21), direitos da criança (art. 19) e o direito à vida (art. 4). Com efeito, em todos os casos o Estado do Paraguai fora responsabilizado devido à sua **omissão no fornecimento de água potável** às comunidades indígenas, dotadas de proteção especial, tendo em vista suas vulnerabilidades específicas.

Por conseguinte, em *Yakye Axa vs. Paraguay*, a Corte ordenou que o ente estatal criasse um fundo de desenvolvimento comunitário como forma de compensação pelo dano imaterial sofrido pelos membros da comunidade indígena no importe de US \$950.000,00 (novecentos e cinquenta mil dólares dos Estados Unidos da América) visando atender, dentre outras coisas, o **fornecimento de água potável e o desenvolvimento de infraestrutura sanitária**.

De igual maneira e com os mesmos objetivos, a Corte consolidou sua jurisprudência e determinou que se criasse fundo semelhante no valor de US\$ 1,000,000.00 (um milhão de dólares dos Estados Unidos da América) em *Sawhoyamaxa vs. Paraguay* e de US\$ 700.000,00 (setecentos mil dólares dos Estados Unidos da América) em *Xákmok Kásek vs. Paraguay*.

Mais recentemente, em fevereiro de 2020, ao julgar o caso *Lhaka Honhat vs. Argentina* – o qual tratava de conflito envolvendo territórios ancestrais de 643,000 hectares (ha) de povos indígenas e o Estado da Argentina – a Corte examinou pela primeira vez o direito humano à água de maneira autônoma e exigível, destinando em sua fundamentação jurídica tópico específico para a matéria de subsunção às normas internacionais.

Na ocasião, fundamentando-se no art. 26 do Pacto de San José⁹, no art. 25 da Declaração Universal dos Direitos Humanos¹⁰, no art. 11 do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais¹¹ e na Resolução da ONU 64/292, por maioria, os juízes decidiram que, no mérito (trecho VII.2.b.1 da decisão), houve violação do direito ao ambiente saudável, à alimentação adequada e ao acesso à água potável (trecho VII.2.b.1.1.3 da decisão).

Nesse sentido, a Corte Interamericana de Direitos Humanos consignou que compete ao Estado: (i) promover o acesso à água potável (inodora, incolor e insípida) sem quaisquer formas de discriminação; (ii) garantir a proteção do livre gozo do direito à água atuando, sempre que necessário, para impedir eventuais óbices gerados por terceiros; e (iii) garantir que o acesso seja fornecido em quantidade suficiente para a ingestão, higienização e demais atividades essenciais, mesmo para aqueles grupos sociais que não possuem condições financeiras de arcar com o custeamento do serviço (no caso em tela, cerca de 132 comunidades de povos indígenas).

Explica-se que, em atenção a autonomia dos Estados, salvo casos específicos (como as decisões tomadas no Conselho de Segurança da ONU), as decisões prolatadas

⁹ Cf.: DECRETO N° 678/92, ARTIGO 26: Desenvolvimento Progressivo: Os Estados-Partes comprometem-se a adotar providência, tanto no âmbito interno como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados.

¹⁰ Declaração Universal dos Direitos Humanos, Artigo 25: Toda a pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para lhe assegurar e à sua família a saúde e o bem-estar, principalmente quanto à alimentação, ao vestuário, ao alojamento, à assistência médica e ainda quanto aos serviços sociais necessários, e tem direito à segurança no desemprego, na doença, na invalidez, na viuvez, na velhice ou noutros casos de perda de meios de subsistência por circunstâncias independentes da sua vontade. 2. A maternidade e a infância têm direito a ajuda e a assistência especiais. Todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozam da mesma proteção social.

¹¹ Decreto 591/92, Artigo 11: 1. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa a um nível de vida adequado para si próprio e sua família, inclusive à alimentação, vestimenta e moradia adequadas, assim como a uma melhoria contínua de suas condições de vida. Os Estados Partes tomarão medidas apropriadas para assegurar a consecução desse direito, reconhecendo, nesse sentido, a importância essencial da cooperação internacional fundada no livre consentimento.

2. Os Estados Partes do presente Pacto, reconhecendo o direito fundamental de toda pessoa de estar protegida contra a fome, adotarão, individualmente e mediante cooperação internacional, as medidas, inclusive programas concretos, que se façam necessárias para:

a) Melhorar os métodos de produção, conservação e distribuição de gêneros alimentícios pela plena utilização dos conhecimentos técnicos e científicos, pela difusão de princípios de educação nutricional e pelo aperfeiçoamento ou reforma dos regimes agrários, de maneira que se assegurem a exploração e a utilização mais eficazes dos recursos naturais;

b) Assegurar uma repartição equitativa dos recursos alimentícios mundiais em relação às necessidades, levando-se em conta os problemas tanto dos países importadores quanto dos exportadores de gêneros alimentícios.

nas cortes internacionais, os protocolos, resoluções, cartas que expressam o estabelecimento de metas, cartas de vontade política, tratados em sentido amplo e demais instrumentos normativos pactuados não contém caráter necessariamente vinculativo.

Assim sendo, a maneira de resolver antinomias, integralizar os tratados e a jurisprudência das cortes internacionais com a ordem jurídica interna depende do posicionamento conferido pela constituição e pela suprema corte de cada país. O Brasil, como se sabe, integra Sistema Interamericano de Direitos Humanos e reconhece desde dezembro de 1998, a partir da assinatura do Decreto Legislativo nº 89/98 (sob reserva de reciprocidade, vide Decreto nº 4.463/2002), a competência obrigatória da Corte Interamericana em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH).

O STF manifestou-se em dois casos paradigmáticos acerca do modo de resolução de antinomia que deve ser utilizado quando houver conflito entre os tratados firmados internacionalmente a constituição ou as leis pátrias. O primeiro refere-se ao Recurso Extraordinário (RE) nº. 80.004/ES, em que a Lei uniforme de Genebra e o superveniente Decreto-lei nº 427/69 divergiam acerca da possibilidade da ausência de registro de nota promissória ser causa de nulidade do título.

O segundo foi no âmbito do RE 466.343/ SP. Na espécie, o art. 5º, LXVII, da CF previa a possibilidade de prisão civil por inadimplemento dos contratos de alienação fiduciária em garantia e era regulamentado pela legislação infraconstitucional civil e processual. No entanto, tal possibilidade contraria frontalmente o art. 7.7 do Pacto de San José da Costa Rica, o qual estipula que a prisão por dívida somente pode ser decretada quando se tratar de inadimplemento de obrigação alimentar.

Em síntese, o posicionamento construído pela Corte nos julgados estabeleceu que: (i) os **tratados de direitos humanos** internacionais ratificados pelo Brasil sob o rito estabelecido a **partir da EC 45/ 2004** possuem caráter de emenda constitucional, integram o bloco de constitucionalidade e podem servir de parâmetro para o **controle constitucional**; (ii) os **tratados de direitos humanos assinados pelo Brasil antes da promulgação da EC 45/2004** ou àqueles posteriores ratificados por decreto legislativo com quórum ordinário (maioria simples) possuem **caráter supralegal**, servindo como base para **controle de convencionalidade**; (iii) os demais tratados internacionais que não disponham sobre matérias de direitos humanos integram-se ao ordenamento jurídico brasileiro como leis infraconstitucionais e estão sujeitos ao controle de

constitucionalidade, convencionalidade e demais normas de interpretação do direito, tais quais o princípio da especialidade, posterioridade etc (CAPEZ, online, 2021).

Disso conclui-se que, ainda que o Estado brasileiro goze de autonomia para estabelecer as normas e sanções que vinculam aqueles dentro de sua jurisdição, ele está também vinculado a organismos de jurisdição internacional, como é o caso da Corte Internacional de Direitos Humanos. Sabe-se que as organizações internacionais são criadas por uma “carta” que constituem previamente seus objetivos, órgãos e modo de funcionamento. Além disso, os organismos dessa organização são criados por uma constituição e, em ambos os casos, são fixados direitos e deveres dos agentes (Estados e indivíduos) signatários (Portela, 2017, p.86)

Dessa maneira, caso o Brasil fosse hipoteticamente condenado por violação de direitos humanos pela não prestação dos serviços de saneamento básico, além de estar sujeito a repreensões, perda de assento e direito de voto em organismos internacionais relevantes para o exercício da política internacional, poderia ser sancionado em condições semelhantes às anteriormente mencionadas em casos envolvendo países como a Argentina e o Paraguai.

Isto não significa dizer, contudo, que a interpretação deve ser desmedida ou se divorciar da realidade fática, a qual é limitada por recursos de ordem financeira, econômica e social. Nota-se que os tratados internacionais que estipulam a universalização de componentes do saneamento básico o fazem de forma programática e que, mesmo nos casos narrados, as decisões da Corte Internacional dizem respeito a grupos sociais inseridos sob a **tutela de proteção direta do Estado**, a saber: comunidades indígenas, refugiados e encarcerados.

Feitas estas sucintas considerações a respeito da evolução das decisões emanadas no âmbito da Corte Interamericana de Direitos Humanos, do STF e compreendendo que o Brasil está integrado em um sistema normativo que, por vezes, transborda as suas próprias fronteiras, analisar-se-á, a seguir, a situação do saneamento básico no Brasil, bem como alguns dos desafios estruturais, jurisprudenciais e regulatórios para a universalização desse serviço.

3.2 A situação brasileira: nível de acesso à distribuição de água tratada e serviços de coleta de esgoto

Consoante demonstrado no tópico anterior, o acesso ao saneamento básico é matéria de preocupação global. Dados obtidos por relatório de 2019 do Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento (SNIS)¹², unidade vinculada à Secretaria Nacional (SNS) do Ministério do Desenvolvimento Regional (MDR), demonstram que o Brasil, mesmo possuindo 12% da água doce disponível no mundo, não está isento deste problema.

Inicialmente, cumpre realçar que, apesar da grande amostra, os dados do SNIS não são completos. Isto é, além de haver contratos irregulares na prestação do serviço Brasil afora, os estudos não acobertam todos os municípios brasileiros. Para viabilizar os estudos dos contratos regularmente cadastrados na plataforma, o SNIS utiliza por parâmetro dados da população atendida, informado pelos prestadores de serviços, e os dados referentes à população total residente, fornecida por estimativa pelo IBGE no último censo.

A população total é fornecida por **estimativa** pelo IBGE todos os anos, conforme dispõe a Lei nº 8.443/1992. No entanto, a população de fato urbana não é calculada anualmente pelo IBGE, o que pode gerar algumas distorções nas amostras. Nesse sentido, para viabilizar os cálculos a fim de identificar a realidade prática e elaborar políticas setoriais, o SNIS utiliza o último percentual de população urbana fornecido pelo censo demográfico e o aplica sobre a população total anualmente fornecida. Por exemplo, se em 2010 havia 90% de população urbana no País e esse é o dado mais recente disponível, aplica-se esse mesmo percentual à estimativa populacional do ano em que o estudo for feito para obtenção da população urbana no SNIS (SNS/MDR, 2020, p. 62).

Outrossim, conforme dispõe a metodologia aplicada, algumas inconsistências podem ser verificadas também quanto à população atendida na medida em que se alteram fatores variáveis como: a taxa de ocupação domiciliar verificada no último censo do IBGE; residências conectadas aos serviços de água e esgoto, mas desocupadas e não descontadas nos cálculos de economia ativa; e residências que são consideradas como urbanas pelas prestadoras de serviços e rurais pelo IBGE e vice-versa (IBIDEM).

Ademais, são desconsiderados dos cálculos de atendimento aos serviços de água e esgotamento os denominados “meios de solução individuais ou alternativos” – aqueles em que há o abastecimento de água por poços furados nas residências, cisternas,

¹² Painel de Informações sobre saneamento – SNIS. Acesso em 02.10.2021. Disponível em: <http://snis.gov.br/painel-informacoes-saneamento-brasil/web/>

encanamentos em nascentes, fossas, valas, canos para escoamento de água e dejetos, dentre outros.

Feitas estas considerações iniciais acerca da metodologia utilizada pelo SNIS, passar-se-á a análise de alguns dados sobre água e esgotamento fornecidos pelo relatório¹³ mais recente, referente ao ano de 2019. Tal qual dispõe o estudo, no que concerne ao abastecimento de água, a amostra compreende 5.191 dos 5.570 municípios brasileiros, abarcando um total de 97.1% da população total do País, naquele ano estimada em 210.1 milhões de habitantes.

Diante desse retrato, os estudos concluíram que 83.7% da população era atendida pelo abastecimento de água em casa. Nesse mesmo sentido, a leitura inversa dos dados revela que 16.7% da população não dispõe do serviço. Em números, isto implica dizer que da significativa base amostral do SNIS, 170.804.516 brasileiros possuem acesso à água, ao passo que um número superior a 35 milhões não tem acesso a esse bem básico.

A realidade é ainda mais alarmante quando se trata do serviço de esgotamento e indica que quase metade da população sequer possui os meios adequados para realizar a coleta de esgoto. Constatou-se que apenas 54.1% da população dos 4.226 municípios que integram o SNIS é atendida. Tal porcentagem representa, portanto, que há 110.300.342 de pessoas com acesso aos serviços de esgotamento no País, enquanto outros mais de 100 milhões não são atendidas, número superior a população da França e do Canadá somadas. Um recorte mais detalhado sobre água e esgoto por macrorregião do País pode ser conferido na tabela a seguir:

Tabela 1: Acesso à água e esgoto por macrorregião e Brasil

| Macrorregião | Índice de atendimento com rede (%) | | | | Índice de tratamento dos esgotos (%) | |
|--------------|------------------------------------|--------|-------------------|--------|--------------------------------------|-------------------|
| | Água | | Coleta de esgotos | | Esgotos gerados | Esgotos coletados |
| | Total | Urbano | Total | Urbano | Total | Total |
| | IN055 | IN023 | IN056 | IN024 | IN046 | IN016 |
| Norte | 57,5 | 70,4 | 12,3 | 15,8 | 22,0 | 82,8 |
| Nordeste | 73,9 | 88,2 | 28,3 | 36,7 | 33,7 | 82,7 |
| Sudeste | 91,1 | 95,9 | 79,5 | 83,7 | 55,5 | 73,4 |
| Sul | 90,5 | 98,7 | 46,3 | 53,1 | 47,0 | 94,6 |

¹³ Diagnóstico dos serviços de água e esgoto – SNIS. Acesso em 02.10.2021. Disponível em: http://snis.gov.br/downloads/diagnosticos/ae/2019/Diagn%C3%B3stico_SNIS_AE_2019_Republicacao_31032021.pdf

| | | | | | | |
|--------------|------|------|------|------|------|------|
| Centro-Oeste | 89,7 | 97,6 | 57,7 | 63,6 | 56,8 | 93,2 |
| Brasil | 83,7 | 92,9 | 54,1 | 61,9 | 49,1 | 78,5 |

Fonte: Relatório SNIS 2019

A título explicativo, a coluna IN055 representa o percentual do total de residências, urbanas e rurais, atendidas pela distribuição de água, ao passo que a coluna IN023 representa somente aquelas localizadas nas zonas urbanas. A coluna IN056 representa o percentual do total de residências, urbanas e rurais, atendidas pelo serviço de coleta de esgoto, enquanto a coluna IN024 representa somente o percentual referente ao total daquelas residências em zonas urbanas.

A coluna IN046 representa o total de esgoto gerado em uma determinada macrorregião e para seu cálculo estima-se o volume de esgoto gerado como sendo igual ao volume de água consumido, excluindo-se o volume de água tratada exportado. A coluna IN016, por fim, representa a porcentagem do total de esgoto coletado que efetivamente fora tratado.

Isto é, enquanto a coleta diz respeito à retirada do esgoto das residências, o tratamento implica em reduzir a sua carga poluidora antes de devolvê-lo ao meio ambiente. Nesse sentido, pontua-se que o índice IN016 deve ser lido com cuidado para não gerar interpretações errôneas. Se por exemplo, um município Alfa gerou 1.000m³ de esgoto, mas coletou apenas 100m³ (10% do total gerado) e os tratou em sua integralidade, o IN016 do município Alfa corresponderá a 100%.

É possível constatar também que a macrorregião Norte, reconhecida por sua biodiversidade e elevados volumes de água doce, paradoxalmente, é aquela que demonstra o menor nível de acesso tanto à água tratada (57,5% da população). Somente 12,3% dos ali residentes são contemplados pelos serviços de coleta de esgoto, número mais do que quatro vezes inferior à média nacional de 54,1%. Com efeito, o relatório do SNIS demonstra que, em grande medida, tal fato ocorre porque a rede de infraestrutura que interconecta os bairros, municípios e regiões urbanas tende a ser menor do que nas demais macrorregiões do País.

Situação também crítica é da macrorregião Nordeste, na qual 73,9% da população tem acesso à água tratada e apenas 28,3% tem acesso aos serviços de esgotamento. Na região centro-oeste, por sua vez, 89,7% da população tem acesso à água tratada e pouco mais da metade (57,7%) possui acesso à coleta de esgoto.

Na região Sul, por sua vez, 90,5% da população possui acesso à água tratada enquanto menos da metade da população (46,3%) representa a parcela atendida com

coleta de esgoto, índice menor que o da região Centro-Oeste. Na região Sudeste 91,1% da população possui acesso à água tratada enquanto 79,5% tem coleta de esgoto, muito acima da média nacional.

De modo geral, o que se nota do extenso relatório é que a menor concentração urbana em alguns municípios e regiões mais afastadas ou com maior extensão territorial e com baixa densidade demográfica tende a encarecer o serviço e diminuir o retorno das empresas envolvidas, o que leva ao baixo interesse das atuais prestadoras do serviço – conforme se demonstrará no tópico 3.6, a entrada da iniciativa privada tem alterado a realidade do setor, visto que essas empresas atendem majoritariamente os Municípios de pequeno porte. Em sentido distinto caminha a constatação de que o acesso aos serviços de água e coleta de esgoto são maiores nas áreas urbanas e nas regiões mais industrializadas do que nas zonas rurais.

Diante da inegável importância dos serviços de saneamento básico, notadamente do abastecimento de água e esgotamento sanitário estudados no presente trabalho, no tópico a seguir abordar-se-ão estimativas de investimentos apontados como necessários para a universalização de acesso ao setor.

3.3 Os investimentos necessários para a universalização do saneamento básico no Brasil

Ao estruturar o Plano Nacional de Saneamento Básico (PLANSAB) em 2014, o Ministério do Desenvolvimento Regional (MDR)¹⁴ constatou que seria necessário o investimento de R\$ 508,5 bilhões (em valores de dezembro de 2012) para universalizar o acesso aos serviços de saneamento básico no Brasil entre os anos de 2014 e 2033. Ou seja, uma cifra equivalente ao investimento anual de R\$25,4 bilhões.

Com isso, esperava-se que até 2033 o serviço de distribuição de água alcançasse 99% da população e o de tratamento de esgoto 90%. Deste montante global, aproximadamente R\$122,1 bilhões seriam destinados ao abastecimento de água e outros R\$181,9 bilhões em esgotamento sanitário.

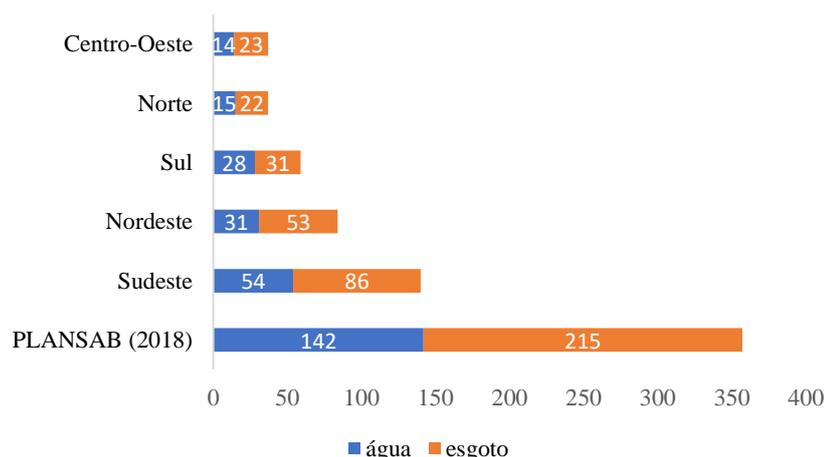
¹⁴ Cf.: BRASIL, Ministério do Desenvolvimento Regional. Secretaria Nacional de Saneamento – SNS. Relatório de Avaliação Anual, p.32. 2014. Acesso em 03.10.2021. Disponível em: antigo.mdr.gov.br/images/stories/ArquivosSNSA/PlanSaB/relatorio_anual_avaliacao_plansab_2014_15122015.pdf. Acesso em: 03.10.2021.

Pesquisa¹⁵ mais recente divulgada pela Associação Brasileira das Concessionárias Privadas de Serviços Públicos de Água e Esgoto (ABCON) e pela KPMG, no entanto, aponta que os investimentos estipulados pelo PLANSAB não saíram do papel tal qual preconizado. O projeto inicial do MDR previa que entre os anos de 2013 e 2018 seriam investidos R\$163 bilhões em saneamento básico, porém os investimentos realizados até o fim do ano de 2017 somavam apenas R\$63 bilhões – R\$100 bilhões em investimentos previstos não foram realizados.

Para se ter um parâmetro, enquanto no ano de 2017 setores mais bem estruturados e universalizados como o de energia elétrica receberam investimentos de R\$ 25,4 bilhões (0,54% do PIB) e telecomunicações de R\$ 23,6 bilhões (0,36% do PIB), o setor de saneamento básico recebeu apenas R\$ 10,9 bilhões (0,17% do PIB), bem abaixo do investimento anual que se esperava de R\$25,4 bilhões.

Com base nos dados disponibilizados após a reformulação do PLANSAB, o estudo da ABCON e da KPMG aponta para o fato de que atingir as metas em termos de volume global de montantes, por si só, não garantiria a universalização pretendida se não fossem observadas as desigualdades regionais. Assim, com base na versão revisada do PLANSAB, estipula o quanto cada macrorregião do País precisaria em termos de volumes de investimentos para atingir os objetivos estipulados. Certifique-se:

Gráfico 1: Custo da Universalização por macrorregião – Valor necessário (R\$ em bilhões) entre 2013 e 2033



Fonte: ABCON e KPMG

¹⁵ Cf. ABCON, KPMG. Quanto custa universalizar o saneamento no Brasil? 2020. Disponível em: <https://assets.kpmg/content/dam/kpmg/br/pdf/2020/07/kpmg-quanto-custa-universalizar-o-saneamento-no-brasil.pdf>. Acesso em 03.10.2021.

Nesse sentido, apenas para universalizar o acesso à distribuição de água e esgotamento, o PLANSAB do MDR prevê que o País precisaria de R\$357 bilhões de investimentos nesses 2 subsetores do saneamento básico, observadas as necessidades e particularidades de cada macrorregião no que tange à expansão e reposição da rede de água e esgoto. O estudo aponta, ainda, para o fato de que, mantidos os níveis de investimentos progressivos, a meta somente seria alcançada em 2055 (ABCON, KPMG, 2020, págs. 17-18).

Contudo, o relatório da ABCON e da KPMG diverge dos estudos apontados no PLANSAB quanto aos valores de investimentos necessários tanto em escala nacional como por macrorregiões. Enquanto o plano do MDR prevê a necessidade de R\$357 bilhões em investimentos, o estudo da ABCON e da KPMG afirma que este valor atualmente supera o montante de R\$753 bilhões a ser investido dentro dos próximos 15 anos.

Consoante justifica o estudo, fatores importantes foram deixados de fora pelo MDR, visto que devem ser incluídos nos cálculos não apenas os recursos que visam a expansão da rede de esgoto e de água, mas também investimentos em manutenção. Isto é, os dados revelam que há pelo menos 10 anos o Brasil perde de 37% a 39% de água já tratada devido à falta de manutenção adequada. Na região Norte, a menos abastecida pela distribuição, esse índice chega a 55% e na região Nordeste é de 46% de desperdício (Ibidem, p.6).

Nesse sentido, até 2033, há a necessidade de investimentos de R\$144 bilhões em água e R\$354 bilhões em esgoto, a fim de expandir a infraestrutura existente. Ademais, outros R\$255 bilhões são necessários apenas para conservação de infraestrutura, sendo R\$145 bilhões voltados para a recomposição dos ativos já existentes e R\$110 bilhões para evitar a depreciação dos novos ativos a serem construídos durante esse período e desconsiderado os efeitos de depreciação futuros (Ibidem, p. 38).

Desconsiderando os 145 bilhões necessários para recompor a estrutura já existente de 2018 até 2033, os R\$607 bilhões em investimentos em expansão e manutenção das novas estruturas apontados pela ABCON/ KPMG estão assim distribuídos por macrorregião:

- a. Norte: R\$13,210 bilhões em água e R\$32,37 bilhões em esgoto, com externalidades positivas estimadas em R\$ 127, 983 bilhões;
- b. Nordeste: R\$43,192 bilhões em água e R\$92,598 bilhões em esgoto, com externalidades positivas estimadas em R\$259,164 bilhões;

- c. Centro-Oeste: R\$12,918 bilhões em água e R\$38,744 bilhões em esgoto, com externalidades positivas estimadas em R\$123,51 bilhões;
- d. Sudeste: R\$56,490 bilhões em água e R\$119,463 bilhões em esgoto, com externalidades positivas estimadas em R\$498,206 bilhões; e
- e. Sul: R\$18,128 bilhões em água e R\$70,495 bilhões em esgoto, com externalidades positivas estimadas em R\$208,182 bilhões.

Ao todo, este estudo aponta que as externalidades positivas somam um montante de R\$1.217.055 trilhão, representando mais do que o dobro dos investimentos alocados. Nesse sentido, uma leitura conjunta com outros dados e estudos será o assunto do tópico seguinte.

3.4 O conceito de externalidades e alguns dos seus desdobramentos no setor de saneamento ao redor do mundo

A doutrina econômica predominante ensina que os mercados, pautados pela auto-organização e pela lei da oferta e da demanda, são capazes de produzir vários bens e serviços com eficiência, mas não todos. Nesse sentido, surgem as chamadas “falhas de mercado” – situações em que os mercados desregulamentados, pela livre atuação dos agentes econômicos, não produzem os resultados mais eficientes, de maneira em que se justifique alguma espécie de intervenção para reduzi-las (MANKIWI, 2020, p. 122).

Dentre as várias categorias de falhas de mercado existentes, as que se pretendem abordar neste subtópico são as externalidades. Segundo Mankiw, podem ser definidas como “o impacto não compensado das ações de uma pessoa sobre o bem-estar de outras que não participam daquelas ações” (Ibidem, p. 156).

Em outras palavras, isto implica dizer que o interesse da sociedade em um dado mercado vai além da relação estabelecida entre compradores e vendedores, prestadores ou usuários de um serviço. Assim, quando o impacto causado sobre o terceiro que não participa da relação é adverso, diz-se que há uma externalidade negativa. Quando o impacto é benéfico, há uma externalidade positiva.

No setor de saneamento básico, muitas são as externalidades positivas e negativas geradas pela prestação adequada ou não do serviço. Isto porque o saneamento tem impacto direto na saúde, no desempenho escolar e no trabalho, na valorização de propriedades, no desenvolvimento regional etc.

Segundo demonstra a Organização Mundial de Saúde (OMS), o saneamento precário está atrelado a uma ampla gama de proliferação de doenças que podem ser transmitidas pela via fecal-oral, exposição a produtos químicos, bem como outras substâncias contaminadas presentes na água. Essa externalidade negativa ainda pode ser ampliada se somada a fatores como mudanças climáticas, uso incorreto de antibióticos, crescimento populacional, urbanização acelerada etc.

Além de impactos negativos no bem estar – que provocam o aumento do nível de estresse e da pobreza, ansiedade, medo, diminuição na frequência escolar e na produtividade econômica –, constata-se uma ligação direta entre a falta de saneamento básico e diversas doenças: tropicais (dengue, malária etc), cólera, disenteria, diarreia, hepatite A, febre tifoide, poliomielite, além de agravar a baixa estatura das crianças. Desse modo, as altas taxas de mortalidade geralmente espelham o parco acesso à qualidade de vida, condições de higiene e desenvolvimento socioeconômico.

Estima-se que cerca de 829 mil pessoas morrem todos os anos em países de baixa e média renda como resultado das políticas inadequadas de distribuição de água tratada, esgotamento e falta de higiene. A ausência de esgoto corresponde acerca de 432 mil dessas mortes, sendo que a vida de 297 mil crianças com idade inferior a 5 anos poderiam ser salvas anualmente¹⁶.

Nesse mesmo sentido, estudo anteriormente realizado em 38 países em desenvolvimento, por pesquisadores ligados ao Banco Mundial, demonstra que o acesso à água tratada e ao esgotamento adequado poderia levar à redução de mortes por diarreia e reduzir a mortalidade infantil em cerca de 20%, poupando a vida de 2.2 milhões de crianças ao ano (FINK; GÜNTHER, 2011).

Conforme se demonstra na tabela a seguir, dados de 2016 apontam para o fato de que 1.870.998 de pessoas morreram em decorrência da privação de acesso ao saneamento básico, enquanto mais de 123 milhões de anos de vida foram ajustados por incapacidade (DALYs)¹⁷:

¹⁶ Cf. World Health Organization (WHO): Sanitation. Disponível em: <https://www.who.int/news-room/fact-sheets/detail/sanitation>. Acesso em: 05.10.2021

¹⁷ Disability-adjusted life-years (DALYs) ou anos de vida ajustados por incapacidade: corresponde ao indicador que busca medir simultaneamente a mortalidade prematura e os problemas de saúde que afetam a qualidade de vida dos indivíduos devido a um fator específico. Um DALY, na prática, corresponde a um ano de vida sadia perdido e serve como métrica de aprimoramento universal para pesquisadores e formuladores de políticas públicas. Disponível em: https://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/Pesquisa_Saude/tela16_2.html. Acesso em: 05.10.2021.

Tabela 2 – Carga de doenças decorrentes do saneamento básico inadequado em 2016¹⁸

| DOENÇA | MORTES | DALYS (MILHARES) | FAP |
|---|------------------|-----------------------------|--------------------|
| Doenças diarreicas | 828 651 | 49 774 | 0.60 |
| Infecções helmínticas transmitidas pelo solo | 6 248 | 3 431 | 1 |
| Infecções respiratórias agudas | 370 370 | 17 308 | 0.13 |
| Desnutrição ¹⁹ | 28 194 | 2 995 | 0.16 |
| Tracoma | <10 | 244 | 1 |
| Esquistossomose | 10 405 | 1 096 | 0.43 |
| Filariose linfática | <10 | 782 | 0.67 |
| SUBTOTAL: água potável, esgotamento e higiene | 1 243 869 | 75 630 | NA |
| Malária | 354 924 | 29 708 | 0.80 |
| Dengue | 38 315 | 2 936 | 0.95 |
| Oncocercose | <10 | 96 | 0.10 |
| SUBTOTAL: gestão de recursos hídricos | 393 239 | 32 740 | NA |
| Afogamentos | 233 890 | 14 723 | 0.73 ²⁰ |
| SUBTOTAL: segurança dos ambientes hídricos | 233 890 | 14 723 | NA |
| TOTAL: água, esgotamento e higiene inadequados | 1 870 998 | 123 093 | NA |

Reprodução: OMS. *Water, sanitation, hygiene and health: A primer for health professionals, 2019, p.3. Tradução livre.*

A Fração Atribuível Populacional (FAP) é uma medida que calcula a proporção da doença ou evento relacionado à saúde que seria prevenido na população caso o fator de risco fosse eliminado (REZENDE; ELUF-NETO, 2016, p.3). Em outras palavras, indica o quanto a ocorrência de um desfecho (no caso concreto, a morte) poderia ser reduzido se o fator de risco fosse eliminado (*in casu*, água insalubre, falta de segurança dos ambientes hídricos, esgotamento e condições de higiene precária).

Nesse sentido, a tabela 2 fornecida pela OMS pode ser lida da seguinte maneira: o intervalo entre 0-1 representa o universo em que 0 é o ponto de partida, no qual nenhuma

¹⁸ Carga de doenças estimadas para países de baixa e média renda; diarreia, infecções respiratórias agudas e afogamentos incluem também números provenientes de países de alta renda; NA = Não se aplica.

¹⁹ Inclui a carga de doenças de desnutrição proteico-energética e as consequências apenas em crianças menores de 5 anos.

²⁰ Fração populacional atribuível para países de baixa renda é de 0.74 e para países de alta renda de 0.54.

morte seria evitada se o fator de risco fosse eliminado, e em que 1 representa a totalidade de mortes potencialmente evitadas com a eliminação do fator de risco.

Isso nos possibilita inferir, por exemplo, que 60% das 828.651 mortes causadas por doenças diarreicas no ano de 2016 poderiam ser evitadas se a população afetada tivesse acesso à água potável, esgotamento e condições higiênicas adequadas. Em números, isso indica o prolongamento de 497 mil vidas.

Outro dado interessante que se extrai da tabela é o fato de que a melhor gestão de recursos hídricos poderia evitar muitas mortes causadas pelas denominadas doenças tropicais. Ao redor do globo, seria possível preservar a vida de 80% dos 354.924 mortos por malária²¹ e 95% dos 38.315 atingidos por dengue²², representando, respectivamente, mais de 283mil e 36 mil pessoas. Estudos com esse tipo de correlação em nosso País ainda são muito embrionários, mas certamente as estatísticas mundiais apontam para o caminho de que a melhor prestação dos serviços de saneamento básico contribuem para reduzir o fator de risco.

Por falar em Brasil, estima-se que a taxa de mortalidade infantil representa cerca de 85% das mortes na infância (MDR, PLANSAB, 2019, p. 80). Em 2020, ambas as taxas de mortalidade atingiram sua mínima histórica, sendo 11,5 mortos no primeiro ano de vida para cada mil nascidos vivos (11,5 óbitos/ 1.000 NV)²³ e de 13,5 mortos antes dos 5 para cada mil nascidos vivos²⁴ (13,5/ 1.000 NV).

Se feita uma comparação internacional, os dados de 2019 demonstram que os números permanecem altos, especialmente se equiparadas as taxas de mortalidade na infância (menores de 5 anos) de países como o Japão (2/1.000 NV); do continente europeu (média de 5/1.000 NV); e América do Norte (6/1.000 NV) (UNICEF, 2020, p. 45 e ss.).

²¹ Boletim epidemiológico do MS aponta que em 2019 foram reportados 153.270 casos de infectados por malária no Brasil (redução de 18,4% em relação a 2018) e 37 óbitos. Disponível em: https://www.gov.br/saude/pt-br/assuntos/media/pdf/2020/dezembro/03/boletim_especial_malaria_1dez20_final.pdf. Acesso em 05.10.2021.

²² Boletim epidemiológico aponta que 987.173 casos de dengue foram notificados em 2020, sendo registrados 826 casos graves e 554 óbitos. Disponível em: https://www.gov.br/saude/pt-br/assuntos/media/pdf/2021/fevereiro/01/boletim_epidemiologico_svs_3.pdf. Acesso em: 05.10.2021.

²³ Cf. Observatório da Criança. Disponível em: <https://observatoriocrianca.org.br/cenario-infancia/temas/sobrevivencia-infantil-infancia/620-taxa-de-mortalidade-infantil-para-cada-mil-nascidos-vivos?filters=1,234>. Acesso em: 05.10.2021.

²⁴ Cf. Observatório da Criança. Disponível em: <https://observatoriocrianca.org.br/cenario-infancia/temas/sobrevivencia-infantil-infancia/619-taxa-de-mortalidade-na-infancia-para-cada-mil-nascidos-vivos?filters=1,233>. Acesso em: 05.10.2021.

A taxa de mortalidade dos menores de 5 anos no País também era superior à de vizinhos da América Latina como o Chile (7/1.000 NV); Uruguai (7/1.000 NV) Argentina (9/1.000 NV); e Peru (13/1.000 NV) (Ibidem). Naquele ano a mortalidade na infância brasileira era de 14,4/1.000 NV²⁵.

Consoante já demonstrado, a mortalidade na infância deslinda algumas origens sociais, tal qual a **disponibilidade de saneamento básico** e acesso à recursos de atenção à saúde infantil e maternal. Estudos levantados pelo MDR através da base de dados do DATASUS demonstram que, assim como no restante do globo, as doenças atreladas ao saneamento ambiental inadequado (DRSAI) de transmissão fecal-oral (DDAs – doenças diarreicas agudas) são as que mais provocam internações no Sistema Único de Saúde (SUS) (MDR; PLANSAB, 2019, p. 82).

Os estudos apontam que no Brasil foram internadas no SUS 79.175 crianças menores de 5 anos em 2018 em decorrência de alguma DDA, o que confere ao País uma taxa média de 5,6 internações para cada mil habitantes. Por macrorregião os números de internações por DDA de crianças abaixo de 5 anos para cada mil habitantes foram os seguintes: Norte – 10,3; Nordeste – 8,5; Centro-Oeste – 4,8; Sul – 3,7; Sudeste – 2,6 (Ibidem). Não por coincidência, os piores indicadores estão nas macrorregiões onde o serviço de saneamento básico atende ao menor percentual da população (vide tabela 1).

O relatório do MDR aponta, ainda, para o fato de que doenças como a dengue, chikungunya e a zika podem sinalizar precariedades nas condições de saneamento básico, visto que a má gestão de recursos hídricos, esgotos e lixões a céu aberto e a falta de drenagem podem criar um ambiente propício para a proliferação do *Aedes Aegypti*.

Em tempos de pandemia, a infraestrutura precária no setor de saneamento básico pode contribuir para exacerbar também o contágio da Covid-19, visto que uma das principais medidas de combate ao vírus é a higienização adequada e a lavagem constante de mãos com água e sabão. Contudo, conforme os dados do SNIS referentes ao ano de 2019 expostos na tabela 1, mais de 35 milhões de brasileiros não eram contemplados sequer pelo serviço de distribuição de água tratada, enquanto mais de 100 milhões não possuíam coleta de esgoto.

Estudo semelhante elaborado pelo Programa Conjunto de Monitoramento da OMS e do UNICEF para Saneamento e Higiene (JMP) denota que, em 2020, 13,26% dos brasileiros residentes em áreas urbanas não tinham acesso à água gerenciada de forma

²⁵ Cf. IBGE: Tábua completa de mortalidade para o Brasil. 2019. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/3097/tcmb_2019.pdf. Acesso em 05.10.2021.

segura – isto é, disponível em quantidade adequada, sempre que desejado e livre de contaminações. Na zona rural essa porcentagem era de 24,16% para os que acessavam o serviço com melhorias mínimas, porém insuficientes, e de 3,08% que não possuíam qualquer espécie de melhoria.

No que diz respeito ao esgotamento, a população residente em área urbana contemplada pelo gerenciamento seguro era de 50,67%, ao passo que 43,44% gozam apenas de um nível básico desses serviços e outros 5,89% não tem acesso a qualquer nível de melhoria. Nas áreas rurais, o esgotamento oferecido era apenas em nível básico para 62,9% da população, enquanto 34% não tinha acesso a qualquer melhoria e 2,35% possuía esgotos a céu aberto²⁶.

Consoante já demonstrado, as maiores defasagens do acesso ao saneamento básico encontram-se nas macrorregiões Norte e Nordeste e afetam especialmente as populações residentes em periferias urbanas, favelas, aldeias indígenas, assentamentos informais e segmentos de baixa renda. De acordo com dados levantados pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA)²⁷, as zonas carentes dos grandes centros urbanos são mais suscetíveis à propagação de doenças contagiosas como a Covid-19, além de possuírem acesso limitado a serviços de saúde. Essa é a realidade da maior parte das favelas brasileiras, nas quais há superlotação de familiares nas residências e poucos serviços de água e esgotamento sanitário.

Em nota técnica do UNICEF²⁸, aponta-se que 39% das escolas brasileiras sequer possuem estrutura adequada para higienização das mãos, com grande disparidade entre as escolas da rede pública e privada, as quais possuem mais que o dobro dessas estruturas. Ademais, o relatório demonstra que as regiões Norte e Nordeste, mais uma vez, são as maiores prejudicadas – é o caso do Amazonas, em que apenas 19% das escolas públicas tem acesso à água encanada, enquanto a média nacional é de 68%.

Quando se trata do esgotamento sanitário, os dados são ainda mais estarrecedores: há estados da região norte em que menos de 10% da rede pública de escolas possui acesso ao serviço – é o caso do Acre (9%); Rondônia (6%); e Amapá (6%). Apesar de ressaltar

²⁶ Cf. Estimativas do portal JMP da OMS e do UNICEF, com base em dados de 2020: <https://Washdata.org>

²⁷ Cf. Nota técnica do Ipea: Apontamentos sobre a dimensão territorial da pandemia da COVID-19 e os fatores que contribuem para aumentar a vulnerabilidade socioespacial nas unidades de desenvolvimento humano de áreas metropolitanas brasileiras. Abril de 2020. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/nota_tecnica/200423_nt_dirur%20n%2015_web.pdf. Acesso em: 05.10.2021.

²⁸ Cf. O papel fundamental do saneamento e da promoção da higiene na resposta à Covid-19 no Brasil. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/media/9721/file/nota-tecnica-saneamento-higiene-na-resposta-a-covid-19.pdf>. Acesso em: 06.10.2021.

que os dados são limitados, o relatório aponta que, excetuando-se os hospitais, em 2017, apenas 74,5% dos estabelecimentos de saúde dispunham de serviços de esgotamento sanitário e que em 1,3% não havia qualquer espécie de acesso.

Em âmbito global, conforme demonstra monitoramento de estatísticas organizado pela OMS, dados de 98 países indicavam que no ano de 2017 cerca de 71% da população mundial desfrutava do gerenciamento seguro de água (5,3 bilhões de pessoas) e apenas 45% (3,4 bilhões de pessoas) dos serviços de esgotamento. Naquele mesmo ano, 2 em cada 5 residências pelo mundo não possuíam sequer estruturas para lavar as mãos (40% das casas) (OMS, 2021, p.43). Estimativas²⁹ mais recentes do UNICEF apontam que no ano de 2020, 3 em cada 10 pessoas no globo não possuíam acesso à água e sabão para adotar as medidas recomendadas pelos especialistas em saúde no combate ao covid-19.

Esse contexto evidencia que uma das externalidades da falta de investimento no saneamento básico no Brasil e no mundo é o impacto negativo na saúde e no bem-estar da população, gerando custos financeiros e humanos às famílias e ao Estado. Segundo estudo³⁰ realizado pela OMS em 2012, para cada US\$ 1.00 investido em saneamento básico, havia um retorno de US\$ 5.50 devido à redução de custos em saúde, aumento de produtividade e redução de mortes prematuras.

Destarte, as condições precárias do acesso aos serviços de saneamento impacta diretamente nas condições de higienização e, por conseguinte, na prevenção de doenças, dentre elas as diarreicas e aquelas contagiosas, como é o caso da covid-19. No capítulo a seguir, analisar-se-á com maior detalhamento as externalidades em âmbito brasileiro.

3.5 As principais externalidades que o setor de saneamento básico exerce sobre o Brasil

O Instituto Trata Brasil, em parceria com a ABCON, publicou em novembro de 2018 o estudo³¹ intitulado “*Benefícios econômicos e sociais da expansão do saneamento*”

²⁹ Cf. Estimativas UNICEF e OMS. Disponível em: <https://www.who.int/news/item/01-07-2021-billions-of-people-will-lack-access-to-safe-water-sanitation-and-hygiene-in-2030-unless-progress-quadruples-warn-who-unicef>. Acesso em: 05.10.2021.

³⁰ Cf.: OMS. *Water, sanitation and hygiene: exposure*. Disponível em: <https://www.who.int/data/gho/data/themes/topics/topic-details/GHO/water-sanitation-and-hygiene-exposure>. Acesso em: 05.10.2021.

³¹ Conforme explica o relatório, o estudo atualiza dados próprios de 2014 e 2017 e emprega dados obtidos junto ao SNIS, da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios de 2004 a 2015, a Pesquisa Nacional de Saúde, a Pesquisa Anual da Indústria da Construção, a Pesquisa Anual dos Serviços e as Contas Nacionais Consolidadas, todas do IBGE. As informações de saúde – número e custos das internações por doenças

no Brasil”. Segundo o levantamento, a universalização do saneamento básico no País poderia trazer ganhos líquidos da ordem econômico-social de R\$1,125 trilhão entre os anos de 2016 e 2036. Os valores são um resultado dos cálculos nos seguintes setores:

Tabela 3: Custos e Benefícios do Saneamento no Brasil, 2016 a 2036

| Custos e benefícios | Em R\$ bilhões ³² | |
|---|------------------------------|------------------|
| | Por ano | 2016 – 2036 |
| Redução dos custos com saúde | 0,297 | 5,949 |
| Aumento de produtividade no trabalho | 9,519 | 190,374 |
| Renda da valorização imobiliária | 22,373 | 447,457 |
| Renda do Turismo | 2,143 | 42,860 |
| Subtotal externalidades (A) | 34,332 | 686,641 |
| Renda gerada pelo investimento | 15,097 | 301,933 |
| Renda gerada pelo aumento de operação | 24,496 | 489,920 |
| Impostos ligados à produção ³³ | 2,141 | 42,825 |
| Subtotal de renda (B) | 41,734 | 834,679 |
| Total de benefícios (C=A+B) | 76,066 | 1.521,319 |
| Custo de investimento | -12,063 | -241,269 |
| Aumento de despesas das famílias | -7,716 | -154,314 |
| Total de custos (D) | -19,779 | -395,582 |
| Balanco (E=C+D) | 56,287 | 1.125,737 |

Reprodução: Instituto Trata Brasil, ABCON e Consultoria Ex Ante.

Para chegar a estes valores, o Instituto observou períodos anteriores para traçar padrões e correlações estatísticas. Nesse sentido, o estudo detalha que entre os anos de 2004 e 2016 o investimento anual no setor de saneamento básico passou de R\$3,1 bilhões ao ano para R\$11,4 bilhões anuais, perfazendo um montante total de R\$145,456 bilhões (em valores constantes) investidos no período – o equivalente a R\$60,80 por pessoa ao ano (TRATA BRASIL, 2018, p. 25).

gastrointestinais infecciosas são provenientes do DATASUS. Os dados internacionais foram obtidos junto à UNICEF (OMS) e ao Banco Mundial naquele.

³² Estimativas Ex Ante Consultoria, com valores referentes ao ano de 2017.

³³ Impostos ligados à produção dos investimentos e das operações de saneamento e das atividades imobiliárias.

Estima-se, ainda, que para promover a expansão do setor de saneamento básico, 142 mil pessoas foram empregadas todos os anos em empregos diretos, indiretos e induzidos, de maneira que geraram uma renda anual de R\$13,6 bilhões – na prática, o efeito multiplicador encontrado pelo estudo é de que para cada R\$1 investido, gerou-se uma renda de R\$1,22 na economia. Com efeito, uma vez operacionalizado o sistema em pleno funcionamento, em valores de 2017, o setor de saneamento gerou receita operacional de R\$48,8 bilhões ao ano e gerou o recolhimento anual de impostos na monta de R\$9,33 bilhões entre 2004 e 2016 (Ibidem).

No que concerne à saúde, em média, as pessoas acometidas por diarreia e outras doenças gastrointestinais infecciosas ficaram afastadas do serviço por 3,3 dias, de modo que no ano de 2013 somente o SUS gastou **R\$125,5 milhões com as internações de 391 mil pessoas**. Sem sombra de dúvidas, para além dos custos diretos, há aqueles atrelados à queda de rendimento por mal-estar tanto pelo tempo de afastamento do serviço quanto pelos dias que antecedem e sucedem o afastamento por hospitalizações. Nesse sentido, o estudo estima que entre 2016 e 2036 é possível esperar uma economia anual de R\$297 milhões com internações e de R\$5,9 bilhões durante estes 20 anos.

Outro ponto interessante apresentado pelo Trata Brasil refere-se ao impacto da falta de acesso ao esgotamento sanitário e produtividade dos trabalhadores. Segundo o instituto, trabalhadores residentes em áreas sem acesso a serviços de esgotamento submetidos às mesmas condições de empregabilidade – ou seja, com o mesmo nível de escolaridade, experiência profissional, faixa etária, gênero etc –, possuíam salário, em média, 6,8% menores do que àqueles onde a coleta de esgoto estava disponível. A falta de sanitário na residência elevava essa porcentagem para 21,7%. As mesmas condições aplicadas ao serviço de distribuição de água constataram salários, em média, 3,2% menores.

Ademais, estima-se que entre 2016 e 2036 a universalização do saneamento básico produzirá externalidades positivas sobre a produtividade do trabalho, gerando um ganho de renda de R\$190,3 bilhões. Quanto ao rendimento escolar, ao oferecer os serviços de distribuição de água tratada e coleta de esgoto a um estudante que não os possui, o Instituto estima um aumento de 3,6% na produtividade escolar.

A valorização imobiliária é outro aspecto relacionado ao serviço de saneamento. Dados do IBGE apontam que as residências localizadas em bairros de condições semelhantes, cuja distinção restringe-se ao acesso ou não ao saneamento básico, causa uma diferença de 16,4% entre os imóveis que possuem água encanada e coleta de esgoto

e os que não possuem. Levando-se também em conta a média nacional, o Instituto constata que as residências com água tratada tem, em média, 9% mais valor do que as que não possuem, ao passo que aquelas sem banheiro tem valor inferior em 7,4%.

Nesse sentido, a distribuição de água tratada e o acesso ao saneamento básico poderia elevar o valor dos imóveis em quase 33%, decorrentes da valorização tanto em âmbito local quanto nacional (TRATA BRASIL, 2018, p. 44). Ademais, o estudo calcula que entre 2016 e 2036 a valorização imobiliária decorrente só da melhoria das condições de saneamento será de R\$22,3 bilhões ao ano, perfazendo um montante total de R\$447,4 bilhões (em valores de 2018).

Como consequência da universalização do saneamento básico, o Trata Brasil constata, com base em dados do Banco Mundial e do IBGE, que as melhorias de condições ambientais poderiam elevar o turismo no País. Isto é, com a recuperação de áreas degradadas, podem surgir maiores estímulos para que trabalhadores e empresários invistam no setor turístico, de maneira que a economia gerada pela universalização do saneamento será de R\$2,1 bilhões ao ano e de R\$42,8 bilhões entre 2016 e 2036 (Ibidem, p. 62).

Destarte, em concomitância com o narrado no tópico 3.3, os investimentos em saneamento básico não só tem o potencial de salvar vidas ao diminuir fatores de risco de mortes causadas por doenças diarreicas, tropicais ou contagiosas como a covid-19, mas também de diminuir os gastos públicos em setores como a saúde. Ademais, pode aumentar a qualidade de vida ao incrementar substancialmente o nível de desenvolvimento humano, as condições de bem-estar, de valorização imobiliária, de produtividade nas escolas e postos de trabalho, do turismo etc. Por esta razão, estimular a universalização dos serviços de saneamento básico deve ser uma prioridade e encontrar na atuação regulatória mecanismos inteligentes que atuem como aliados do setor, evitando custos desnecessários.

No capítulo a seguir abordar-se-á o tratamento que a matéria tem recebido tanto sob a ótica normativa quanto pelos tribunais, a fim de verificar em que medida o Novo Marco do Saneamento Básico (NMSB) – Lei nº 14.026/20 pode melhorar a qualidade regulatória e evitar eventuais abusos deste poder.

3.6 O amadurecimento institucional necessário à efetividade dos investimentos

Indubitavelmente os investimentos financeiros são indispensáveis à promoção do saneamento básico. Contudo, a infraestrutura e as tecnologias de engenharia, por mais modernas que sejam, por si só, não são suficientes para resolver o problema da falta de acesso aos serviços de água e esgoto. Assim sendo, para alcançar o fim desejado, os investimentos necessariamente precisam ser acompanhados por incentivos, instituições e organizações³⁴ maduras capazes de aplicá-los, operá-los e fiscalizá-los.

É nesse sentido que a experiência internacional demonstra os caminhos que podem ser observados pelo Brasil a fim de estruturar as melhores estratégias aplicáveis a sua realidade. Estudo desenvolvido por pesquisadores do Departamento Nacional de Pesquisa Econômica dos EUA buscou entender como a cidade de Nova Iorque do século XIX e a cidade de Lusaca, Capital da Zâmbia, país localizado na África Subsaariana, no século XXI, operacionalizaram tentativas de universalização de acesso aos serviços de água e esgoto às suas respectivas populações. Por sua enorme pertinência temática, discorrer-se-á sucintamente acerca dos resultados encontrados.

Nas cidades estudadas, de tempos em tempos, milhares de pessoas morriam devido a surtos de cólera – doença bacteriana infecciosa intestinal aguda, cuja origem de contaminação fecal-oral está atrelada ao consumo de água ou alimentos contaminados. A partir de então, políticas públicas foram desenhadas com o fim de aumentar a infraestrutura existente, pois pressupôs-se que isto resolveria o problema.

No entanto, a experiência empírica demonstrou que em Nova Iorque a construção do grandioso Aqueduto de Cróton não bastou para impedir que a quarta pandemia de cólera ceifasse a vida de 1,137 pessoas no ano de 1866, mesmo após 25 anos de sua construção. Situação semelhante se repetiu em Lusaca, com vários surtos de cólera distribuídos entre as décadas de 1950 e 2010. Estudo realizado no ano de 2005 demonstrou que 4 de cada 5 habitantes da capital da Zâmbia residiam em regiões próximas à rede de água e esgoto, mas a maioria não tinha suas casas conectadas aos serviços (ASHRAF; GLAESER; PONZETTO, 2016, págs. 10 – 14).

Tanto em Nova Iorque quanto em Lusaca verificou-se que, por mais que houvesse serviços públicos sendo ofertados, nem todos estavam dispostos ou poderiam pagar por eles. Na cidade de Nova Iorque, grande parte da população preferia manter-se utilizando água de poços contaminados e fossas sépticas a pagar os custos da conexão entre a casa e as redes de água e esgoto. Constatou-se, ainda, que mesmo em bairros em que hidrantes

³⁴ Elucida-se que o autor utiliza os termos organizações e instituições (regras formais e informais) como sinônimas.

com água tratada eram disponibilizados gratuitamente, os habitantes não se dispunham a sair de suas casas para buscá-la, visto que até mesmo as informações sobre as causas das doenças era pouco disseminado.

Dessa maneira, não era raro que poços ou fossas mal gerenciadas contaminassem a água dos vizinhos, assim como pessoas infectadas transmitissem doenças ao restante da população. Isto demonstra que, por mais que serviços públicos como a distribuição de água, coleta de esgoto e transporte possam ser realizados individualmente ou em conjunto, fazê-lo individualmente tende a ser mais custoso e gerar externalidades negativas maiores do que fazê-los em conjunto. Segundo os autores, há situações específicas, como aquelas referentes aos residentes em grandes lotes afastados dos vizinhos, em que o uso de uma tecnologia individual e mais barata não prejudica aos usuários ou o faz em menor grau. Contudo, via de regra, a coletivização tende a ser mais benéfica.

Diante disso, verificou-se nas cidades estudadas o denominado “problema da última milha” – expressão muito utilizada no setor de telecomunicações, mas a qual se aplica a qualquer atividade em que os bens e serviços são prestados em rede ou cadeia. Geralmente, a última milha refere-se ao trecho mais caro de uma estrutura e se uma entidade o detém, consolida o monopólio natural do setor.

No setor de telecomunicações, a Agência Federal de Comunicações Americana impôs regulação determinando que as empresas proprietárias da última milha fossem obrigadas a alugar o uso de parte de sua estrutura a fim de não vedar a entrada de novos competidores no mercado. Diz-se, também, que a última milha atende a consumidores individuais onde há a menor presença da economia de escala (ASHRAF et al, 2016, p. 14).

Constatado o problema da última milha, ou seja, a barreira que impedia o acesso final do consumidor ou usuário do serviço às redes de água e esgoto já construídos, verificou-se a necessidade de remodelar a prestação do serviço nos grandes centros urbanos. Ante as constantes externalidades negativas, o que as autoridades públicas desejavam era encontrar um modelo capaz de efetivar a troca da tecnologia individual, mais barata e não segura pela tecnologia mais cara e mais segura.

Nesse sentido, exploraram a necessidade de combinar os investimentos com incentivos e reformas institucionais para suprir a falta de poder aquisitivo ou vontade insuficiente dos indivíduos de conectar as suas casas às redes de água e esgoto. Em primeiro lugar, o estudo demonstra que os incentivos, a depender da realidade social da

população, podem vir na forma de **subsídios** ou **taxas pigouvianas** – tributos aplicáveis quando se verifica a necessidade de correção de um agente cujo comportamento gera externalidades negativas à sociedade. Podem ser utilizados, ainda, de maneira combinada.

Assim, o modelo econômico apresentado pelos pesquisadores levou em consideração alguns fatores que devem ser observados por qualquer operador de políticas regulatórias antes de decidir um modelo de intervenção, ainda que ele seja exercido sobre um monopólio natural, como é o caso do saneamento básico. Por um lado, os **subsídios** podem contribuir com a expansão da infraestrutura e, no longo prazo, gerar externalidades positivas que excedem as negativas e justificam os custos de sua implementação. Por outro, quando as organizações não são maduras ou capacitadas o suficiente, podem gerar desperdícios, má alocação de recursos e corrupção. As **multas pigouvianas**, por seu turno, podem corrigir comportamentos, porém dependem de uma fiscalização treinada e capaz de identificar falhas. Do contrário, podem servir como mecanismo de corrupção e extorsão.

Como se sabe, os subsídios são naturalmente implementados por meio de impostos ou de taxas de serviço – afinal, investimentos precisam ser realizados para manter a prestação do serviço ao usuário. Todavia, o modelo econômico apresentado pela pesquisa demonstra que só é desejável a implementação de subsídios quando o nível de corrupção e de desperdícios podem ser controlados e quando a densidade populacional e os salários são maiores.

Em Nova Iorque verificou-se que a água gratuita e os cálculos por uso presumido levavam a desperdícios que inviabilizava a manutenção da infraestrutura, além de atrair moradores de outras regiões que não tinham acesso à água tratada. Outro fato relevante é que a cidade não possuía condições de ofertar água gratuita para todos sem que isso impactasse outros setores de sua economia, de maneira que a cobrança de multas para quem não conectasse suas casas passou a ser um mecanismo escolhido (ASHRAF et al, 2016, p. 13). Situação semelhante ocorreu em Lusaca: o Estado atuou para subsidiar o serviço, contudo, a crise financeira que afetou o mercado de cobre, sua principal *commodity*, inviabilizou o modelo adotado.

Os autores apontam que o grande desafio na implementação das taxas pigouvianas para quem utiliza o serviço individual, e com isso coloca em risco o restante da população, gira em torno de três eixos: (i) identificar se de fato há um problema na residência e a quem ela pertence; (ii) o custo administrativo de manter a fiscalização; (iii) a possibilidade de extorsão ou de suborno de fiscais.

Consoante aponta a pesquisa, o problema pode ser solucionado na medida em que se institui uma banca de profissionais treinados para o exercício do policiamento sanitário e que atua de maneira independente da polícia tradicional. Além disso, a penalidade imposta deve ser em medida suficiente, mas leve a ponto de não possibilitar extorsões por parte da fiscalização. Contudo, a aplicação dessa medida só é efetiva se os direitos de propriedade são bem definidos.

Em Lusaca houve grande dificuldade de implementar as taxas pigouvianas porque, na maior parte das vezes, as residências desconectadas das redes de água e esgoto se encontravam em assentamentos irregulares e sem um proprietário definido. Não havia o interesse dos moradores em dispender de um recurso sobre o qual não teriam retorno, visto que, na condição de irregulares ou de inquilinos, poderiam não desfrutar das externalidades de longo prazo. Já em Nova Iorque, a política adotada estabeleceu preferência em punir proprietários ao invés de inquilinos.

Quanto a entidade responsável pela fiscalização, os autores apontam que deve ser pública, mas independente. A independência seria necessária para evitar abusos políticos, já constatados naquela época. Trata-se, em verdade, de proposta fundamentada em parâmetros muito semelhante ao das agências reguladoras instituído no Brasil pós-Constituição de 1988.

Ademais, o estudo verificou que em Nova Iorque a prestação do serviço de distribuição de água pela Companhia de Água de Manhattan, àquela altura, demonstrou-se um fracasso, de maneira que coube a iniciativa estatal implementá-la. Assim, havia uma estrutura comum entre a agência fiscalizadora e a prestadora de serviços: ambas eram públicas e independentes, com o fulcro de evitar: (i) armadilhas que colocassem a maximização de lucros antes da saúde pública coletiva; e (ii) máquinas políticas que inserissem “*experts*” responsáveis por instrumentalizar a máquina pública em torno de campanhas políticas e em detrimento do saneamento básico.

Todavia, os autores ressaltam que o modelo de regulação por agências possui diversas limitações. Na Zâmbia, o modelo inicialmente se demonstrou um fracasso, uma vez que as agências não estavam imunes às interferências políticas. Apontam que seus profissionais não eram treinados o suficiente para os cargos que exerciam, eram acusados de estimular mais corrupção do que competência e que, com base em interesses eleitoreiros, as agências costumavam fazer vista grossa às violações praticadas por parcelas da população mais carente (ASHRAF et al, 2016, págs. 14 – 17).

Diante desses problemas, os autores propõem ao menos quatro soluções quando são identificadas instituições fracas e a necessidade de investimentos em infraestrutura. A resposta ótima, ou seja, aquela na qual os recursos serão mais bem alocados, dependerá da força e da maturidade das instituições legais e do poder executivo (Ibidem, p. 19).

A primeira possível solução determina que quando as instituições do Poder Executivo são competentes e consolidadas, a provisão de subsídios é a resposta ótima para o problema, visto que um Poder Executivo eficiente pode centralizar competências e coordenar a construção de infraestrutura de água e esgoto minimizando desperdícios.

Contudo, os autores ressaltam que quando as instituições executivas são fracas, a resposta mais natural é instituir uma regulação clara que estabeleça os parâmetros da atividade e contar com a aplicação de multas a serem aplicadas pelo poder judiciário – o qual deverá ser auxiliado por uma polícia sanitária especializada. Se o Poder Judiciário compuser uma instituição forte o suficiente, um sistema baseado puramente na aplicação de multas sobre as pessoas que não pagam pela conexão ao sistema de água e esgoto pode ser o mais eficiente.

Na hipótese de tanto o Poder Judiciário quanto o Poder Executivo formarem instituições fracas, o sistema em que melhor se aloca as riquezas e pode produzir os melhores resultados consiste em uma combinação entre subsídios e aplicação de multas. Todavia, ressaltam que as taxas pigouvianas devem ser baixas o suficiente para evitar a extorsão de inocentes e os subsídios devem induzir a adoção da tecnologia mais segura.

Quando ambas as instituições forem extremamente fracas, a não adoção de subsídios e multas pode ser a única resposta no curto prazo. A longo prazo, sugerem a necessidade de fortalecer as instituições até o ponto em que se torne minimamente possível adotar as medidas sugeridas. Nesse sentido, baseados no modelo novaiorquino, sugerem três possibilidades de rotas para o fortalecimento institucional: a criação de um time de gerenciamento independente e subordinado a algum nível governamental superior, com fins de prestação de contas; a instituição de um sistema independente de fiscalização (polícia sanitária); e a profissionalização de ambos os times (Ibidem p. 17).

Consoante o narrado, podem ser estabelecidos vários paralelos e contrastes acerca do constatado em Nova Iorque, no século XIX, e em Lusaca, no século XXI, com o Brasil de 2021. Conquanto os estudos sugiram que num cenário ideal de amadurecimento das instituições o poder público possa prestar os serviços, ressaltam que o modelo de regulação por agências possui limitações e pode gerar o efeito inverso ao esperado, o qual culmina em **corrupção e politização da máquina pública**.

Ademais, a prestação pública do serviço não significa que ela não possua custos, a serem suportados pela sociedade. Conforme apontam os estudos, nessas situações os desperdícios não são raros e há uma dependência muito grande do setor de saneamento básico no desempenho da economia e na habilidade de administração do País. Some-se a isso o fato de que empresas públicas, via de regra, não vão à falência, mas transferem os custos por meio de impostos e taxas ao restante da população.

Além disso, assim como a crise econômica provocada pela queda do preço do cobre tornou inviável a provisão de subsídios estatais no setor de saneamento básico em Lusaca, no Brasil os investimentos por parte do poder público estão estagnados e muito aquém do necessário para universalizar o setor. Depositar todas as esperanças do serviço público de saneamento básico sobre o Estado parece não ser uma medida prudente se constatado que no ano de 2020 a dívida pública nacional atingiu 88,83% do PIB³⁵. Por outro lado, os investimentos do setor privado nacional tem crescido ano após ano e, em 2019, mesmo correspondendo a apenas 7% dos municípios, as concessões privadas de saneamento alcançaram 33% do total investido pelos operadores no setor (ABCON SINDCON, 2021, p. 29).

De toda maneira, a lição que se extrai das pesquisas é que, independente do modelo de prestação escolhido, se público ou privado, os serviços devem ser gerenciados de forma independente. Por se tratar de um monopólio natural no qual as externalidades envolvem a saúde pública, é necessário que haja um mecanismo de prestação de contas igualmente especializado e independente de pressões políticas.

No caso brasileiro, a realidade dos municípios é muito diferente dentro de uma mesma macrorregião, assim como os arranjos políticos, de maneira que há aqueles casos em que se pode contar com instituições e agências reguladoras mais maduras, como no exemplo de Nova Iorque, ou com situações em que alcançar a maturidade institucional será um desafio tão grande quanto a necessidade de investimentos. Há localidades, por exemplo, em que definir a propriedade do imóvel também é um desafio, como no caso de assentamentos irregulares e favelas. Por esta razão, acredita-se que as normas de referência a serem editadas pela ANA podem exercer um papel fundamental no ganho de qualidade institucional.

³⁵ Cf.: Dívida pública federal passa de R\$ 5 trilhões em 2020. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/divida-publica-federal-passa-de-r-5-trilhoes-em-2020.htm>. Acesso em: 19.10.2021.

No capítulo a seguir, passaremos à análise do tratamento que o setor de saneamento básico tem recebido tanto sob a ótica normativa quanto pelos tribunais, a fim de verificar em que medida o Novo Marco pode melhorar a qualidade regulatória e evitar eventuais abusos deste poder. Já no capítulo 5, verificaremos um caso concreto de captura regulatória setorial que exemplifica alguns dos desafios apresentados no estudo do Departamento Nacional de Pesquisa Econômica dos EUA.

4 SANEAMENTO BÁSICO E ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA

4.1 O texto Constitucional e o tratamento conferido ao saneamento básico

A Carta Magna Brasileira menciona o saneamento básico expressamente em apenas 3 dispositivos: Arts. 21, XX, 23, IX e 200, IV. No entanto, não aborda de forma clara qual ente detém a sua competência e sobre que circunstâncias ou parâmetros. Em sentido amplo, competência pode ser compreendida como a capacidade jurídica de um sujeito de direito, representando a vontade soberana do povo depositada sobre a figura do Estado, agir dentro de uma determinada área para atingir os fins propostos e aplicar a jurisdição estatal. Nesse sentido, diz-se que a competência distribui entre os sujeitos estatais e seus órgãos a jurisdição ao determinar quem declara e aplica o direito diante de uma situação (ALVIM, 2019, p. 91).

Essa competência pode ser classificada de várias maneiras, dentre as quais convém mencionar para os fins deste trabalho aquela que determina se o sujeito estatal que a recebe deve exercê-la privativamente (com exclusividade) ou em concorrência (em condomínio com outros entes ou sujeitos). Em outras palavras, uma competência pode ou não ser compartilhada e, por vezes, as leis e a própria Carta determinam o modo de operação desse compartilhamento.

Em complemento a esse raciocínio, menciona-se, ainda, duas espécies do gênero competência: a *publicatio* e a titularidade. A *publicatio* indica, por meio de uma norma jurídica, a reserva, a afetação de certa classe de atividades a um poder público, conferindo-lhe um leque de competências para instituir, executar, organizar (de forma direta ou indireta) os objetivos propostos.

A *publicatio* pode ou não vir acompanhada do sujeito estatal responsável pela promoção das competências que institui. Assim, em sentido mais estrito, quando a norma determina por meio da *publicatio* diretamente por meio da norma qual é o sujeito estatal pelo seu cumprimento, configura-se a titularidade. Para fins do saneamento básico,

entende-se que a *publicatio* inserida na constituição é demasiado vaga e que não há, portanto, ao menos nos dispositivos que tratam do tema, a titularidade expressa – de maneira que o entendimento é construído com base em decisões judiciais e outros dispositivos integradores presentes tanto na norma constitucional quanto nas normas infraconstitucionais (DA COSTA; LOUREIRO, 2021, págs. 4 – 7).

Note-se, ao instituir o SUS como partícipe da formulação e execução das políticas de saneamento básico, o art. 200, IV da CF reconhece a proximidade de vínculo entre o serviço e a saúde pública. Não há inserção de titularidade. O art. 23, IX da CF, por sua vez, declara de forma muito ampla que União, Estados, DF e Municípios possuem competência comum para promover melhorias no setor de saneamento básico, o que não é suficiente para atribuir a titularidade da *publicatio* do serviço a todos os entes (IBIDEM, p. 19).

O art. 21, XX, da CF declara que compete à União instituir diretrizes acerca do saneamento básico. O referido artigo traz um rol de assuntos de direito material (administrativo) de competência exclusiva da União. Contrastando com essa racionalidade, o inciso XX é inserido nesse dispositivo com caráter de direito normativo (legislativo). Novamente, estabelece tão somente que o ente federal tem a competência de instituir as normas gerais, os parâmetros norteadores, não especifica o titular do setor.

Diante disso, é evidente que a Constituição não estabelece de forma analítica o ente responsável pelo saneamento básico. Ademais, é pertinente pontuar que competências, titularidades e *publicationes* nem sempre são plenas de modo que um único ente legisle, execute ou opere todas as fases do processo. É o caso, por exemplo, dos serviços municipais de transporte coletivo, em que, mesmo a atividade acontecendo em âmbito local e havendo a titularidade do Município, a União é competente para editar as diretrizes (vide art. 21, XX da CF). O mesmo se aplica aos serviços locais de gás canalizado – no qual os Estados são titulares (vide art. art. 25, §2º, da CF), mas cujas atividades podem sofrer influência direta da União, visto que esta possui competência para legislar sobre energia (vide art. 22, IV, da CF).

Contudo, não se diz que nessas hipóteses há uma titularidade compartilhada, esta segue sendo exclusiva de um dos entes, porém os outros entes podem exercer influências específicas conforme competências conferidas pelo texto constitucional. Isto, portanto, elimina a plenitude de poderes do titular, o qual não controla todas as etapas e processos do setor (seja em executar, legislar sobre minúcias ou diretrizes) (IBIDEM p.10).

Ocorre que, conquanto a Constituição não defina por meio de *publicatio* a titularidade do ente responsável pelo saneamento básico, **o art. 30, I e V, são utilizados como fundamento normativo para atribuir aos Municípios a titularidade sobre o setor**, visto que estabelecem que compete a estes *“I – legislar sobre assuntos de interesse local”* e *“IV – organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local”*.

Nesse contexto, tendo em vista que a Constituição não inseriu a titularidade da *publicatio* de forma expressa, em obediência ao art. 21, XX da CF, sob o ponto de vista legislativo, é de competência da União, por meio de Lei ordinária, a fixação das diretrizes do setor (BARROSO, 2002, p. 259) – o que de fato ocorreu por meio da Lei Federal nº 11.445/2007 (Lei do saneamento).

Diante do vago tratamento conferido pela Carta ao tema, da ampla interpretação que pode ser conferida ao que vem a ser “interesse local”, e da possibilidade de arranjos complexos entre mais de um ente para viabilizar o serviço, a questão foi objeto de disputas constantes entre os entes federados e judicializada em diversas oportunidades. Por conseguinte, passou pelo crivo de apreciação do STF, o qual sedimentou o entendimento de que a titularidade do saneamento básico, ainda que mitigada, pertence aos Municípios.

Assim sendo, ante a pertinência suscitada pelo julgado, especialmente no que diz respeito à titularidade compartilhada, a possibilidade de regionalização e demais parâmetros de prestação do serviço em arranjos complexos, no tópico a seguir, far-se-á sucinta análise do decidido pela Suprema Corte no âmbito da Ação Direta de Inconstitucionalidade – **ADI 1.842/RJ** (Min. relator Luiz Fux, Min. relator para acórdão: Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 06.03.2013, DJe 16.09.2013).

4.2 ADI 1.842/ RJ: O posicionamento da Suprema Corte ante às regiões metropolitanas e a autonomia municipal

A matéria de fundo da ADI 1.842/ RJ refere-se à eventual violação da autonomia municipal quando os Estados-membros exercem a competência prevista no art. 25, § 3º, da CF, o qual confere aos entes estaduais o poder de legislar para instituir regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões. Foram apensadas as ADIs nº 1.826/RJ, 1.843/RJ e 1.906/RJ.

Em suma, discute-se no julgado os limites para que os Estados-membros atuem em serviços de interesse local e a conformação de competências e titularidades quando

os serviços prestados ultrapassam as fronteiras de um Município ou, de alguma maneira, interferem nas atividades de outro ente. Sua análise prévia é de suma importância, vez que o posicionamento da Corte serviu de parâmetro para que o poder legislativo editasse a Lei nº 13.089/2015 – Estatuto da Metrópole e que permeia a proposta de regionalização instituída pelo Novo Marco.

A ADI foi proposta pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT), o qual questionava diversos dispositivos decorrentes da instituição da Região Metropolitana do Rio de Janeiro e da Microrregião dos Lagos, criadas, respectivamente, pelos arts. 1º e 2º da LC 87/1997/RJ. Na dicção do art. 3º da lei estipulou-se os **interesses comuns** ou metropolitanos como “*as funções públicas e os serviços que atendam a mais de um município, assim como os que, restritos ao território de um deles, sejam de algum modo dependentes, concorrentes, confluentes ou integrados de funções públicas, bem como os serviços supramunicipais*”. Com as redações originárias, as normas impugnadas conferiam ao Estado do Rio de Janeiro a **titularidade exclusiva de poder concedente** para a prestação destes serviços (vide arts. 5º, parágrafo único e 7º da LC 87/1997/RJ e art. 3º e 12 da Lei 2.869/1997/RJ).

Em adendo, a parte requerente alegou que os arts. 1 a 11 da LC 87/1997/RJ e 8º a 21 da Lei 2.869/1997 violariam frontalmente a Constituição Federal ao transferir funções, titularidades e competências de interesse local (municipal, vide art. 30, I e V da CF) para o Estado do Rio de Janeiro, dentre elas, notadamente, as do serviço público de saneamento básico.

Isto é, em resumo, os dispositivos impugnados da LC 87/1997/RJ: (i) criaram a Região Metropolitana do Rio de Janeiro e a Microrregião dos Lagos; (ii) definiram e listaram os serviços de interesse metropolitanos ou comuns; (iii) atribuíram ao Estado do Rio de Janeiro a função administrativa e executiva da Região Metropolitana; (iv) criaram o conselho deliberativo da Região Metropolitana e da Microrregião, fixando suas atribuições; e (v) estabeleceram como de competência (titularidade) estadual as matérias concernentes à Região Metropolitana. A Lei 2.869/1997/RJ, por seu turno, regulamentou dispositivos da LC e tratou da política tarifária dos serviços públicos de saneamento básico estaduais.

O processo originariamente contou com a relatoria do Min. Maurício Corrêa. Em seu voto, o ministro destacou que a Lei Federal nº 9.433/1997 (ainda em vigor), ao regulamentar o inciso XIX do art. 21 da CF, definiu a água – matéria prima fundamental para todos os subsetores do saneamento básico – como um bem de domínio público e

cujo o uso depende da outorga da União ou do Estado-membro, conforme sejam águas federais ou estaduais³⁶.

Em seguida, o Ministro realçou que em temas diversos como a preservação do meio ambiente, a promoção da saúde pública e dos serviços de saneamento básico, a Carta, mais uma vez, estabeleceu a competência comum dos entes da federação (vide artigos 23, II, VI, IX e XI da CF). Nesse sentido, esclareceu que a faculdade de legislar é concorrente entre União, Estados e Municípios, especialmente em subsetores também atrelados aos serviços de saneamento básico – conservação da natureza, do meio ambiente, do controle de poluição e da defesa do solo (vide art. 24, VI da CF). Assim, verificada a **abrangência do interesse associado à matéria**, tem-se o ente competente para atuar.

Com a construção dessa linha de raciocínio, o Ministro delineou que, uma vez verificado que em conformações urbanas interfederativas o **interesse regional** acerca do uso da água e da política de saneamento básico é predominante em relação ao **interesse local** (municipal), compete prioritariamente ao Estado-membro legislar sobre o tema – tanto sob a perspectiva da instituição de diretrizes e demais normas da região metropolitana quanto acerca da política tarifária.

Acrescentou que a possibilidade de participação dos municípios integradores da Região Metropolitana na construção das diretrizes por meio do Conselho Deliberativo criado impossibilita a tese de inconstitucionalidade ou usurpação de competências – dado que o interesse regional é predominante e a competência seria do Estado-membro, *in casu*, o Estado do Rio de Janeiro. Contudo, o entendimento de transferência de titularidade para o ente de maior abrangência defendido pelo Ministro foi minoritário, de maneira que este não é o posicionamento consagrado pela Corte.

Em sentido diverso entendeu o Ministro Gilmar Mendes em voto que consagrou os parâmetros utilizados atualmente. De início, o Ministro realçou que a Constituição da República chancela aos municípios a valorização de sua autonomia enquanto ente da federação (vide arts. 1º, 18 e 34, VII, “c”). Várias são as características que constituem

³⁶ Art. 1º A Política Nacional de Recursos Hídricos baseia-se nos seguintes fundamentos:

I - a água é um bem de domínio público;

(...)

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

§ 1º O Poder Executivo Federal poderá delegar aos Estados e ao Distrito Federal competência para conceder outorga de direito de uso de recurso hídrico de domínio da União.

essa a autonomia: o poder de auto-organização; o poder de autogoverno; o poder legislativo próprio; e o poder administrativo próprio. Destas, entendeu que o núcleo que garante a essência da autonomia do ente municipal é composto necessariamente pela autoadministração e pelo autogoverno.

Nesse sentido, assenta que a **autoadministração** diz respeito à capacidade decisória do Município quanto ao estabelecimento dos interesses locais sem a necessidade de delegação ou aprovação hierárquica, bem como o poder de criar e administrar os tributos de sua competência. Já o **autogoverno** é essencial à preservação da autonomia municipal na medida em que confere ao ente federado a eleição do chefe do poder executivo e de seus próprios legisladores. Preservadas estas duas características, garante-se a autonomia municipal.

O Ministro Gilmar Mendes ponderou que alguns serviços, por sua própria complexidade, não geram apenas efeitos locais, mas transcendem suas atividades, causas e consequências para áreas além dos limites municipais. Nesse sentido, esclareceu que o tratamento de água e o esgotamento sanitário compreendem etapas como a captação, a adução, a reserva e a distribuição, de maneira que, a *posteriori*, o esgoto precisa ser recolhido, conduzido e tratado. Como consequência dessas atividades de gerenciamento de recursos hídricos e tratamento de esgoto, é comum que se transpasse os limites territoriais dos Municípios. Em outras palavras, há um alargamento da concepção inicial de interesse local, visto que, em maior ou menor medida, quase todos os serviços acontecem no âmbito de um Município, mas nem todos os efeitos se restringem a ele.

Ponderou, ainda, que poucos são os Municípios brasileiros com capacidade e infraestrutura própria para viabilizar e prestar o serviço de forma direta, bem como para atrair isoladamente os investimentos do setor privado. Ademais, por se tratar de um serviço que notadamente constitui um monopólio natural, ou seja, cujos custos são elevados e a concorrência em uma mesma região inviabilizariam a prestação do serviço, é comum que haja arranjos entre municípios limítrofes a fim de reduzi-los e atrair investimentos. Estes arranjos podem ser voluntários – por meio da instituição de convênios de cooperação ou de consórcios públicos (vide arts. 3º, II e 24, da Lei 11.445/2007 e 241, da CF) – ou compulsórios, por meio da instituição de lei complementar estadual (vide art. 25, §3º, da CF).

Nesse sentido, o Ministro ponderou que a reunião de Municípios em uma região metropolitana, microrregião ou em aglomerados urbanos facilita a atração de concessionários privados, visto que possibilita a redução de custos por meio de **subsídios**

cruzados – quando um prestador de serviço é capaz de compensar os gastos de uma área deficitária em outra superavitária –, maximizando, assim, a eficiência e a economicidade.

Por conseguinte, tendo em vista a necessidade de garantir investimentos visando a viabilidade econômica para criar a infraestrutura necessária para a prestação do serviço e a estreita relação entre o saneamento básico adequado e a preservação da saúde e do meio ambiente, resta evidente que a função pública do saneamento básico tem potencial de extrapolar o interesse local de um Município. Com isso, enseja a competência do Estado-membro para instituir uma Região Metropolitana, nos termos do art. 25, § 3º, da CF.

Firmado nessa perspectiva, o entendimento consignado pelo Ministro é o de que a partir da regionalização, o interesse comum da região metropolitana, da microrregião ou dos aglomerados urbanos torna-se algo coletivo e que vai além da mera soma de interesses particulares de cada Município integrante. Em outras palavras, para viabilizar a prestação do serviço público nesse tipo de arranjo, o interesse local de um Município se consubstancia em interesse comum e não deve, sob nenhuma hipótese, ter o condão de obstar o esforço comum e conjunto dos demais Municípios agregados ao arranjo complexo.

Firme nesse entendimento, o Ministro respaldou-se na jurisprudência da Corte para afastar a tese de que o Estado-membro somente pode instituir uma Região Metropolitana se houver plebiscito consultando as comunidades locais (ADI 796/ES – Rel. Min. Néri da Silveira, DJ 17.12.1999), bem como para rechaçar a tese de que há a necessidade de aprovação prévia das Câmaras Municipais assentindo na criação da Região Metropolitana (ADI 1.841/RJ, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 20.09.2002).

Dessa forma, construiu a linha argumentativa de que, uma vez instituída a região metropolitana sob as diretrizes firmadas em lei complementar, para atingir as funções públicas de interesse comum, **não há que se falar em violação da autonomia municipal por mera compulsoriedade de inclusão de Município na região metropolitana**. Desse ponto em diante a competência local torna-se competência comum dividida entre os Municípios integradores do arranjo complexo.

Conquanto o caráter compulsório de integração da Região Metropolitana não viole a autonomia municipal, **isto não implica em transferência de titularidade do serviço de saneamento básico do município ao Estado-membro**, ela apenas passa a ser compartilhada. Transferir ao Estado-membro a titularidade do serviço de saneamento básico, no entendimento consagrado pela Corte, violaria a autonomia dos Municípios para

legislar, prestar, permitir ou conceder acerca dos serviços de interesse local (Art. 30, I e V, da CF).

Se por um lado a transferência de titularidade dos Municípios que integram um arranjo interfederativo para os Estados-membros violaria o art. 30, I e V, da CF, por outro, manter o poder concedente em cada Município isoladamente esvaziaria a lógica normativa de região metropolitana instituída pelo art. 25, §3º, da CF. Nessa toada, a solução construída pela Corte reside em adoção de modelo de gestão associada semelhante ao alemão, com regime de competência comum – os “*kreise*” (círculos ou circunscrições municipais).

Explica-se, assim, que o *kreis* se baseia no princípio da subsidiariedade e atua em funções supra municipais, contemplando tão somente o exercício de funções que os municípios não são capazes de exercer sozinhos de maneira satisfatória. Dentre estas, a gestão de parques regionais, a construção e manutenção de estradas regionais, o controle de qualidade do ar, **o abastecimento de água e o tratamento de esgotos** (MENDES, 2008, p. 173 apud. KRELL, s.d., p. 44).

Assim sendo, o parâmetro de constitucionalidade estabelecido para o arranjo regionalizado de prestação do serviço de saneamento básico reside no **compartilhamento da titularidade transferida ao Colegiado**, composto pelo Estado-membro e os Municípios integrantes da região metropolitana, da microrregião ou do aglomerado urbano. Isto seria suficiente para garantir a participação de todos os entes, concentrar e uniformizar de forma técnica todas as decisões em um órgão de controle.

Ademais, ficou estabelecido que não há necessidade de que a participação no órgão colegiado seja paritária entre os entes conformadores, visto que esta pode ser definida com base em critérios diversos, como o poder econômico-financeiro ou o tamanho da população. Contudo, consignou-se que o Município polo, o Estado-membro ou qualquer dos entes do colegiado não pode compô-lo de tal maneira que concentre sozinho os poderes decisórios (essencialmente, a titularidade e o poder concedente).

Com efeito, ao instituir modelo semelhante ao alemão de titularidade compartilhada pelo órgão colegiado, a Corte rechaçou a tese defendida por muitos constitucionalistas, dentre eles o atual Min. Roberto Barroso (Barroso, 2002), e sugerida pelo então Min. Relator, Maurício Corrêa: de que a transferência de titularidade deveria ser feita ao ente com maior abrangência do interesse (no caso, o Estado-membro).

Na oportunidade, a maioria dos Ministros acompanhou o voto-vista do Min. Gilmar Mendes por compreender que a transferência de titularidade ao Estado do Rio de

Janeiro retiraria dos Municípios a sua capacidade de autoadministração. Sendo a autoadministração elemento nuclear da autonomia municipal, ao transferir integralmente ao Estado-membro o poder concedente e a titularidade do serviço, violar-se-iam os arts. 1º, 18, 30, I e II, 34, VII, “c”, da CF.

Por fim, consignou-se no acórdão que, a despeito de a titularidade não ser transferida integralmente ao Estado-membro, isto não impossibilita que lei estadual estabeleça os parâmetros para a concessão do serviço e, tampouco, que agência reguladora estadual atue fiscalizando sua execução – desde que esse seja o acordo estabelecido conjuntamente pelo colegiado integrado pelos Municípios e Estado-membro.

Em resumo, a Corte estabeleceu, por maioria, que: (i) a União tem a titularidade para estabelecer as diretrizes nacionais do serviço, o que fora feito por meio da edição da lei nº 11.445/2007; (ii) quando os desdobramentos do serviço de saneamento básico estiverem restritos ao âmbito local, a titularidade do é do Município, em atenção ao art. 30, I e V, da CF; (iii) quando necessária à execução das funções públicas de interesse comum, os Estados-membros tem a prerrogativa de instituir, por meio de lei complementar, regiões metropolitanas, microrregiões ou aglomerados urbanos (art. 25, §3º da CF); (iv) a compulsoriedade de inserção de Município em região metropolitana, microrregião ou aglomerado urbano não viola a autonomia municipal; (v) quando criado um arranjo de prestação regionalizada, o interesse local consubstancia-se em interesse comum e, portanto, deixa de ser de titularidade fracionada dos Municípios, mas também não é integralmente do Estado-membro; (vi) o interesse comum transcende a soma dos interesses individuais de cada ente, de maneira que deve ser instituído um órgão colegiado, o qual passa a ser titular do serviço e, por conseguinte, detém o poder concedente; e (vii) não estabeleceu detalhes acerca de mecanismos para a instituição do órgão colegiado, determinando apenas que não há necessidade de participação paritária e que um único ente não pode monopolizar o poder decisório.

Isto posto, o presente julgado serve para dirimir eventuais discordâncias doutrinárias a respeito da titularidade de poder concessório dos serviços de saneamento básico e contribuirá para a análise dos capítulos seguintes do presente trabalho, especialmente quando for abordada a regionalização.

A seguir, serão demonstradas sucintamente as principais evoluções normativas que culminaram na edição da Lei nº 11.445/2007. De igual maneira, avaliar-se-á se há

contribuições do Novo Marco (Lei nº 14.026/2020) para universalização do serviço por meio da regulação e aviltamento do abuso de poder regulatório.

4.3 O histórico de tramitações legislativas que culminaram na edição do Novo Marco

O que se denomina por “Novo Marco”, na verdade, é apenas uma das leis que regem a prestação dos serviços de saneamento básico no País. Nesse sentido, a chamada regulação setorial constitui-se, primordialmente, pelas seguintes normas: Lei nº 11.445/2007 (Lei de Saneamento), Lei nº 14.026/2020 (Novo Marco) e Lei nº 9.984/2000 (Lei que institui a ANA). Além disso, são acompanhadas pelos seguintes decretos regulamentadores: Decreto nº 10.430/2020 (dispõe sobre o Comitê Interministerial de Saneamento Básico), Decreto nº 10.588/2020 (dispõe sobre a alocação de recursos federais) e Decreto nº 10.710/2021 (trata da comprovação econômico-financeira dos contratos de água e esgoto). Há, por fim, outras leis que afetam o diretamente o setor, das quais menciona-se a Lei nº 11.107/2005 (Lei de Consórcios Públicos) e a Lei nº 13.089/2015 (Estatuto da Metrópole).

Diante da extrema relevância que a regulação pode exercer sobre o desenvolvimento de um setor, uma análise sucinta das leis que regulamentam a prestação dos serviços de saneamento básico se impõe. Assim, em que pese condutas bem-intencionadas, muitas vezes, provocam-se efeitos indesejáveis e até mesmo contrários ao inicialmente almejado com a legislação (MENEQUIN; OLIVEIRA, online, 2020).

Consoante demonstrado no tópico 4.1, um dos primeiros desafios diz respeito ao fato de que Constituição Brasileira não definiu expressamente em sua *publicatio* a titularidade dos serviços de saneamento básico, de maneira que a interpretação da titularidade concedida aos Municípios sempre ficou restrita à vaga interpretação do que vem a ser os “interesses locais” previstos no art. 30, I e V da CF. Essa tarefa, então, coube à União, a qual, com fulcro no art. 25, XX, da CF, editou a Lei nº 11.445/2007 para estabelecer as diretrizes nacionais na prestação do serviço e, posteriormente, seu decreto regulamentador (Decreto nº 7.217/2010).

Nesse sentido, a Lei nº 11.445/2007 representou importante avanço para consolidar a promoção da Política Nacional de Saneamento Básico (PNSB), visto que instituiu a maior parte do regramento do setor e, com isso, trouxe parâmetros técnicos de

controle para a contratação de serviços – o que, em certa medida, gera o potencial de auxiliar na redução das arbitrariedades e discricionariedades políticas.

Em primeiro lugar, a referida norma positivou princípios diversos, como a necessidade de controle social (acompanhamento e verificação de metas na execução de políticas públicas), universalização dos serviços, transparência, eficiência e sustentabilidade econômica. Os desdobramentos destes princípios são claros: impõe ao poder público não só o dever estimular a promoção universal do saneamento básico, como também de fazê-lo em tal medida que o caráter das decisões seja técnico, eficiente e de maneira em que haja respeito à sustentabilidade econômica dos serviços prestados tanto de forma direta quanto indireta.

A Lei estabeleceu, ainda, o conjunto de serviços que compreendem o que se denomina genericamente como saneamento básico: abastecimento de água potável, esgotamento sanitário, limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos, drenagem e manejo das águas pluviais urbanas – vide art. 3º.

De forma expressa, **conferiu aos Municípios e ao Distrito Federal a titularidade da prestação dos serviços** (art. 8º), submetendo a estes o planejamento quando se restringir ao âmbito local³⁷ (art. 19). Ademais, em atenção ao art. 175 da CF – o qual estabelece que o poder público deve, na forma da lei, prestar, conceder ou permitir a realização de serviços públicos – determinou que, tanto em hipótese de prestação direta (art. 9º, II) quanto indireta (art. 9, VII) dos serviços, é necessária a definição da entidade reguladora para fiscalizar, intervir ou retomar a operação dos serviços prestados/delegados³⁸.

Com isso, pode remarcar-se que há uma nítida preocupação da Lei nº 11.445/2007 em assegurar ao regulador infranacional garantias institucionais tais quais a independência decisória, a autonomia financeira e o mandato fixo dos dirigentes a fim de

³⁷ Em se tratando de prestação de serviço de saneamento de interesse comum, há a necessidade de se observar as decisões do órgão colegiado, tal qual estabelecido no âmbito do julgamento da ADI 1.842/RJ. O Novo Marco preocupou-se em inserir diversos dispositivo no art. 8º da Lei nº 11.445/2007 a fim de abranger os arranjos de titularidade complexa. Nesse sentido, é necessária uma leitura integradora dos arts. 8º e 19 com outras normas, haja visto que em arranjos complexo a titularidade é compartilhada e o planejamento municipal passa a englobar o plano de desenvolvimento da região metropolitana ou aglomeração urbana de que trata o art. 12 da Lei nº 13.089/2015 – Estatuto da Metrópole.

³⁸ Cf.: Art. 31 do Decreto 7.217/10, o qual dispõe acerca dos órgãos e entidades de regulação.

possibilitar que estes, ao menos em tese, possam atuar de maneira técnica, transparente e buscando o controle social da política pública.

Isto é, espera-se que o regulador possa atuar de forma técnica acerca de temas sensíveis às interferências políticas, mas essenciais a própria viabilidade econômica dos serviços, como é o caso, por exemplo, da definição do preço público controlado (a tarifa) (OLIVEIRA, Carlos Roberto de, em FRAGOSO; AIETA et al, 2020, págs. 107 – 108).

Com efeito, mesmo recente e não consolidada, a referida norma foi objeto de discussões que apontavam a necessidade de aprimoramentos visando, dentre outras coisas, a inclusão de atribuições, de atualização de titularidade comum ante às composições de arranjos complexos e, especialmente, de estimular a segurança jurídica por meio de incentivos à geração de uniformidade regulatória.

Nesse sentido, o Congresso Nacional em pelo menos duas oportunidades recentes empregou esforços legislativos que não prosperaram por falta da construção, em tempo hábil, de consenso político para alterar a norma originária. A primeira tentativa refere-se à Medida Provisória 844/2018, de Relatoria do então senador Valdir Raupp (MDB/RO).

Com a MPV 844/2018 pretendia-se, em síntese: alterar a Lei nº 9.884/2000 para transferir do Ministério das Cidades (atual MDR) à Agência Nacional de Águas (ANA) a competência para editar as normas de referência dos serviços de saneamento básico, mediação e arbitragem de conflitos, uniformidade regulatória etc; alterar a Lei nº 10.768/2003 para alargar as atribuições conferidas ao cargo de especialista em recursos hídricos para possibilitar, por exemplo, a proposição de normas de referência nacional; e alterar a Lei nº 11.445/07 a fim de criar o Comitê Interministerial de Saneamento Básico (CISB), alterar e incluir definições, princípios fundamentais, cláusulas de contratos de concessão, alienação de controle acionário de companhias estatais, titularidade etc.

A MPV 844/2018 perdeu a vigência em 20.11.2018. A segunda tentativa se deu após o recesso parlamentar do ano de 2018, por meio da MPV nº 868/2018, a qual reproduziu o texto da MPV 844/2018 incorporando alterações introduzidas na tramitação desta. Contudo, em 03.06.2019, o texto novamente perdeu a vigência.

Finalmente, após a construção de um nível de consenso político apto a engajar a maioria, o Congresso Nacional aprovou, como fruto da construção de debates originados ainda no seio das MPVs anteriores, o Projeto de Lei (PL) nº 4.162/2019 – de autoria do Poder Executivo. Conforme se verifica da tramitação do PL, ele recebeu 23 propostas de emendas na Câmara dos Deputados (das quais 4 foram aprovadas pelo plenário, a saber

as emendas nº 15, 16, 17 e 23) e prosseguiu para o Senado Federal, onde recebeu 86 propostas de emendas (das quais apenas a nº 19 fora aprovada).

De modo geral, as emendas propostas pelo Congresso trataram de matérias já contempladas no texto e versavam sobre temas como prorrogação dos contratos de programa vigentes (extintos pela nova Lei), desestatização de companhias estaduais de saneamento básico, governança metropolitana, licenciamento ambiental, atuação da ANA, resíduos sólidos, recursos hídricos etc.

Após a votação em ambas as casas, o PL seguiu para sanção presidencial e, em 15.07.2020, converteu-se (com 12 vetos parciais) em norma jurídica através da Lei Ordinária nº 14.026/2020 – a qual ficou conhecida como o Novo Marco do Saneamento Básico (NMSB) por introduzir mudanças significativas na Lei nº 11.445/07.

Dado esse histórico de movimentações legislativas, é perceptível que a Lei nº 11.445/07, com alterações introduzidas pela Lei nº 14.026/20, trouxe dentro de suas diretrizes extensivo rol de conceitos, princípios e regramentos, tanto que para autores como Costa e Loureiro *“nem todas aquelas [disposições] que se encontram nos Capítulos I a VIII da Lei apresentam as propriedades esperadas de normas gerais e/ou de diretrizes”* (2020, p. 22).

Realça-se, assim, que, para fins deste trabalho, pretende-se analisar estritamente aqueles dispositivos que podem contribuir de forma positiva ou negativa com a atividade regulatória no âmbito do tema do saneamento básico. Desse modo, no subtópico, a seguir, verificar-se-á, sem pretensão de esgotar o tema diante de sua ampla complexidade e de matérias que aguardam apreciação por parte do poder judiciário, alguns desses dispositivos introduzidos no ordenamento a fim de verificar se eles tem o potencial de promover segurança regulatória e reduzir o risco de se incorrer no ilícito do abuso de poder regulatório, positivado pelo art. 4º da Lei nº 13.874/2020.

4.4 Os principais eixos de alterações propostos pelo Novo Marco a fim de promover a universalização do saneamento básico

Ao todo, o PL nº 4.162/2019 dividiu-se em 23 artigos. Como fruto de um debate que vinha ocorrendo anteriormente no Congresso Nacional, o poder Executivo incorporou em sua redação várias disposições abrangidas pelas MPVs nº 844/2018 e 868/2018. Nesse sentido, destacar-se-ão algumas das principais alterações regulatórias introduzidas pela Lei nº 14.026/2020 na Lei 11.445/2007.

No art. 1º da norma modificadora estabeleceu-se seu objeto de alterações: (i) nas Leis nº 9.984/00 e 10.768/03 as quais, respectivamente, criam a ANA e dispõem sobre seu quadro de pessoal; (ii) na Lei nº 11.107/2005, de que trata sobre as normas gerais de contratação de consórcios públicos; (iii) na própria Lei nº 11.445/2007, a qual institui, com fulcro no art. 21, XX da CF, as diretrizes nacionais para o saneamento básico; (iv) na Lei nº 12.305/2010, a qual estabelece a Política Nacional dos Resíduos Sólidos (um dos componentes do saneamento básico, vide art. 3º, I, “c” da Lei 11.445/2007); (v) na Lei nº 13.089/2015 – Estatuto da MetrÓpole; (vi) na Lei nº 13.529/2017, a qual dispõe sobre a participação da União em fundo de apoio à estruturação e ao desenvolvimento de projetos de concessões e parcerias público-privadas.

Dessas alterações, as mais significativas para a análise de contribuição regulatória para a universalização dos serviços de saneamento básico podem ser divididas em ao menos 3 eixos: 1 – Instituição da ANA enquanto agência reguladora nacional do setor de saneamento básico; 2 – vedação dos contratos de programa e oxigenação do setor; e 3 – incentivos à prestação regionalizada.

4.5 As principais atribuições conferidas pelo Novo Marco à ANA enquanto responsável pela edição das normas de referência

O eixo 1 se alicerça fundamentalmente nos arts. 2º e 3º do Novo Marco, visto que os dispositivos são especialmente importantes por alterar a Lei nº 9.984/2000 a fim de atribuir à ANA a competência para editar as normas de referência nacionais e tornar-lhe responsável por regular, ainda que de maneira recomendatória, os serviços de saneamento básico no País.

Nesse sentido, o art. 2º do Novo Marco estipula a alteração da ementa da Lei nº 9.984/2000 com a finalidade de expressar que a Autarquia agora passa a se chamar “Agência Nacional de Águas e **Saneamento Básico (ANA)**”, bem como inclui sua responsabilidade pela edição das normas de referência. No art. 3º, por seu turno, o Novo Marco instituiu as normas de direito material que possibilitam à Agência exercer as novas atribuições conferidas, de maneira que detalhar-se-á algumas dessas modificações nos parágrafos a seguir.

Certamente, para propósitos de uniformização regulatória, as principais contribuições do Novo Marco se deram pela inserção do **art. 4º-A na Lei nº 9.984/2000**. Por meio do referido artigo positivou-se a competência da Autarquia para **instituir as**

normas de referências que devem ser seguidas por **titulares, agências reguladoras e fiscalizadoras** dos serviços de saneamento. Note-se que as normas de referência não são cogentes. Contudo, o acesso aos fundos em que haja a participação da União somente serão concedidos àqueles contratos em que a agência subnacional indicada pelo titular dos serviços for uma em conformidade com as normas editadas pela ANA. O art. 4º-A contém 12 parágrafos, dos quais se analisam os mais relevantes para a atividade regulatória a seguir:

O §1º traz extenso rol de atividades sobre as quais as normas de referência instituídas pela ANA devem tratar, a exemplo: padrões de qualidade na prestação dos serviços (inciso I); técnicas que estimulem a **regulação tarifária racional**, visando a sustentabilidade econômica dos serviços e a pretendida universalização (inciso II); **padronização de instrumentos negociais** estabelecidos entre titulares e delegatários, os quais devem contemplar metas de universalização (inciso IV), qualidade, **matriz de riscos e manutenção do equilíbrio econômico-financeiro** (inciso III); critérios para a **contabilidade regulatória** (inciso V); **governança das entidades reguladoras** (inciso VIII); sistema de avaliação do cumprimento de metas (inciso XII) etc.

Sob o prisma da atuação regulatória eficiente, os dispositivos em negrito podem contribuir amplamente, visto que: se pautados em estudos técnicos e bem implementados, podem incentivar a **busca da racionalidade contratual**; na medida do possível e respeitadas as particularidades locais, uniformizar contratos e **gerar padrões de atuação** setorial; trazer maior **previsibilidade** para titulares e delegatários através de matriz de risco bem delineada; e afastar as interferências políticas sobre temas essenciais à manutenção e à viabilidade econômico-financeira dos serviços, como definição da tarifa.

O §2º expressa que as normas de referência devem ser implementadas progressivamente e contemplar os princípios previstos na Lei nº 11.445/2007. A este respeito a ANA estabeleceu, por meio da Resolução nº 64 de 1º de Março de 2021, a agenda regulatória para o período 2020/2021, sendo que o eixo de nº 5 trata dos serviços de saneamento básico.

O eixo de nº 5 divide as normas de referência de que trata o art. 4º, §1º da Lei nº 9.984/2000 em vários subtemas, dentre eles: procedimento na elaboração de normas; reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos; diretrizes para identificar infrações e instituir penalidades para os prestadores; matriz de risco para contratos de água e esgoto; diretrizes para a definição do modelo de regulação dos serviços de água e esgoto (previsto para o segundo semestre de 2021); procedimentos para mediação e arbitragem; modelo

organizacional das agências infranacionais, transparência e *accountability*, avaliação de cumprimento de metas etc.

O calendário de trabalhos da Autarquia prevê que os trabalhos na edição das normas de referência se estenderão, pelo menos, até o segundo semestre de 2022. Contudo, ante o enorme volume de novas atribuições auferido à ANA, certamente haverá atrasos nas edições das referidas normas, visto que das normas previstas para o primeiro semestre de 2021 apenas uma foi publicada. Trata-se da Norma de Referência nº 1 – a qual dispõe sobre o regime, a estrutura e parâmetros da cobrança pela prestação do serviço público de manejo de resíduos sólidos urbanos, bem como os procedimentos e prazos de fixação, reajuste e revisões tarifárias. Para editá-la, foram realizados diversos estudos técnicos e aberta consulta pública que contou com 462 contribuições de 50 participantes diferentes, dentre os quais destacam-se prestadores de serviços de manejo de resíduos sólidos e agências reguladoras infranacionais. Assim, a julgar pela edição da primeira norma, a Agência demonstra interesse em atuar em cooperação com as agências subnacionais e outros participantes do setor.

O §3º institui que as normas de referência devem contemplar: o atendimento pleno e universal aos usuários, observando os princípios da regularidade, continuidade, **eficiência**, segurança, atualidade, modicidade tarifária, utilização racional dos recursos hídricos etc (inciso I); estímulo à **livre concorrência, competitividade, eficiência e sustentabilidade na prestação dos serviços** (inciso II); estimular a **cooperação entre os entes federativos** a fim de universalizar e tornar acessível as tarifas, ou seja, reduzir discrepâncias regulatórias e reduzir custos na prestação dos serviços (inciso III); incentivar a **regionalização da prestação dos serviços** a fim de possibilitar ganhos de escala, eficiência e viabilidade econômico financeira (inciso V); estabelecer critérios que justifiquem a **limitação de sobreposição de custos administrativos ou gerenciais** a serem pagos pelos usuários finais (inciso VII); e assegurar a **prestação concomitante** do abastecimento de água e de esgotamento sanitário.

Nota-se, mais uma vez, a preocupação de que as normas de referência contribuam com a **uniformidade regulatória** – a fim de reduzir custos e baratear tarifas (vide supramencionado inciso III). Nesse sentido, em linha com o entendimento delineado no voto do Min. Gilmar Mendes no âmbito da ADI 1.842/RJ, a opção do regulador ordinário adota a ideia de que a regionalização dos serviços (inciso V) trará ganhos de escala e aumentará a eficiência e a sustentabilidade dos contratos, permitindo que custos de

municípios e regiões menos atrativas sejam compensados por ganhos auferidos em áreas mais lucrativas.

Contudo, análise cuidadosa a respeito da sustentabilidade dos contratos deve ser feita primordialmente a respeito do inciso VII, dado que, se não forem seguidos critérios estritamente técnicos de composição da tarifa, a sustentabilidade do serviço pode ser inviabilizada por abuso de poder regulatório em nome da universalização e da modicidade tarifária.

O §4º estabelece ritos que devem ser seguidos pela ANA no momento de instituição das normas de referência. Assim sendo, estipula a necessidade de: dialogar com as agências subnacionais e as entidades representativas dos municípios para **avaliar as melhores práticas regulatórias** (inciso I); realizar consultas e audiências públicas, prezando pela transparência dos atos, bem como a possibilitar a **análise de impacto regulatório** (inciso II); faculdade de constituir **grupos ou comissões de trabalho** em que participem as entidades reguladoras e fiscalizadoras e entidades representantes dos municípios (inciso III). A priori, tais critérios foram atendidos quando da edição da supramencionada Norma de Referência nº 1, a qual o tempo demonstrará a eficácia do resultado.

Com efeito, verifica-se através dos termos sublinhados que o parágrafo quarto do art. 3º estimula que práticas de regulação responsiva sejam adotadas no âmbito da edição das normas de referência. Isto é, para instituir as normas de referência, a agência não só deve se pautar por estudos técnicos como ouvir as partes afetadas pela regulação, notadamente, os titulares, os prestadores, as agências infranacionais e representantes dos usuários. Trata-se de medida pautada na crença de que a regulação é efetiva na medida em que, na base, cria regras e incentiva os regulados a voluntariamente segui-las, ao mesmo passo em que estabelece no topo da pirâmide normativa uma punição indesejada (Iório, 2019, p. 99).

É factível acreditar que, na medida em que os regulados contribuem com os reguladores no processo de elaboração da norma, a regulação seja mais efetiva porque haverá: (i) maior entendimento a respeito da lógica regulatória, dos benefícios e das penalidades aplicadas em caso de seu descumprimento; (ii) a oportunidade de apresentar estudos, expor sua posição enquanto regulado; (iii) oportunidades para que técnicas que se demonstraram positivas em outros setores sejam incorporadas.

Assim, há uma clara combinação de técnicas de coerção intrínsecas e extrínsecas para que se atinja o fim proposto pela regulação. *In casu*, por ser a norma de referência

atua como uma *soft regulation*, ou seja, uma norma que tem caráter de recomendação e não é cogente. Contudo, a “punição” em caso de seu descumprimento é não poder participar de financiamentos em que haja a participação de verbas federais.

O §5º insere a possibilidade de que, mediante a concordância das partes e em caráter voluntário, a ANA atue como mediadora ou árbitra nos conflitos que envolvam titulares, agências reguladoras ou prestadores de serviços públicos de saneamento básico (e.g. art. 11 §1º da Lei de Arbitragem, incluído pela Lei no 13.129/2015). Se por um lado a viabilidade de concretização do dispositivo exige um enorme esforço de estruturação interna para alocar um corpo técnico capaz de dirimir eventuais conflitos arbitrais, por outro, pode fortalecer a estabilidade jurídica ao dar maior força e tecnicismo às decisões que analisem contratos bem estruturados, assim como representar celeridade e ganhos expressivos na redução da judicialização.

A respeito da boa técnica contratual, sabe-se que a regulação pode assumir diferentes conformações, dentre elas a regulação por agência e/ ou a regulação por contrato. No setor de saneamento básico, ambas se aplicam, visto que os serviços são regidos não só pelos atos normativos emanados das agências reguladoras como também pelos contratos firmados (contratos de programa e de concessão).

Dito isto, há pelo menos duas formas de interpretar essa regulação justaposta. Há aqueles que defendem que a regulação contratual deve prevalecer e subtrair eventuais ingerências das agências reguladoras – ou seja, interpretam que deve haver a prevalência de aplicabilidade da *pacta sunt servanda*. Em sentido inverso, há aqueles que defendem que a regulação contratual deve necessariamente ser complementada pela regulação por agências, a qual integra o contrato, sobretudo, quando versa sobre matérias cujas externalidades transcendem os interesses estabelecidos entre poder concedente e delegatários. Isto é, para esta corrente, os contratos são, via de regra, incompletos porque são diferidos no tempo e a sua longa duração não permite prever todas as situações possíveis eventos como: crises hídricas, pandemias etc.

Como no setor de saneamento básico ambas as regulações coexistem, pode-se dizer que a regulação contratual modela a regulação por agência de modo que certos assuntos como o índice de correção, se previstos em contrato, devem ser obedecidos pela agência reguladora. Dessa forma, os §§ 4º e 5º, em conjunto, podem contribuir com a melhoria regulatória na medida em que estimulam que se **identifique as melhores práticas regulatórias setoriais**, se estabeleça estudos que demonstrem a análise de

impacto regulatório e oferecem a possibilidade de que um corpo técnico arbitre eventuais conflitos entre as partes pactuantes.

Nesse sentido, ao estabelecer a possibilidade de resolução arbitral, por meio do art. 4º-A, §5º o Novo Marco introduz no ordenamento jurídico maior segurança jurídica aos contratos estruturados por boas técnicas negociais – respeitadas as limitações da linha tênue que delimita a concepção de interesses patrimoniais disponíveis e indisponíveis quando da participação da administração pública direta e indireta em transações arbitrais.

Em teoria, a adoção do modelo de regulação por agência possibilita o tecnicismo, visto que, ao menos no abstracionismo normativo garante: (i) independência de atuação; (ii) blindagem política para subtrair interesses escusos ou populistas que afetem de maneira negativa a sustentabilidade dos serviços por parte de quem está sujeito à sensibilidade das urnas; (iii) expertise formada por um corpo colegiado que integra um conjunto de autoridades no assunto; e (iv) a construção de reputação institucional.

Contudo, o que se nota na prática é que **os reguladores nem sempre atuam de maneira técnica** ou entendem com propriedade do tema regulado e as agências reguladoras não estão imunes às capturas públicas ou privadas (assunto do tópico 5). Ademais, a competência de julgamento acerca dessas decisões são extremamente fluidas e envolvem tanto os órgãos de controle (tribunais de contas) como o Poder Judiciário. Por esta razão, contratos com boa técnica negocial, com objeto e matrizes de risco bem definidas são essenciais para a estabilidade jurídica setorial.

O §6º preconiza que a ANA será responsável por analisar o impacto regulatório das normas de referência por ela editadas, bem como se os órgãos e entidades de regulação e fiscalização as estão cumprindo. O §7º, por seu turno, prevê que a agência busque pela uniformização regulatória e segurança jurídica na prestação dos serviços de saneamento básico, respeitadas as particularidades regionais de que trata o §3º, IV. Em concordância com a ideia de melhoria regulatória, o §10 estipula que cabe à Agência elaborar **estudos técnicos para desenvolver as melhores práticas regulatórias para o setor**, além de elaborar manuais e guias que estimulem a sua execução. Neste mesmo caminho, o §11 prevê que a ANA promoverá capacitações de pessoal visando a regulação adequada e eficiente para o setor.

Tais dispositivos demonstram a preocupação do legislador ordinário com os custos gerados pela regulação, visto que reforçam a necessidade de que se avalie tanto de maneira *ex ante* quanto *ex post* os efeitos gerados pelas normas de referência editadas. Isto é, ao mesmo tempo em que se busca que a Autarquia capacite reguladores, elabore

guias de execução e estudos prévios baseados em conteúdo técnico, assenta-se que ela deverá fiscalizar seu cumprimento e os efeitos provocados no setor. Reconhece-se, portanto, que por mais bem embasada que seja uma norma, ela não é perfeita e precisa ser acompanhada de perto para verificar a possibilidade de sua manutenção, alteração ou revogação.

O §8º consigna que as normas de referência que tratem de regulação tarifária visando a universalização e, ao mesmo tempo a viabilidade econômico-financeira dos contratos, deverão estipular os mecanismos de subsídios para as populações de baixa-renda (sejam eles tarifários, fiscais, internos a cada titular ou entre titulares em caso de prestação regionalizada, vide art. 31 da Lei 11.445/2007). Apesar de louvável o desejo de universalização, sabe-se que todo direito é acompanhado de um custo que o viabilize e, portanto, seja por meio de prestação direta ou indireta, este será repassado aos consumidores/ usuários não subsidiados.

O §9º prevê que as normas de referência deverão estabelecer parâmetros e condições para investimentos a fim de atingir as metas de qualidade, eficiência, universalização, mecanismos de **manutenção do equilíbrio financeiro** e matriz de riscos dos instrumentos negociais firmados entre titulares e prestadores do serviço público de saneamento básico, de que trata o inciso III do §1º. Com isso, finalizam-se as disposições do art. 4-A.

O artigo 4º-B, caput, dispõe que a ANA deverá disponibilizar em seu endereço eletrônico a relação das entidades e agências de regulação e fiscalização que adotam as normas de referência a fim de 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, de que trata o art. 50 da Lei 11.445/2007. Os §§ 1º e 2º tratam, respectivamente, da necessidade de edição de ato normativo por parte da Autarquia para que as demais entidades de fiscalização e regulação possam comprovar a conformidade com as normas de referência e de sua obrigatoriedade caso se deseje acessar fundos e financiamentos geridos ou operados com recursos federais.

Em suma, o caput do referido artigo trata apenas da necessidade de informatização de dados que comprovem a conformidade a fim de tornar acessível a conferência por parte de outros órgãos e entidades que atuarão na indução monetária do cumprimento das normas de referência ou nas atividades de controle externo. Já seus parágrafos dispõem

que somente as entidades em conformidade com as normas de referência terão acesso aos recursos em que haja participação federal.

Destarte, finaliza-se a análise das principais alterações promovidas pelo Novo Marco na Lei nº 9.984/2000. Assim, constata-se que houve uma preocupação do legislador ordinário em uniformizar a regulação do setor por meio da **indução por incentivos financeiros** – *spending power* (acesso a fundos com participação federal), incumbindo à ANA estimular as melhores práticas e fiscalizá-las.

Como os repasses destes fundos só serão feitos às agências infranacionais que estiverem de acordo com as boas práticas regulatórias instituídas pela Autarquia, certamente haverá um maior grau de preocupação dos titulares e prestadores em indicar no contrato de licitação uma agência aprovada pela ANA.

Nesse sentido, ainda que o caráter das normas de referência não seja cogente e se assemelhe às *soft laws* (recomendações), os repasses financeiros podem servir de incentivo ou *nudges* aos reguladores infranacionais – os quais, de qualquer maneira, estarão obrigados a cumprir as regras, princípios e parâmetros de qualidade estabelecidos pela Lei nº 11.445/2007, a Lei nº 14.026/2020, seus decretos regulamentadores e demais leis setoriais.

Dentre outras coisas, espera-se que a regulação setorial se pautar por estudos técnicos de impacto regulatório, análises de viabilidade econômico-financeira, promova melhores técnicas de alocação de riscos e, com isso, gere competitividade, eficiência e sustentabilidade dos negócios com fulcro na viabilidade da universalização dos serviços de saneamento básico.

Nesse sentido, há, ainda, a previsão de fornecimento de subsídios para as famílias de baixa-renda, o que é positivo na medida em que promove a universalização do serviço e pode evitar as externalidades negativas apresentadas no tópico 3.5, mas que deve ser estruturado com especial cuidado a fim de não inviabilizar a sustentabilidade do setor de modo a provocar efeito inverso ao esperado. Isto é, conforme demonstrado no tópico 3.6, subsídios e multas para serem justos e efetivos devem ser aplicados quando as instituições são fortes e há habilidade do Poder Executivo. Do contrário, podem desencadear em suborno, corrupção e extorsão. Realça-se, por fim, que vários outros dispositivos de direito material foram alterados na Lei nº 9.984/2000, mas não são diretamente pertinentes ao tema de estudos do presente trabalho.

4.6 A vedação dos contratos de programa a fim de renovar o setor

O Eixo 2, assim convencionado por este trabalho de monografia, refere-se à vedação dos contratos de programa. A princípio, cumpre esclarecer que essa modalidade de contrato é definida pelo art. 2º, XVI do Decreto nº 6.017/2007 (que regulamenta a Lei nº 11.107/2007) e diz respeito ao negócio jurídico até então firmado entre um município (ou titular do serviço de saneamento básico) e, geralmente, uma companhia estadual de saneamento básico (CESB), sendo que uma de suas principais características é a realização de uma delegação com a dispensa de licitação.

Esse modelo de contratação remonta à instituição do antigo Plano Nacional de Saneamento Básico – PLANASA, em 1971. Era autorizado pela Lei nº 11.445/2007 e baseia-se, segundo seus defensores, na ideia de federalismo cooperativo. A alteração, portanto, se trata de uma tentativa do legislador pátrio de oxigenar o setor e promover a sua universalização por meio da concorrência intrínseca ao processo licitatório.

Como há diversos dispositivos que não estão condensados e ganharam nova redação ou foram introduzidos no ordenamento através do Novo Marco com o fulcro exclusivo de vedar os contratos de programa, far-se-á o possível para facilitar esta compreensão.

O art. 7º é o mais extenso do Novo Marco, visto que é o responsável por introduzir todas as alterações na Lei nº 11.445/2007 (Lei de Saneamento). Dentre estas, estão as relacionadas a proibição dos contratos de convênio. Nesse sentido, o art. 7º alterou substancialmente os art. 8º, §1º, II³⁹, 10, caput e §3º, e art. 18, parágrafo único, todos da Lei nº 11.445/2007.

Com a redação dada pelo Novo Marco, o art. 8º, §1º, II passou a estabelecer a exigência de processo licitatório na prestação dos serviços de saneamento básico, proibindo contratos de programa. Já o art. 10, caput e §3º da Lei nº 11.445/2007 foi alterado pelo art. 7º do Novo Marco da seguinte forma: no caput, disciplinou-se que a prestação de serviços do setor de saneamento básico que não integrem a administração do titular **não poderão ser estabelecidos por meio contratos de programa ou por qualquer outro instrumento precário**, como convênios ou termos de parceria. O

³⁹ Cf.: Lei nº 11.445/07. Art. 8º, §1º, II: “*Os consórcios intermunicipais de saneamento básico terão como objetivo, exclusivamente, o financiamento das iniciativas de implantação de medidas estruturais de abastecimento de água potável, esgotamento sanitário, limpeza urbana, manejo de resíduos sólidos, drenagem e manejo de águas pluviais, vedada a formalização de contrato de programa com sociedade de economia mista ou empresa pública, ou a subdelegação do serviço prestado pela autarquia intermunicipal sem prévio procedimento licitatório*”.

parágrafo terceiro, prezando pela *pacta sunt servanda*, declara que os **contratos de programa regulares** e vigentes permanecem em vigor até o fim de seu termo contratual. Em outras palavras, de forma redundante, a Lei disciplinou que se o serviço não for exercido pelo titular, a prestação deverá ser objeto de licitação.

Para além do art. 7º do Novo Marco, o qual conforme demonstrado alterou os dispositivos da 11.445/2007, há outros artigos que modificam leis setoriais diversas para atualizar a obrigatoriedade de licitação e a vedação dos contratos de programa nos serviços de saneamento básico, a saber: art. 9º, §8º; art. 14; e o art. 17. Todos serão analisados nos parágrafos seguintes.

O art. 9º, §8º⁴⁰ do Novo Marco altera o art. 13 da Lei 11.107/2005 (Lei de Consórcios Públicos) para dispor que fica **vedada a formalização de contratos de programa sem a realização prévia de licitação**, nos termos do art. 175 da CF, colocando, assim, em pé de igualdade prestadoras públicas e privadas.

O art. 17 do Novo Marco reforça o respeito à supramencionada *pacta sunt servanda*, visto que estabelece que os **contratos de concessão** e os **contratos de programa** existentes na data de publicação da Lei permaneceriam em vigor até o advento de seu termo contratual – condições para isso foram delineadas, conforme se demonstrará.

Isto é, a fim de garantir que haja a preservação dos contratos regulares tanto de concessão quanto de programa firmados até o fim de seu termo, é necessário que se observe as metas de universalização. Nesse sentido, o art. 7º do Novo Marco introduziu na Lei nº 11.445/2007 dispositivos que impõem deveres a todos os contratos de prestação de serviços públicos de saneamento básico. Observe-se:

- a. Até 31 de março de 2022 devem definir metas de universalização para atingir o atendimento de 99% da população com água potável e 90% com esgotamento sanitário até 31 de dezembro de 2033. Além disso, devem estabelecer metas quantitativas de não intermitência do abastecimento, redução de perdas e melhoria dos processos de tratamento (vide art. 11-B, caput);

⁴⁰ Cf.: Lei nº 11.107/2005. Art. 13, §8º: “*Os contratos de prestação de serviços públicos de saneamento básico deverão observar o art. 175 da Constituição Federal, vedada a formalização de novos contratos de programa para esse fim*”.

- b. Comprovem a capacidade econômico-financeira com vistas a viabilizar a universalização dos serviços na área licitada até 31 de dezembro de 2033 (vide art. 10-B);
- c. O prestador de serviços que não cumprir as metas e cronogramas estabelecidos fica proibido de distribuir lucros e dividendos (vide art. 11, § 5º).

Note-se, todavia, que os supramencionados arts. 10, caput e §3º da Lei nº 11.445/2007 e 17 da Lei nº 14.026/2020 somente fazem referência aos contratos de concessão e aos contratos de programa regulares. Desse modo, é forçoso concluir que outras modalidades contratuais (e em alguns casos prestações de serviço setorial sem contrato) não estão contempladas pela manutenção até o fim do termo contratual, estando passíveis de extinção por parte do poder concedente, o qual deverá abrir processo licitatório sob os novos ritos normativos.

Sem sombra de dúvidas, regulares ou irregulares, trata-se de nítida intervenção do Estado na ordem econômica, visto que, mesmo para os contratos regulares, a fim de atingir a pretendida universalização, as regras do jogo foram alteradas com a bola em campo. Assim, diante da nova realidade unilateralmente imposta pelo Estado, algumas empresas públicas ou sociedades de economia mista podem entender pela inviabilidade de manutenção dos serviços de saneamento básico.

Nesse sentido, o novel art. 14, caput, da Lei nº 14.026/2020 prevê a possibilidade de substituição dos contratos de concessão ou de programa vigentes por novos contratos de concessão quando da alienação de controle acionário de empresa pública ou sociedade de economia mista, desde que observado o programa de desestatização estadual. Ademais, o parágrafo 1º do dispositivo **dispensa a obrigação prévia de autorização** do poder concedente para a troca de controle societário nas hipóteses em que o controlador da empresa pública ou sociedade de economia mista não verificar a necessidade de alteração de prazo, de objeto ou de demais cláusulas do contrato no momento da alienação.

Nos casos inversos, ou seja, em que o controlador constatar que alterações são necessárias, o parágrafo segundo estipula que este deverá apresentar proposta de contrato de substituição ao ente público que formulou o contrato de programa. A partir de então, o ente público terá 180 dias (parágrafo terceiro) para manifestar uma decisão e, não o fazendo, configurará anuência à proposta apresentada (parágrafo quinto).

Em outras palavras, se o Estado-membro alienar a empresa estatal ou sociedade de economia mista sem que haja as alterações contratuais supracitadas, não necessitará de autorização do poder concedente (Municípios ou, eventualmente, órgãos colegiados), que deverá prestigiar o contrato em vigor.

As complicações que surgem da novação obrigatória nesta hipótese de dispensa de autorização por parte do poder concedente estão atreladas ao dever de o novo controlador ou alienante demonstrar a capacidade técnica e a viabilidade econômico-financeira para prosseguir com a prestação dos serviços, bem como para atingir as metas de universalização de que trata a Lei nº 14.026/2020.

Nesse aspecto, medida igualmente digna de nota é a opção do Novo Marco (art. 23, III, “b”) por revogar o parágrafo sexto do art. 13 da Lei nº 11.107/2005. A redação anterior do dispositivo determinava que os contratos de programa deveriam ser extintos quando houvesse a alienação de controle do prestador público por parte da iniciativa privada. A consequência prática do dispositivo gerava a inviabilidade de desestatização das sociedades de economia mista e empresas públicas, visto que os contratos de prestação de serviço representam ativo expressivo dessas prestadoras (FERREIRA; MARINHO, 2020, p. 128).

4.6.1 O monopólio natural e as potenciais implicações da extinção dos contratos de programa

Como se sabe, o setor de saneamento básico é a clara representação do que a doutrina define como um **monopólio natural**. A este respeito, Posner leciona que uma empresa detém o monopólio de um mercado quando ela o domina sem que nenhuma outra seja capaz de oferecer um bem ou serviço próximo (bem substituto). Contudo, há situações em que os recursos são mais bem alocados se houver apenas uma empresa ofertando o produto naquele mercado (Posner, 1965, p. 548).

Nesse sentido, o autor explica que o termo monopólio natural não se refere ao número de ofertantes de um mercado, mas ao fato de que uma empresa operando sozinha poderia satisfazer os usuários ou consumidores ao melhor custo-benefício. Assim sendo, se operam duas ou mais empresas, duas são as possibilidades: (i) as empresas se tornarão apenas uma, seja pela falência seja pela fusão; (ii) ambas coexistirão gerando desperdícios na alocação de recursos. Na primeira hipótese a concorrência entre as empresas permanece por pouco tempo. Na segunda, produz resultados ineficientes. Portanto,

promover a competição forçada se demonstra um mecanismo de regulação inviável nessas situações.

Por essa razão, o autor esclarece que nesse tipo de mercado a regulação para gerar uma performance satisfatória deve pautar-se pelo controle direto sobre os lucros, taxas específicas (ou controladas, no caso por estudos técnicos que embasem a sustentabilidade do serviço), mecanismos para garantir a qualidade do serviço, mecanismos para garantir a saída do setor e o abandono de instalações e, a depender, até mesmo permissão de entrada no mercado. É o caso, por exemplo, de setores como o de saneamento básico, energia elétrica, transportes, gás e telecomunicações (IBIDEM).

Ocorre que no caso do setor de saneamento básico brasileiro, ao permitir que entes da federação firmassem contratos de programa sem licitação, **suprimiu-se vários dos preceitos basilares que devem imperar no controle regulatório de monopólios naturais**. Ademais, tendo em vista que as empresas que firmam os contratos de programa são necessariamente públicas ou sociedades de economia mista, em hipótese de má-gestão, o que ocorre na prática não é a falência a que está condicionado o setor privado, mas a transferência de custos para os usuários e serviços mal prestados.

Dito isso, passa-se a uma análise do setor. Dados do SNIS referentes ao ano de 2019 dão uma dimensão do impacto que a extinção dos contratos de programa introduzida pelo Novo Marco podem causar na renovação setorial. Se considerada a totalidade de Municípios do País (5.570), a prestação de serviços de saneamento básico é majoritariamente realizada por companhias estaduais (regionais): 72% dos Municípios possuem abastecimento de água prestado pelas CESBs, ao passo que 25,6% são atendidos pelo esgotamento sanitário. Respectivamente, estes números representam 74,5% e 60,8% da população urbana atendida. Em termos comparativos, considerando-se a totalidade de Municípios brasileiros, apenas 20,4% prestam o abastecimento de água diretamente enquanto 20,7% prestam os serviços de esgotamento por meio de companhia municipais (SNS/MDR, 2020, págs. 31 – 32).

Certamente, ante os vários interesses postos, o tema é alvo de disputas jurídicas. Os representantes das CESBs entendem que a constitucionalidade dessa modalidade de contrato se pauta tanto na autonomia gerencial que pode ser ampliada por contratos e que é disciplinada tanto pelo art. 37,§8º, quanto pelo art. 241, da CF, visto que nele consta a previsão de que a União, os Estados, o DF e os municípios podem disciplinar, por meio de lei, **os consórcios públicos** e **os convênios de cooperação entre os entes federados**, autorizando a gestão associada de serviços públicos.

Entendem, ainda, que o caput do art. 175 da CF foi violado, uma vez que a Lei nº 14.026/2020 inseriu a **obrigatoriedade da licitação** não só para a concessão e a permissão, mas também para os serviços diretamente prestados. O mesmo dispositivo constitucional é utilizado como fundamento para garantir a inserção do parágrafo oitavo no art. 13 da Lei 11.107/2005, o qual veda os contratos de programa nos serviços de saneamento básico. Há, assim, uma disputa interpretativa quanto ao art. 175 da CF, visto que ele expressamente afirma que a lei estabelecerá o mecanismo adotado.

Ademais, os defensores da inconstitucionalidade da vedação aos contratos de programa aduzem que o art. 24, XXVI⁴¹ da Lei nº 8.666/1993 prevê a dispensabilidade de licitação “*na celebração de contrato de programa com ente da Federação ou com entidade de sua administração indireta, para a prestação de serviços públicos de forma associada nos termos do autorizado em contrato de consórcio público ou em convênio de cooperação*”.

Dessa maneira, representantes das companhias estaduais alegam que há uma violação da autonomia municipal, visto que, por meio de lei ordinária, a União estaria interferindo na escolha do modelo de concessão, convênio ou gestão associada local supostamente autorizado pelo texto constitucional. Por meio destes contratos alega-se que as companhias estatais ou de economia mista são capazes de fornecer o serviço às áreas que não seriam interessantes para as companhias privadas e que através deles podem cobrar a mesma tarifa em todo o estado, viabilizando a sustentabilidade econômico-financeira por meio dos subsídios cruzados⁴².

O que se denota da realidade prática, todavia, é que a sustentabilidade do serviço não está condicionada à empresa prestadora ser estatal ou privada, visto que dados a respeito dos subsídios cruzados não são tão claros ou disponibilizados pelas CESBs. Outrossim, a Lei nº 14.026/2020 antevê que os ganhos de escala, propostos pela regionalização, atuem como um mecanismo para que blocos regionais sejam formados com Municípios mais e menos lucrativos e que regiões ou áreas menos atrativas sejam parte do programa de universalização.

Consoante já visto, a universalização do serviço no modelo hodierno está longe de ser uma realidade, visto que as atuais prestadoras não tem sido capazes de investir o

⁴¹ Dispositivo semelhante fora inserido no art. 75, XI da Lei nº 14.133/2021 (Nova Lei de Licitações).

⁴² Cf. Nota da Associação Brasileira das Empresas Estaduais de Saneamento (AESB) - A importância dos contratos de programa para a universalização do saneamento. Disponível em: <https://aesbe.org.br/a-importancia-dos-contratos-de-programa-para-a-universalizacao-do-saneamento/>. Acesso em 11.10.2021.

volume necessário no setor. Outro dado pertinente para este debate diz respeito à falta de transparência na realização de alguns destes contratos.

De acordo com estudo realizado pela ABCON SINDCON⁴³, tendo por base dados do SNIS, no ano de 2019 havia 888 contratos de programa para o abastecimento de água irregulares. Sendo a maioria esmagadora desses (613) presentes em Municípios com até 20 mil habitantes, enquanto outros 203 referem-se a Municípios com população entre 20 e 50 mil habitantes, 62 em Municípios com população entre 50 e 200 mil habitantes e, por fim, 10 contratos irregulares em Municípios com população superior a 200 mil habitantes.

Por região, os contratos irregulares no abastecimento de água estavam assim distribuídos: **Nordeste** (610), dos quais 179 concentravam-se na Bahia, 108 no Rio Grande do Norte e 101 no Maranhão; **Sudeste** (96), dos quais 63 em Minas Gerais; **Centro-Oeste** (75), todos localizados em Goiás; **Norte** (82), dos quais 39 no Pará; **Sul** (25), dos quais 10 em Santa Catarina. Nota-se, assim, que a maior parte dos contratos de programa irregulares para o abastecimento de água estão presentes na região Nordeste, sendo que o dado da região Norte deve ser interpretado junto à baixa cobertura do serviço na macrorregião.

Em adendo, o relatório demonstra que destes contratos de programa irregulares, 69,71% encontram-se em **situação deficitária**, ao passo que apenas 30,29% operam com superávit. Assim, a falta de retorno positivo ou a má-gestão de recursos certamente gera um óbice para as metas de universalização preconizadas pelas Leis nº 11.445/2007 e 14.026/2020, bem como para os objetivos instituídos em torno do PLANSAB.

Em concordância com o levantamento da ABCON SINDCON, pesquisa⁴⁴ do Centro de Estudos em Regulação e Infraestrutura da Fundação Getúlio Vargas – CERI/FGV revela a dificuldade para acessar os contratos de prestação de serviços entre dois entes da federação. Nesse sentido, apontam que a maioria dos contratos sequer estão presentes nos endereços eletrônicos das prestadoras (CESBs) ou das agências reguladoras.

⁴³ Cf.: Análise da situação e validade dos contratos de programa de abastecimento de água. Disponível em: <https://www.abconsindcon.com.br/noticias/analise-da-situacao-e-validade-dos-contratos-de-programa-de-abastecimento-de-agua/>. Acesso em: 12.10.2021.

⁴⁴ Cf.: Análise dos Contratos de Programa – Teaser dos resultados. Disponível em: https://ceri.fgv.br/sites/default/files/publicacoes/2019-12/Contratos_de_Programa_2.pdf. Acesso em: 12.10.2021.

Diante dessas barreiras à informação, o estudo estabeleceu um recorte preliminar com contratos de programa da região Sudeste. Destes, constatou-se que apenas 45% possuem metas bem definidas – ou seja, critérios de mensurabilidade e especificidade para avaliar desperdícios e a cobertura de água e esgoto, bem como prazos definidos para seu cumprimento.

Ao todo, o estudo avaliou 1.081 contratos das seguintes CESBs: CESAN – ES, COPASA – MG, CEDAE – RJ, SABESP – SP. Com isso, verificou-se que os contratos de programa mais recentes, aqueles assinados após o advento da Lei nº 11.445/2007, foram os que melhor apresentaram uma estrutura de meta bem definida, representando ganhos na qualidade regulatória.

Nesse sentido, verificou-se o seguinte percentual de contratos com metas mensuráveis, específicas e prazos determinados: SABESP (83,47%), CESAN (80%), COPASA (22,33%) e CEDAE (1,67%). O estudo demonstra que 83% dos contratos da SABESP foram firmados após o ano de 2007, enquanto 93% dos contratos da CESAN foram firmados a partir do ano de 2010. Já no caso da COPASA, a maior parte dos contratos (60%) antecede a lei 11.445/2007, mas dos 40% assinados após o advento da norma, 87% apresentaram metas bem definidas. Em sentido inverso ao padrão do estudo encontrado na macrorregião Sudeste, a CEDAE apresentou os piores índices entre as CESBs, mesmo com 73% dos contratos de programa avaliados sendo posteriores ao ano de 2007.

Outro ponto digno de nota é que parece não se sustentar as alegações de que municípios pequenos não seriam objeto de interesse da iniciativa privada. O perfil de participação deste segmento no setor demonstra que quatro a cada dez concessões privadas de saneamento básico do Brasil estão localizadas em municípios de pequeno porte (40%), com até 20 mil habitantes. Outros 20% estão em municípios que possuem entre 20 e 50 mil habitantes, 23% em municípios com população entre 50 e 200 mil habitantes e somente 17% em municípios com população superior a 200 mil habitantes (ABCON, 2020, p.40).

Quanto à suposta constitucionalidade dos contratos de programa, ou seja, realizados com a dispensa de licitação, extrai-se lição de Carvalho Filho (2021, p. 285). Segundo o autor, a leitura que se deve fazer do art. 37, §8º é a de que o contrato de programa servia inicialmente como um meio de ajuste para os contratos de gestão, através dos quais os entes federados, enquanto partes de um consórcio (já autorizado por leis), assumiam previamente obrigações a fim de cumprir de maneira ordenada os serviços

públicos pactuados. Assim, naquele momento, o denominado contrato de convênio sequer deveria ser considerado como um contrato na concepção técnica do termo.

Além disso, o autor entende que, com o advento da Lei nº 11.107/2007 (art. 13, § 1º, I e II), o contrato de programa, para além de um conjunto de obrigações e compromissos prévios, passou a ter também a concepção de convênio – razão pela qual deve seguir princípios preconizados pela lei de concessões e permissões, visando assegurar a transparência na gestão econômica e financeira dos serviços públicos prestados pelos titulares do convênio.

Permitir que se perpetue uma situação na qual empresas estatais ou de economia mista exercem atividades econômicas de maneira monopolística e sem licitação, com contratos que, muitas vezes, estão irregulares, seria condenar a população a uma espécie de reserva de mercado estatal justificada pelo verniz de prestação de serviço público para o atendimento de direito fundamental – o que alhures demonstrado, está longe de ser uma realidade.

Mais adiante, Carvalho Filho prepondera acerca do papel da licitação, a qual define da seguinte maneira:

O procedimento administrativo vinculado por meio do qual os entes da Administração Pública e aqueles por ela controlados **selecionam a melhor proposta entre as oferecidas pelos vários interessados, com dois objetivos – a celebração de contrato, ou a obtenção do melhor trabalho técnico, artístico ou científico** (Ibidem, p. 291) (grifei).

Em verdade, os estudos elaborados pela ABCON e pelo CERI/FGV, com base em dados oficiais do SNIS, demonstram que os contratos de programa não contemplam a transparência esperada na prestação de serviços públicos, visto que no ano de 2019 havia 888 contratos irregulares.

De igual maneira, pode-se questionar se essas empresas públicas e sociedades de economia mista são de fato as melhores opções para a prestação do serviço. Contudo, isso só é possível em um ambiente em que todos os candidatos à prestação do serviço estão submetidos a um ambiente competitivo, tal qual propõe o Novo Marco através da obrigatoriedade de licitação (vide nova redação dada ao art. 11, § 8º da Lei nº 11.445/2007).

Fato é que a questão já foi judicializada questionando diversos dispositivos que vedam a prestação por contratos de programa, bem como as competências conferidas à

ANA e demais diretrizes instituídas pela Lei nº 14.026/2020 etc. Nesse sentido, cita-se as seguintes ADIs, todas sob relatoria do Min. Luiz Fux: ADI 6.492/DF, de autoria do PDT; a ADI 6.536/DF, de autoria do PT, PSOL, PSB e PCdoB; ADI 6.882/DF, de autoria da Associação Brasileira das Empresas Estaduais de Saneamento - AESBE, sendo as duas últimas apensadas à ADI 6.942/DF.

Em sede de decisão monocrática na ADI 6.942/DF, o Min. Relator recusou o pedido de liminar e, em suma, esboçou parâmetros do que pode vir a ser seu voto no julgamento definitivo: reconheceu que a União possui a competência para estabelecer as diretrizes do setor de saneamento básico (art. 21, XX); que União, Estados, DF e Municípios possuem competência comum para instituir programas de melhoria no setor de saneamento básico (art. 23, IX); e, finalmente, consignou que “*a manutenção do status quo [estatal] perpetua a violação à dignidade de milhares de brasileiros e a fruição de diversos direitos fundamentais*”.

O posicionamento do Ministro Relator, ao menos *a priori*, encaminha o posicionamento da Corte em direção à consolidação de entendimentos já firmados. Isto é, no âmbito da ADI 1.842/RJ (Min. relator Luiz Fux, Min. relator para acórdão: Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 06.03.2013, DJe 16.09.2013), decidiu-se que a participação da União no estabelecimento de diretrizes ou a compulsoriedade de integração em Região Metropolitana, Microrregião ou Aglomerados Urbanos não viola o pacto federativo.

Já na ADI 4.454 (Min. Relatora Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, sessão virtual, julgado em 04.08.2020, DJe 25.08.2020), por maioria, o Tribunal declarou inconstitucional o artigo 210-A, § 3º, da Constituição Paranaense, o qual estabelecia que os serviços públicos de saneamento básico somente poderiam ser prestados por pessoas jurídicas de direito público ou por sociedade de economia mista. Por fim, na supramencionada ADI 6.942/DF, ao menos em sede de decisão monocrática, consignou-se que a manutenção do *status quo* estatal impede o avanço do setor e fere a fruição de diversos direitos fundamentais.

O que se nota é que a opção do legislador ordinário de vedar os contratos de programa funciona como uma tentativa cogente de implementar a almejada renovação e universalização do setor. É positiva na medida em que se manifesta pela abertura de mercado, exige a comprovação de capacidade técnica, viabilidade econômico-financeira e atrai novos investimentos por meio de padronização regulatória. Essa necessidade por

oxigenação fica ainda mais evidente quando se avaliam as razões que levaram ao veto por parte poder executivo do art. 16 do Novo Marco.

O referido dispositivo propunha que, mediante acordo entre as partes, fossem reconhecidos como contratos de programa quaisquer avenças firmadas entre os poderes concedentes e os prestadores – tanto contratos de programa vigentes como situações de fato estabelecidas sem assinatura ou mesmo expiradas. Nesse sentido, os contratos de programas ou quaisquer outros instrumentos poderiam ser formalizados ou renovados até o dia 31 de março de 2022.

Outrossim, o parágrafo único do art. 16 dispunha que os contratos formalizados e reconhecidos poderiam ser renovados por até 30 anos, desde que os instrumentos firmados contivessem as disposições essenciais introduzidas pelo Novo Marco nos arts. 10-A e 10-B da Lei nº 11.445/2007. Na prática, o dispositivo esvaziaria por pelo menos 30 anos a renovação e a universalização pretendida, visto que perpetuaria o *status quo* e possibilitaria que contratos vencidos, expirados ou realizados sem parâmetros concorrenciais (licitação) fossem formalizados ou renovados.

Destarte, ao vedar os contratos de programa, expirados ou irregulares, e instituir a licitação como uma obrigatoriedade, o Novo Marco estimula que as melhores propostas sejam apresentadas e os prestadores mais capacitados sejam escolhidos independente de se tratar de uma empresa pública, sociedade de economia mista ou empresa privada. Finalmente, o posicionamento pregresso do Poder Judiciário tende a demonstrar que as ADIs propostas dificilmente serão acolhidas, especialmente se forem adotados critérios de resolução de antinomia que se pautem por especificidade ou especialidade e princípios como o da transparência e eficiência. A questão, contudo, segue aguardando avaliação do Plenário e exige sensibilidade dos Ministros da Suprema Corte ao ponderar entre os efeitos sociais, econômicos, equilíbrios dos contratos, interesses públicos, privados e de independência entre os poderes.

4.7 REGIONALIZAÇÃO: O COMPARTILHAMENTO DE ESTRUTURAS E OS GANHOS DE ESCALA

4.7.1 Considerações iniciais

Conforme visto no tópico 4.2, a Suprema Corte brasileira deliberou a respeito da função pública do interesse comum por meio da ADI 1.842/RJ – a qual, desde seu

juízo, passou a servir como parâmetro abalizador dos arranjos de regionalização na prestação dos serviços de saneamento básico.

Na oportunidade, consignou-se que o interesse comum se caracteriza como aquele presente em atividades que não estão restritas ao atendimento dos interesses de um único Município ou que, quando localizadas no território de um único ente, produzem efeitos que dependem, concorrem, confluem ou extrapolam o seu limite territorial – seja pelo compartilhamento de infraestrutura, pela circulação de pessoas, pelas conurbações urbanas, seja por motivos socioeconômicos diversos.

Nesse contexto, a fim de regulamentar a prerrogativa dos Estados de instituir regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões mediante lei complementar, prevista no art. 25, §3º da CF, o poder legislativo editou anos depois a Lei nº 13.089/2015 – Estatuto da Metrópole. A Lei definiu a fun o pública de interesse comum em seu art. 2º, II, como sendo a *“política pública ou a o nela inserida cuja realiza o por parte de um Município, isoladamente, seja inviável ou cause impacto em Municípios limítrofes”*.

O objetivo do Estatuto consiste em assentar *“diretrizes gerais para o planejamento, a gestão e a execu o das fun es públicas de interesse comum em regiões metropolitanas e em aglomera es urbanas instituídas pelos Estados (art. 1º, caput)*. O parágrafo primeiro do art. 1º disciplina que para além das regiões metropolitanas e aglomera es urbanas, o Estatuto aplica-se t mm às microrregiões (inciso I). Com a reda o inserida pelo Novo Marco, o artigo passou a aplicar-se t mm às unidades regionais de saneamento básico, de que trata a Lei nº 11.445/2007.

Nesse sentido, não há como falar em regionaliza o sem entender minimamente os objetivos do Estatuto da Metrópole. Este surgiu para instituir regras gerais de governança compartilhada entre os arranjos interfederativos criados pelos Estados, respeitando, dentre outros, os seguintes princípios dispostos em seu artigo sexto: prevalência do interesse comum sobre o local (inciso I); compartilhamento de responsabilidades e de gestão para a promo o do desenvolvimento urbano integrado (inciso II); autonomia dos entes da Federa o (inciso III); efetividade no uso dos recursos públicos (inciso VI); e busca do desenvolvimento sustentável (inciso VII).

Ademais, o Estatuto institui, em seu artigo 7º, diretrizes específicas dignas de nota: implanta o de processo permanente e compartilhado de planejamento quanto ao desenvolvimento urbano (inciso I); sistema integrado de aloca o de recursos e presta o de contas (inciso III); execu o compartilhada das fun es públicas (inciso IV);

participação de representantes da sociedade civil nos processos de planejamento e tomada de decisão (inciso V); e compatibilização das leis orçamentárias dos entes da governança interfederativa (inciso VI).

Nota-se, portanto, que a concepção de governança compartilhada adotada se pauta por estudos técnicos e opera no sentido de coordenar ações de impacto social (como saúde, mobilidade, cidadania), econômicas e de infraestrutura conjuntas, visto que o interesse comum entre Municípios, geralmente limítrofes, está intrinsecamente ligado.

Opera, ainda, a noção de desenvolvimento territorial estratégico e de projetos estruturantes (art. 2º, VI), visando o exercício cidadania compartilhada por Municípios próximos geograficamente, o que não necessariamente se verifica nas unidades regionais. Isto é, o art. 2º, VII conceitua a região metropolitana como a “*unidade constituída por agrupamento de **Municípios limítrofes** para integrar a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum*”.

Assim, há aqueles que defendem que a inclusão das unidades regionais de saneamento básico no Estatuto da Metrópole desconsidera a concepção integrativa desta Lei, visto que o interesse comum de que trata geralmente está associado a Municípios limítrofes em que, conforme a ADI 1.842/RJ, os interesses dos entes federativos de alguma forma “dependem, concorrem, confluem ou extrapolam” o seu limite territorial.

Fato é que, integrando ou não concepção que fundamentou a edição da norma, a Constituição não só prevê que a União deve instituir diretrizes para o serviço de saneamento básico (art. 21, XX) e dispõe de competência comum para instituir programas de melhoria (art. 23, IX), como também tem competência concorrente com Estados e Municípios para legislar sobre direito urbanístico (art. 24, I).

De igual maneira, o Estatuto das Cidades (Lei nº 10.257/2010), em seu art. 3º, disciplina que compete à União, dentre outras coisas, promover, em conjunto com os Municípios e os Estados, programas de melhoria das condições de saneamento básico (inciso III). Estas primeiras considerações demonstram que o tema regionalização não é algo de interesse apenas do setor de saneamento básico, mas que há um esforço de governança comum entre entidades interfederativas, especialmente em casos de prestação de serviços que atendem Municípios limítrofes.

Conquanto o Município seja o titular dos serviços de saneamento básico, há aquelas hipóteses em que a realidade fática impõe a necessidade de reconfigurações no exercício de sua prestação, haja vista a supramencionada relação de interesse comum que ultrapassa as fronteiras municipais. Ademais, nem todos os Municípios dispõem de

recursos próprios, infraestrutura ou capacidade própria para atrair isoladamente os investimentos necessários ao bom funcionamento do setor.

Nesse contexto, a regionalização na prestação do serviço se demonstra uma medida alternativa à qual o Novo Marco conferiu importância tão expressiva que passou a ser **uma condicionante para o acesso aos recursos públicos federais** e aos financiamentos com recursos da União ou com recursos geridos ou operados por órgãos ou entidades da União (vide art. 50, VII da Lei nº 11.445/2007).

A prestação regionalizada do serviço tem sido uma prática muito estudada por instituições internacionais. Visando contribuir com o alcance das metas de desenvolvimento sustentável, em 2017 o Banco Mundial divulgou o estudo intitulado *“Joining Forces for Better Services: When, Why, and How Water and Sanitation Utilities Can Benefit from Working Together”*.

O estudo buscou medir os ganhos de eficiência gerado na universalização dos serviços de saneamento básico através da “agregação” – termo utilizado para descrever o processo pelo qual dois ou mais prestadores de serviços de saneamento básico consolidam todas ou algumas de suas atividades em uma estrutura organizacional compartilhada, independente de se tratar do compartilhamento de infraestrutura física ou não. Assim sendo, a agregação pode compreender a fusão de duas ou mais prestadoras, a união de prestadoras para construir uma estrutura geral de uso compartilhado de todos ou trabalhar para agregar somente estruturas específicas, como por exemplo, meios para operar e manter equipamentos pesados.

Nesse sentido, a agregação compartilha objetivos comuns à regionalização: busca por eficiência econômica, melhoria de performance, profissionalização, preservação do meio ambiente e solidariedade pela instituição de ganhos de subsídios cruzados, ganhos de escala etc.

Em resumo, os estudos constataram que a agregação pode trazer muitos ganhos de resultado, mas nem sempre os esperados. Nesse sentido, devem ser avaliadas com cuidado pelos gestores. A este exemplo, cita-se o fato de que utilidades servindo muitas cidades não necessariamente reduzem os custos. Isto é, quando as estruturas são destinadas a uma única cidade, a economia de escala padrão demonstra que o custo por unidade tende a cair com o maior número de clientes, ainda que isso varie de país para país.

Já quando as estruturas envolvem mais de um Município, há mais variáveis, dentre elas a força e a maturidade das instituições políticas e judiciárias envolvidas, a qualidade

regulatória, a uniformidade, o respeito às particularidades locais, a necessidade de convergência em prol da política pública, bem como a variação de estratégias para agregar novos clientes ou aumentar a densidade para reduzir os custos. A experiência empírica, segundo o relatório, demonstra que naturalmente, com o passar dos anos, as empresas localizadas em grandes centros urbanos e que se saem melhor na prestação do serviço tendem a adquirir empresas menores, localizadas em áreas rurais a fim de unificar estratégias de prestação do serviço.

Por outro lado, os resultados, ainda que não sejam imediatos e exijam esforços conjuntos, tendem a ser bastante efetivos quando a agregação é acompanhada por reformas estruturantes que lidam com governança e reforma de regulação setorial, além de programas de financiamentos. Nesse sentido, ao menos do ponto de vista de previsão normativa, o Novo Marco aparenta estar em consonância com os estudos levantados, visto que prevê a possibilidade de financiamentos e tem por diretrizes a padronização e a melhoria de qualidade da atividade regulatória, aponta a necessidade de estudos técnicos que embasem o agrupamento de municípios, o treinamento de pessoal, a edição de guias, o respeito as particularidades locais etc.

4.7.2 O conceito de regionalização empregado pelo Novo Marco

De forma muito semelhante à agregação estudada pelo Banco Mundial, o Novo Marco propõe modelos de prestação regionalizada. Nesse sentido, a novel redação do art. 7º, VI, da Lei nº 11.445/2020 define a prestação regionalizada como 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***”.

Nota-se, inicialmente, que a redação é diferente da conferida pelo revogado art. 14 e pelo art. 2º, X do Decreto n 7.217/2007 – que regulamenta a Lei nº 11.445/2007 e não foi expressamente revogado. Nestes dois dispositivos refere-se à prestação regionalizada como “***aquela em que um único prestador atende a dois ou mais titulares, com uniformidade de fiscalização e regulação dos serviços, inclusive de sua remuneração, e com compatibilidade de planejamento***”. É certo que o dispositivo está tacitamente revogado, visto que disciplina que a prestação regionalizada é aquela prestada por um único prestador.

Trata-se de uma redação que fazia sentido quando vigoravam os contratos de programas e, geralmente, os serviços eram prestados por uma única prestadora estadual

– uma CESB. A nova redação, contudo, não impõe essa limitação. A experiência prática, aliás, demonstra que os componentes dos serviços de saneamento básico de um mesmo Município podem ser alvo de repartição entre diferentes empresas que compõem diferentes regiões de prestação do serviço, como é o caso do Rio de Janeiro.

Além disso, o Decreto 10.588/2020, que disciplina a respeito do apoio técnico e financeiro da União, dispõe em seu art. 2, §§ 8º e 9º, respectivamente, que a regionalização dos componentes de água e esgoto sanitário de preferência constarão do mesmo mecanismo de regionalização e que os componentes 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.

Em outras palavras, os diferentes segmentos do setor de saneamento básico podem constituir diferentes mecanismos de regionalização e compor diferentes regiões. O Município A, por exemplo, pode se agregar ao Município B e C para atrair investimentos e prestar os serviços de distribuição de água e de esgotamento sanitário e, ao mesmo tempo, se agregar aos Municípios D e F para prestar os serviços de manejo de resíduos sólidos e, assim, sucessivamente.

Em síntese, a prestação regionalizada busca a organização de um processo de planejamento em que os componentes dos serviços de saneamento básico sejam organizados, regulados e prestados de maneira mais uniforme entre dois ou mais Municípios que compõem a região de prestação.

Consoante alhures demonstrado, os principais modelos de prestação regionalizada estão dispostos no art. 7º, VI, da Lei nº 11.445/2007, respectivamente, nas alíneas “a”, “b” e “c”: (a) região metropolitana, aglomeração urbana ou microrregião; (b) unidade regional de saneamento básico; e (c) bloco de referência.

4.7.3 Região Metropolitana, aglomeração urbana ou microrregião

A região metropolitana é o arranjo complexo de Municípios de que trata o art. 7º, VI, “a”, da Lei nº 11.445/2007. Refere-se às unidades que são **instituídas pelos Estados** por meio de **lei complementar**, com fulcro na autorização concedida pelo §3º do art. 25 da CF. São compostas por **Municípios limítrofes** ou por regiões marcadas por complementariedade funcional, de maneira que devem observar as diretrizes previstas no Estatuto da MetrÓpole.

Consoante assentado pelo STF no âmbito da ADI 1.842/RJ, observada a confluência e o compartilhamento de interesses comuns, não há necessidade de concordância prévia dos Municípios para que se institua esse modelo de regionalização. Desse modo, considera-se que a compulsoriedade na integração das unidades municipais em um bloco comum não é incompatível com a autonomia municipal conferida pela constituição.

Com efeito, a titularidade dos serviços de saneamento básico deixa de ser do Município isoladamente e, tampouco, passa a pertencer exclusivamente ao Estado-membro. Deve-se, nesse sentido, criar um órgão colegiado – cujo o único parâmetro de constitucionalidade estabelecido é o de que: (i) não se exige participação paritária; (ii) um ente não pode integrá-lo de tal maneira que detenha o controle isolado das decisões. Ademais, a competência de tal órgão colegiado é meramente administrativa e derivada, não se trata de uma personalidade política.

No exercício da governança das funções públicas de interesse comum, o Estatuto da Metrópole disciplina, em seu art. 7º-A, I e II, que a estrutura interfederativa deve observar o compartilhamento de tomada das decisões e das responsabilidades. Ademais, o art. 8º determina que, em sua estrutura básica, a governança interfederativa deve conter: instância executiva integrada pelos chefes do poder executivo dos entes interfederados (inciso I); instância colegiada deliberativa com representação da sociedade civil (inciso II); organização pública com funções técnico-consultivas (inciso III); e sistema integrado de alocação de recursos e de prestação de contas (inciso IV).

Para viabilizar o acesso aos recursos públicos com participação federal, o Decreto nº 10.588/2020 – que regulamenta o art. 13 do Novo Marco – considera cumprida a exigência de prestação regionalizada com **a aprovação da lei complementar estadual correspondente**.

4.7.4 Unidade Regional de Saneamento Básico

A unidade regional refere-se ao agrupamento de Municípios **não necessariamente limítrofes** de que trata o art. 7º, VI, “b”, da Lei nº 11.445/2007, visando a prestação dos serviços de saneamento básico de forma conjunta. Podem ser criados pelos **Estados-membros** através de **lei ordinária** com o fim de atender exigências de **higiene e saúde pública** ou para dar **viabilidade técnica e econômica** aos Municípios menos favorecidos.

A base constitucional da unidade regional ancora-se no art. 241 da CF⁴⁵. Para fins de acessar os recursos em que haja a participação da União, o art. 2º, § 1º, II do Decreto nº 10.588/2020 considera cumprida a exigência de prestação regionalizada com a **declaração formal**, firmada pelo Prefeito, de adesão aos termos de governança estabelecidos na lei ordinária estadual.

Dessa maneira, a comprovação de regionalização não exige lei municipal autorizadora – o que pode ser objeto de questionamento judicial, visto que o art. 241 da CF prevê a necessidade de edição de lei por parte dos entes federados autorizando a gestão associada de serviços quando da instituição do consórcio ou convênio. Resta saber, portanto, se uma lei estadual e um termo de adesão voluntária do poder executivo municipal seria suficiente para contemplar o mandamento constitucional.

Ademais, o art. 8º, §2º, da Lei 11.445/2007 impõe o dever de que as unidades regionais de saneamento básico apresentem estudos de sustentabilidade econômico-financeira e que, de preferência, integrem pelo menos uma região metropolitana, facultada a sua integração por titulares dos serviços de saneamento básico. Se por um lado isso dá um amplo leque de opções para que o Município potencialmente integre, à sua livre escolha, diferentes regiões metropolitanas conforme a estratégia setorial adotada, por outro, pode gerar instabilidade jurídica se não houver uniformidade entre a lei ordinária que institui a unidade regional e a lei complementar que institui a região metropolitana.

De toda maneira, conforme mandamento do art. 1º, §1º, III, do Estatuto da Metrópole, aplicam-se as mesmas disposições das regiões metropolitanas a este arranjo. Destarte, isto implica inferir que a personalidade jurídica e as regras de governança interfederativa devem ser seguidas.

4.7.5 Bloco de Referência e Consórcios Intermunicipais

O bloco de referência está previsto no art. 7º, VI, “c”, da Lei nº 11.445/2007 e refere-se ao conjunto de Municípios, **não necessariamente limítrofes, estabelecidos pela União**, sob coordenação do MDR, de forma **subsidiária** aos Estados. Os blocos são formalmente criados por meio de gestão associada voluntária dos Estados.

⁴⁵ 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.

Nesse sentido, conforme regulamenta o art. 2º, §7º, do Decreto nº 10.588/2020, após deliberação do Comitê Interministerial de Saneamento Básico (CISB), a União terá a prerrogativa de estabelecer os blocos de referência para a prestação regionalizada dos serviços públicos de saneamento básico daqueles Municípios cujas unidades regionais não foram estabelecidas até o dia 15 de julho de 2021 pelos Estados.

Contudo, a formalização da criação do bloco só ocorre após a **assinatura dos titulares (Municípios) do convênio de cooperação** ou com a aprovação do consórcio público, sendo estas, inclusive, as exigências de prestação regionalizada consideradas para fins de alocação de recursos em que haja a participação federal.

Dessa maneira, pode-se concluir que, embora a União exerça a prerrogativa de estabelecer as referências territoriais, a assinatura por parte dos Municípios é que de fato formaliza juridicamente a estrutura regionalizada. O estabelecimento por parte da União, portanto, funciona como mera orientação para o agrupamento voluntário de Municípios.

Tal entendimento é reforçado na medida em que a Lei dos consórcios públicos disciplina, em seu art. 1º, §§ 2º e 4º, que a União somente poderá estabelecer consórcio público com os Municípios se os Estados-membros em que estes estão localizados integrarem o consórcio e que se aplica aos consórcios públicos para a prestação de serviços de saneamento básico, no que couber, as disposições gerais da Lei para os demais consórcios públicos.

O modelo de regionalização do bloco de referência respalda-se no art. 241 da CF. Como se sabe, os consórcios públicos podem adquirir personalidade jurídica de direito público ou direito privado (art. 6º, I e II da Lei nº 11.107/2005). Contudo, em se tratando de consórcio público para a prestação do serviço de saneamento básico, uma leitura integradora do art. 6º, I e §1º, da Lei nº 11.107/2005 em conjunto com o art. 8, §1º, I, da Lei 11.445/2007 tende a demonstrar que a personalidade do consórcio público para a prestação de serviços de saneamento básico necessariamente será pública.

Isto porque, conforme alhures constatado: (i) na ausência de norma disciplinadora, a União não pode integrar consórcio público diretamente com os Municípios (na ausência dos Estados-membros) sob pena de questionamento da autonomia federativa e judicialização dos consórcios, sendo a sua atuação meramente diretiva; (ii) a leitura do art. 8º, §1º, I, da Lei 11.445/2007 leva a crer que este disciplina justamente os casos em que o Estado-membro não estabeleceu as diretrizes para a regionalização através do bloco de referência, de maneira que deverão constituir, na forma do art. 6º, I c/c § 1º, uma autarquia interfederativa e, portanto, assumir personalidade jurídica de direito público.

Abre-se um parêntese para esclarecer que mesmo quando há a participação dos Estados-membros na instituição dos blocos de referência, a concepção utilizada difere daquela competência conferida pelo art. 25, §3º. Isto é, o dispositivo constitucional, ao tratar da instituição de regiões metropolitanas, microrregiões e aglomerados urbanos, refere-se a aglutinação de Municípios limítrofes e que, conforme institui o Estatuto da MetrÓpole, deve ser estabelecida somente após estudos técnicos que justifiquem a sua criação. Estes são cuidados adotados pelo legislador para garantir segurança jurídica e minimizar eventuais judicializações com alegações de violação do pacto federativo, como a ocorrida no âmbito da ADI 1.842/RJ.

Nesse sentido, uma das críticas às propostas de regionalização introduzidas pelo Novo Marco consiste na perspectiva de que, por mais que as suas sugestões de regionalização também exijam estudos técnicos de viabilidade, este não resolveu alguns desafios de regulação setorial importantes. Não tratou, por exemplo, de disciplinar parâmetros para a composição do conselho de gestão associada ou não estabeleceu a participação compulsória dos Municípios em modelos de gestão associada que não aqueles tratados no âmbito da ADI 1.842/RJ (HEINEN, 2021, online). O artigo 8º-A da Lei 11.445/2007, prevê, inclusive, que a adesão aos modelos de gestão regionalizada por parte dos titulares é voluntária⁴⁶.

Neste último caso, a recusa por parte de um Município que não integra uma região metropolitana instituída por meio de lei complementar estadual – visto que nesses casos o Supremo já delineou ser compulsória a integração – em integrar um dos outros modelos de gestão associada poderia obstar o bom funcionamento do bloco de referência ou da unidade regional, por exemplo.

Contudo, ao estabelecer a obrigatoriedade de integração a um dos modelos de gestão associada criados pelo Novo Marco, o dispositivo certamente seria alvo de questionamentos jurídicos acerca da violação da autonomia municipal – como demonstrado no tópico 4.6.1, mesmo com estes cuidados, várias ações já existem nesse sentido. Ao fim e ao cabo, devido à falta definição clara do texto constitucional, essa espécie de disposição sempre desemboca em interpretações por parte do poder judiciário quanto ao que pode ou não ser compreendido como o correto exercício de competência para instituir ou não diretrizes (cf. art. 21, XX da CF).

⁴⁶ Cf.: Art. 8º-A. É **facultativa a adesão dos titulares** dos serviços públicos de saneamento de interesse local às estruturas das formas de prestação regionalizada.

Fechado este parêntese, retoma-se à análise da personalidade jurídica do consórcio público que institui os blocos de referência. Na hipótese de este de fato adquirir personalidade jurídica de direito público, ante a interpretação conjunta do art. 6º, I e §1º, da Lei nº 11.107/2005 com o art. 8, §1º, I, da Lei 11.445/2007, tem-se os parâmetros já delineados na Lei de Consórcios Públicos para a composição do órgão colegiado que dirigirá a autarquia intermunicipal.

Isto é, o art. 3º da Lei dos Consórcios disciplina que, em primeiro lugar, será necessária a prévia subscrição de um protocolo de intenções – documento em que os participantes, *in casu* os Municípios, fixam as regras que deverão ser seguidas – para, então, assinar o contrato que institui o consórcio. O art. 4º, por seu turno, disciplina as cláusulas indispensáveis a este protocolo, o qual deverá definir os entes consorciados, o prazo, a finalidade, a sede do consórcio, as normas gerais de convocação e funcionamento da assembleia geral, a previsão de que a assembleia é a instância máxima e o número de votos para as suas deliberações.

Nesse contexto, pode-se dizer que, se por um lado o Novo Marco não introduziu o modelo a ser adotado para a composição do órgão colegiado, fixando de forma clara matérias como os critérios para a distribuição de votos, por outro, respeitou a independência municipal e a autonomia dos gestores locais para se agregarem através da livre negociação no momento de instituição da gestão associada e conforme princípios e regras já estabelecidos em outras leis. Assim, a realidade local é que determinará os parâmetros estratégicos e requisitos de convencionalidade que as particularidades locais exigem.

Por fim, digno de nota é o fato de que os consórcios de que trata o art. 8º, I, da Lei nº 11.445/2007, com redação dada pelo Novo Marco, são exclusivamente intermunicipais. A princípio, não seriam reconhecidos como um modelo de prestação regionalizada. Contudo, ao disciplinar o tema, para fins de acesso aos recursos financeiros em que haja a participação da União, o Decreto nº 10.710/2021 passou a reconhecê-los como modelo de prestação regionalizada desde que tenha sido feita a regionalização de todo o território do Estado-membro em que estiverem inseridos e que os arranjos demonstrem viabilidade econômico-financeira (vide art. 27).

5 TEORIA DA CAPTURA: UM CASO CONCRETO

Consoante demonstrado no capítulo 2 do presente trabalho, o modelo de intervenção econômica adotado pelo Brasil pauta-se pela teoria do Estado Regulador (vide arts. 173 e 174 da CF). Este modelo de regulação fundamenta-se na ideia de que uma agência reguladora composta por *experts* pode evitar abusos políticos, inserir o interesse público acima do interesse de algumas entidades privadas e conferir o caráter técnico que se faz necessário à regulação de alguns mercados.

A Constituição pátria estabelece que a agência reguladora deve ser instituída ou extinta por lei específica e sob a forma de autarquia (vide art. 37, XIX, da CF), com personalidade jurídica de direito público. Ademais, devido ao seu caráter eminentemente regulatório, possuem características que lhes confere o regime jurídico de autarquia especial – a fim de lhe garantir privilégios que possibilitem aumentar seu espectro de autonomia frente às ingerências dos agentes estatais (Barroso, online, 2003).

Dentre as características que visam implementar esta autonomia estão mandatos fixos; impossibilidade de demissão de diretores (salvo falta grave apurada mediante regular processo legal); exigência de provas e títulos para cargos técnicos que não sejam de chefia ou confiança; autonomia econômico-financeira tanto por meio de dotações orçamentárias gerais quanto de receitas provenientes de taxas de fiscalização e regulação; impedimento de prestar, direta ou indiretamente, serviços às empresas reguladas após um dado período do cumprimento de seu mandato (quarentena) etc.

Outrossim, de forma geral, compete às agências reguladoras, dentre outras coisas: exercer o controle sobre as tarifas visando o equilíbrio econômico-financeiro do contrato; prezar pela universalização dos serviços; fomentar a competitividade em setores que não são marcados por monopólios naturais; arbitrar conflitos entre as partes envolvidas; e fiscalizar os contratos de concessão (Ibidem). Contudo, por mais promissor que pareça em um primeiro momento, sabe-se que a regulação por agências apresenta limitações.

A este respeito, George J. Stigler – ganhador do prêmio Nobel, em 1982, por seus estudos em estruturas industriais, funcionamento dos mercados e causas e efeitos da regulação pública – delineou algumas observações que devem ser levadas em consideração. Conforme demonstra o autor em “A teoria da regulação econômica” ou simplesmente “a teoria da captura”, grupos de interesse podem utilizar dos recursos e poderes estatais, precipuamente o poder regulatório e o coercitivo, para gerar demandas por regulações que, ao fim e ao cabo, modelam as políticas públicas, leis e normas em benefício próprio (Stigler, 1971, p. 4).

Segundo o autor, a função prática da regulação econômica consiste em definir os benefícios e encargos da regulação, de que forma ela será realizada e como ela afetará a alocação de recursos (Ibidem, p.3). De maneira sintética, ao regular um mercado, por meio de seu poder coercitivo e arrecadatário (tributário), o Estado pode prover aos agentes interessados benefícios diversos, como a possibilidade de utilização da máquina pública para aumentar a sua lucratividade.

Isto é, a regulação, quando se desvirtua de sua função social e é feita para atender aos interesses de grupos específicos, pode fornecer subsídios diretos a determinados agentes, controlar a entrada de rivais prestadores do mesmo serviço ou de serviços substitutos em determinado setor, gerar demandas por bens complementares (bens geralmente consumidos em conjunto em que a procura por um tende a aumentar a do seu complementar) ou, ainda, fixar preços (Ibidem, p. 6)

Ademais, tal qual constatado já por Weber e demonstrado ao decorrer deste trabalho, a atividade burocrática e regulatória apresenta custos diversos que vão desde a capacitação de pessoal e criação de estruturas que a viabilizem até os efeitos de distribuição de recursos provocado sobre os regulados. Nessa ótica, os custos para obter a regulação, segundo Stigler, podem assumir uma natureza política ou de mercado.

Por seu caráter coercitivo, o autor explica que o processo decisório da regulação política é totalmente distinto do processo decisório de mercado. Nesse sentido, se o público tiver que escolher pela alocação de recursos públicos numa área A ou B, a decisão será o resultado da vontade de toda a comunidade (ou de seus representantes no parlamento), ainda que os eleitores não sejam, no momento da escolha, diretamente afetados pela regulação.

Trata-se de uma consequência prática do efeito universalizante da decisão política, que nem sempre será a mais técnica ou precisa, visto que demanda um alto custo de informação para os indivíduos que tem pouco ou nenhum interesse pela matéria – a depender do tema, as informações estão dispersas e o indivíduo que não as conhece teria que recorrer a meios diversos para tomar a decisão mais acertada (Ibidem, p. 11).

De forma diversa, uma decisão tomada no mercado desregulado não conta com o poder coercitivo do Estado e envolve o princípio da liberdade e da proporcionalidade: a influência de um agente é, via de regra, proporcional a sua participação naquele mercado, de maneira que só os grupos interessados exercem o voto. Não há, portanto, o efeito universalizante.

Com efeito, as decisões são tomadas com mais frequência e manifestam preferências mais técnicas e precisas, uma vez que os agentes envolvidos na transação são aqueles costumeiramente interessados na matéria. Por conseguinte, a própria voluntariedade de interesse em um dado mercado demanda um custo informacional menor.

Ademais, a fim de evitar fraudes e suspeitas sobre o processo decisório de representação popular, a escolha política deverá ser feita de forma simultânea e envolver muitas pessoas (cita, por exemplo, os referendos populares). Isto, por si só, exige que mais recursos sejam dispendidos visando o envolvimento da coletividade na transação. Quando da representação indireta, envolverá salários de manutenção dos representantes e de outras estruturas que se fizerem necessárias.

Para exemplificar a influência que grupos de interesse podem exercer sobre os agentes políticos a fim de gerar a demanda regulatória em torno de objetivos próprios, o autor cita o licenciamento profissional como uma das expressões à barreira de entrada em um dado setor. Dessa maneira, uma ocupação será capaz de assegurar o poder político e concretizar sua meta de captura a depender do tamanho da categoria profissional e de sua concentração em um dado território, da renda per capita dos trabalhadores que nela atuam e da presença ou não de oposição coesa ao licenciamento pretendido.

Nessa via de mão dupla, o agente político tomador de decisão pode obter sucesso eleitoral, a depender da influência da categoria na sociedade, rendas de gabinete, financiamentos para campanhas etc. Forma-se um mercado regulatório em que os partidos dominantes são os vendedores (Ibidem, p.12). Por outro lado, representantes da indústria ou da categoria interessada podem obter a regulação e as licenças profissionais pretendidas de acordo com os objetivos que mais lhes favorecem.

Em outras palavras, o modelo de regulação por agências não só tem o potencial de substituir as falhas de mercado por “falhas de governo” como pode fazê-lo de maneira coercitiva, legitimando práticas ilícitas por meio do aparato estatal e sob o verniz de defesa dos interesses sociais. Isto é dizer, quando o agente é capturado por agentes políticos ou do mercado, pode utilizar a máquina pública para provocar **o ilícito do abuso de poder regulatório** de que trata o art. 4º da Lei nº 13.874/2019 e, por conseguinte, criar reserva de mercado, aumentar custos desnecessários de transação, impedir a entrada de novos ofertantes de bens e serviços etc.

Feitas estas breves considerações iniciais, analisar-se-á um caso concreto de captura regulatória no setor de saneamento básico. Trata-se de lide envolvendo a Agência

Reguladora PCJ – ARES PCJ, a Agência Reguladora de Sumaré – ARS, a concessionária dos serviços de saneamento básico BRK Ambiental - Sumaré S.A e o poder executivo e do Município de Sumaré (SP) no bojo da Apelação Cível no Mandado de Segurança nº 1010699-74.2017.8.26.0604 (TJSP, 11ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Oscild de Lima Júnior, Julgado em 26.11.2019).

Na espécie, em 19 de Novembro de 2014, a prefeitura do Município de Sumaré e a BRK Ambiental (à época com nome fantasia de Odebrecht Ambiental) firmaram processo de concessão para a prestação de serviços de água e esgoto, autorizado pela Lei Municipal nº 3.552/2001. Para tanto, conforme estabelece a **Lei Municipal nº 5.410/2012**, instituiu-se como entidade reguladora a Agência Reguladora dos Serviços de Saneamento das Bacias dos Rios Piracicaba, Capivari e Jundiá (ARES-PCJ).

Inicialmente, o contrato previa a universalização de cobertura do tratamento de esgoto (TCE) até o ano de 2028. Contudo, em 30 de novembro de 2016, as partes pactuaram através do 1º Termo Aditivo de Ajustamento ao Contrato de Concessão (TAC) nº 141/2014, a antecipação do prazo para 31.12.2022. Ou seja, antecipou-se o prazo contratual em 6 (seis) anos.

Dessa forma, visando medidas de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro contratual, a ARES-PCJ autorizou revisão extraordinária da tarifa cobrada pela concessionária por meio da Resolução nº 150/2016. Na oportunidade, justificou-se que o aumento nas tarifas de energia elétrica (essencial para prestar o serviço de saneamento básico) e os aportes financeiros para expandir a rede de coleta e tratamento de esgoto justificavam a revisão tarifária pretendida.

Consignou-se que seria aplicada uma revisão em três parcelas de 3,62%, de maneira diferida, em todas as faixas e categorias de consumo, no 1º dia útil de janeiro dos anos de 2017, 2018 e 2019 – perfazendo, ao fim, um reajuste total de 10,86% nos valores das tarifas. Além de justificada por estudos técnicos e passar pelo crivo do Ministério Público, tal hipótese era autorizada pelo contrato e prevista na cláusula 3.5.5.2, “d” e “g” – a qual disciplina a possibilidade de revisão tarifária extraordinária em caso de fato do príncipe ou da administração, de antecipação de metas e da necessidade de atualização do plano de saneamento básico, tendo em vista alterações nos custos ou encargos da concessionária.

Contudo, em decorrência das eleições municipais de 2016, houve uma alteração no comando do poder executivo de Sumaré no ano de 2017. Nesse sentido, visando

remodelar a política pública existente, o novo prefeito eleito apresentou à câmara municipal o projeto que culminou na edição da Lei Municipal nº 5.960/2017.

A nova norma revogou a atuação da ARES-PCJ enquanto entidade reguladora dos serviços de saneamento básico em Sumaré e criou a Agência Reguladora do Município de Sumaré (ARS). Na justificativa apresentada para a proposição do projeto de lei, o prefeito recém-eleito argumentou que a ARES-PCJ estava impondo preços abusivos na cobrança de prestação dos serviços de saneamento básico, além de não os prestar de forma adequada.

Dentre outras disposições, a Lei promulgada previa no art. 5º, IX, que a revisão tarifária por parte da nova Agência Reguladora estaria **condicionada à aprovação por parte do poder executivo**. Ocorre que esta previsão viola frontalmente a premissa de independência concedida às agências reguladoras, sendo uma das razões pelas quais a Concessionária judicializou a questão.

A Lei nº 11.445/2017, antes mesmo das alterações introduzidas pelo Novo Marco, estabelecia em seu art. 21, I⁴⁷, que a agência reguladora deveria **possuir independência decisória** no exercício da função de regulação. Com a redação⁴⁸ conferida pela Lei nº 14.026/2020, aprimorou-se o texto do dispositivo para definir com precisão a figura do regulador e positivar a sua **natureza autárquica**, dotada de **independência decisória e autonomia administrativa** para atingir os princípios da transparência, objetividade e **tecnicidade**.

Ademais, ao transferir a competência para instituir os reajustes tarifários da agência reguladora para o poder executivo, violou-se os arts. 22, IV e 23, IV da Lei de Saneamento, que tratam, respectivamente, do objetivo da regulação, qual seja o de definir tarifas que assegurem o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, e da competência normativa da agência reguladora para definir os reajustes e revisões tarifárias – com a redação dada pelo Novo Marco, deverão levar em consideração as normas de referência editadas pela ANA. Nesse mesmo sentido, o art. 38, §1º, da Lei nº 11.445/2007 determina que cabe às agências reguladoras definir as revisões tarifárias.

⁴⁷ Cf.: Redação do art. 21, I, da Lei nº 11.445/2017 antes do Novo Marco: Art. 21. O exercício da função de regulação atenderá aos seguintes princípios: I - independência decisória, incluindo autonomia administrativa, orçamentária e financeira da entidade reguladora (...).

⁴⁸ Cf.: Redação conferida pelo Novo Marco ao art. 21 da Lei nº 11.445/2017: 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**.

Em outras palavras, o art. 5º, IX, da Lei Municipal nº 5.960/2017 subverteu várias diretrizes estabelecidas pela Lei Federal nº 11.445/2017, os quais garantem a autonomia das agências reguladoras para, quando necessário, estabelecer revisões tarifárias com fulcro em estudos técnicos que garantam o equilíbrio econômico-financeiro do contrato e justifiquem os investimentos em expansão e melhoria dos serviços prestados.

Outro dispositivo da Lei municipal que teve a constitucionalidade questionada foi o art. 25. Este dispunha, em seu parágrafo único, que o provimento e a exoneração dos cargos financeiros, administrativos, de assessoria jurídica, de superintendência e de ouvidoria seriam de responsabilidade do poder executivo.

Isto, por sua vez, viola os arts. 6º e 9º da Lei 9.986/2000, os quais, a fim de garantir a autonomia de atuação de seus ocupantes, determinam que os mandatos dos conselheiros e dos diretores terá prazo fixado na criação de cada agência e somente se perderão por renúncia, devido processo administrativo disciplinar ou com condenação judicial transitada em julgado. No caso federal, a Lei nº 13.848/2019 alterou a redação original conferida ao art. 6º para estipular duração de 5 anos e o art. 9º para inserir novas modalidades de perda de mandato por desvio de conduta ou assunção de atividades que podem interferir na autonomia ou que são incompatíveis com o exercício regulatório.

Ademais, tramitava na Câmara Municipal o Projeto de Lei nº 201, o qual propunha a alteração do art. 41 da Lei nº 5.960/2017 para retirar o requisito de curso superior para o ocupante do cargo de presidência da ARS. No mesmo sentido, o art. 46 incisos II a V da norma previam a possibilidade de remanejamento dos servidores da administração direta para ocupar cargos dentro da nova Agência. Estas medidas tornariam muito questionáveis a competência técnica e a independência dos servidores submetidos a grau hierárquico inferior ao do prefeito do Município de Sumaré. Nesse contexto, a Concessionária alegou violação aos princípios da eficiência e da economicidade de que tratam os arts. 37 e 70 da CF/88.

Diante do narrado, a impetrante teve a liminar no mandado de segurança deferido e, posteriormente, confirmado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) a fim de declarar a inconstitucionalidade da norma – cujo efeito concreto materializou-se com a criação da ARS, a qual substituiu a ARES-PCJ enquanto entidade reguladora.

Na oportunidade, o Tribunal assentou que a Lei Municipal nº 5.960/2017 representava nítido desvio de finalidade por parte do poder público (chefe do poder executivo), que buscava interferir de maneira indevida em relação que deveria ser estabelecida de maneira autônoma entre agência reguladora e concessionária. Nesse

sentido, o entendimento dos desembargadores é o de que a Agência Reguladora recém-criada não seria capaz de atuar com a independência necessária, dificultaria o cumprimento do contrato de concessão previamente firmado e se enquadraria com exatidão no que a doutrina administrativa denomina “teoria da captura”.

No mérito, o TJSP justificou que não se sustentava, ainda, a argumentação de “excessivo e injustificado aumento no valor das tarifas”, apresentada pelo poder executivo no momento de propositura da Lei. Consoante narra o Relator, constava na câmara municipal de Sumaré o projeto de Lei nº 6.409/2017, o qual propunha revogar os §§1º e 2º do art. 12 da Lei Municipal nº 5.960/2017 para alterar a concessão em curso e conceder à ARS um repasse financeiro de 2% a título de taxa de regulação. Os valores até então pagos à ARES-PCJ eram de 0,3% (alterados para 0,25% para o ano de 2018).

Assim sendo, o relator conclui que os repasses muito superiores que seriam feitos à nova Agência Reguladora certamente impactariam o valor dos serviços prestados e o valor final da tarifa, sendo este um dos motivos determinantes para a edição da Lei Municipal nº 5.960/2017. Outrossim, o Tribunal entendeu pela inconstitucionalidade da Lei, visto, dentre outras coisas, esta não só subvertia a finalidade da agência reguladora, como também não garantia a existência de mandatos fixos e não coincidentes nem a autonomia administrativa e técnica capazes de gerar maturidade institucional para blindar a ARS contra influências de grupos de interesse.

Este caso ilustra bem o desafio apontado no tópico 2.1, visto que demonstra com exatidão que a regulação por agências não está imune às falhas cujas consequências podem ser ainda mais devastadoras que as de mercado. Isto é dizer, quando desprovido de maturidade institucional e de mecanismos eficientes de controle interno, o Estado tem o poder de utilizar seu aparato para, de maneira coercitiva, quebrar contratos e impor regulações não técnicas sobre os regulados.

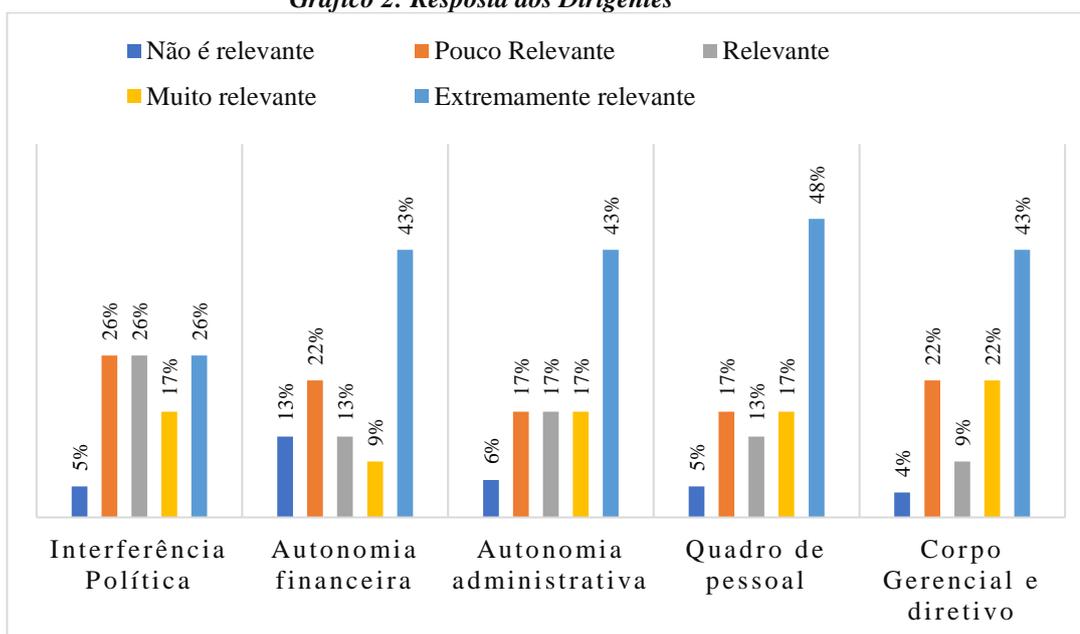
Muitas vezes, ao fazê-lo, alega a predominância do interesse social, ainda que não observe o impacto econômico que as medidas adotadas acarretem o aumento dos custos transferidos à população, como demonstrado pelo TJSP no julgamento de inconstitucionalidade da Lei Municipal nº 5.960/2017. Conforme aponta Stigler, ao invés de atender a interesses públicos e sociais, a regulação facilmente pode passar a servir a grupos políticos ou econômicos – o que demonstra que a captura não se aplica somente a agentes privados, mas também ao setor público.

Recentemente, a Associação Brasileira de Agências de Regulação – ABAR divulgou estudo em que coleta a percepção de dirigentes e reguladores de diversas

agências reguladoras infranacionais quanto à atualização do marco regulatório do Saneamento Básico. Consoante explica a metodologia da pesquisa, foram enviados, por meio eletrônico, questionários quali-quantitativos a 66 (sessenta e seis) agências, dos quais 143 profissionais de 48 destas agências forneceram retorno.

Para fins deste trabalho, extrai-se o questionamento da ABAR aos dirigentes e reguladores quanto à percepção de relevância dos desafios de interferência política, autonomia financeira, autonomia administrativa, quadro de pessoal e corpo gerencial e diretivo. Eis as respostas dos dirigentes das agências infranacionais coletadas pela ABAR:

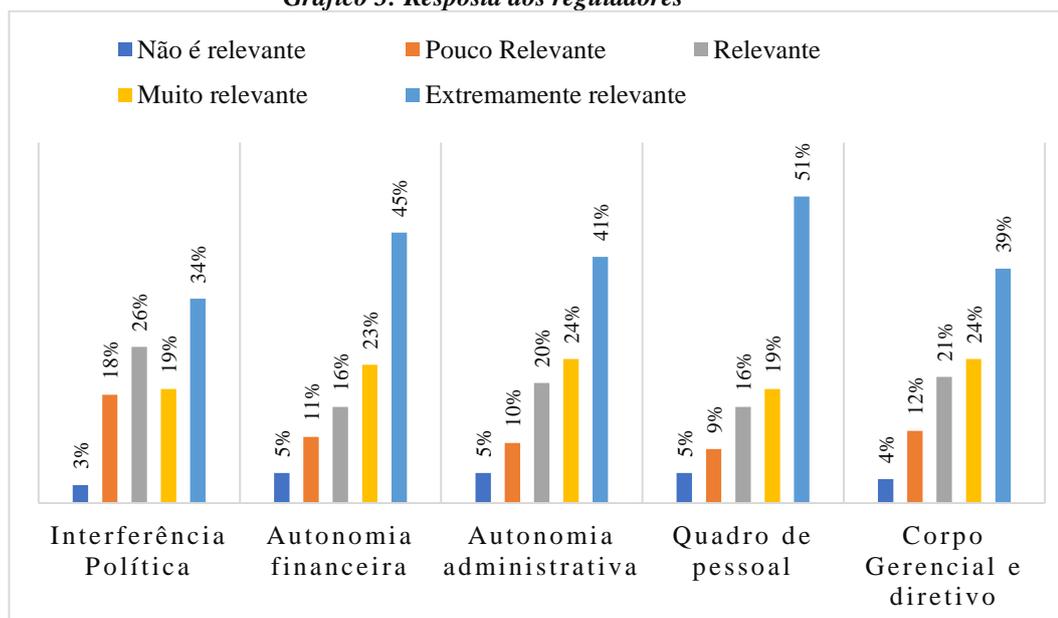
Gráfico 2: Resposta dos Dirigentes



Fonte: reprodução adaptada ABAR, 2021.

O mesmo questionário foi aplicado aos reguladores das agências infranacionais e a ABAR obteve os seguintes resultados:

Gráfico 3: Resposta dos reguladores



Fonte: reprodução adaptada ABAR, 2021.

Diante desses dados, verifica-se que para 69% dos dirigentes entrevistados a interferência política é um dado relevante, muito relevante ou extremamente no exercício da atividade regulatória em suas agências. Este número é ainda maior quando a perspectiva considerada é a dos reguladores: 79% acredita que a interferência política é um desafio relevante, muito relevante ou extremamente relevante nas agências reguladoras em que atuam.

Interessante notar também que somados os critérios de relevância, muita relevância e extrema relevância, na visão dos reguladores, são desafios presentes para garantir o amadurecimento institucional de que tratam os autores até aqui trabalhados: autonomia financeira (84%); autonomia administrativa (85%); quadro de pessoal (86%); corpo gerencial e diretivo (84%). Conforme se nota no gráfico 2, os números são harmônicos também com a visão dos dirigentes. Estes dados sustentam a percepção de que o ocorrido no âmbito do Município de Sumaré não é um caso isolado e que a interferência de agentes políticos sobre o exercício da atividade regulatória das agências do setor de saneamento básico é algo rotineiro.

Ademais, a ABAR reforça em outros trechos de seu relatório que 74% dos dirigentes e 75% dos reguladores acreditam que o Novo Marco pode exercer um impacto positivo sobre a governança das agências infranacionais. Somados os critérios positivo e muito positivo, eis os números obtidos pelos questionários aplicados aos reguladores em

outras temas em que o Novo Marco pode contribuir: autonomia (51%); segurança jurídica (67%); tecnicidade (66%); e transparência (64%).

Nesse sentido, pode-se concluir que, ao menos no entendimento dos reguladores infranacionais, o treinamento de pessoal e os manuais e normas de referência editados pela ANA devem contribuir para elevar a qualidade regulatória das agências subnacionais (vide tópico 4.5). É de se observar também que, ainda que as normas editadas pela ANA não sejam de caráter cogente, o *spending power* da União – a qual condiciona o acesso aos recursos em que haja participação federal ao cumprimento das normas de referência editadas pela ANA e da legislação vigente – servem como poderoso mecanismo indutor para aquelas agências que almejam obter autonomia financeira e administrativa.

6 CONCLUSÃO

O presente trabalho de pesquisa buscou compreender em que medida o ilícito do abuso de poder regulatório impacta na política pública de promoção do saneamento básico. Para isso, fez-se uma análise do atual quadro do setor e partiu-se da hipótese de que o Novo Marco legal, instituído primordialmente pela Lei nº 14.026/2020, contém dispositivos que podem contribuir para a sua melhoria regulatória. Contudo, a qualidade efetiva dessa contribuição está diretamente atrelada à capacidade das instituições e organizações promover o texto legal.

Dessa maneira, buscou-se demonstrar que as instituições podem ser compreendidas como um conjunto de normas formais e informais que estabelecem as regras do jogo e são transmitidas geração após geração, criando a cultura regulatória (NORTH, 2018). As organizações, por sua vez, são os atores que operam as instituições e aplicam de forma consciente ou involuntária as suas regras.

No caso concreto, as instituições podem ser compreendidas como as leis e normas formais e informais que regulam a prestação dos serviços de saneamento básico, ao passo que as organizações são compostas pelos Poderes Legislativo, Executivo, Judiciário, agências reguladoras e regulados. Disso é possível extrair que instituições e organizações não são estanques e se moldam de forma simultânea – tanto o regulador modula a norma ao aplicá-la como a norma pode induzir o comportamento do regulador.

Justamente por esta razão, o papel de uma regulação bem estruturada é encontrar objetos erráticos dentro de ambas a fim de corrigir as suas falhas para proporcionar aos

regulados a proteção de direitos. Notadamente, o direito à igualdade de condições concorrenciais (IÓRIO, 2019).

Nessa perspectiva, a Análise de Impacto Regulatório (AIR) é uma ferramenta que busca auxiliar os reguladores, fornecendo-lhes instrumentais para auferir as consequências decorrentes da edição das normas (MENEGUIN; SAAB, 2020). Isto é, toda atividade regulatória possui custos de ordens diversas e a melhor alocação de recursos dependerá da análise dos possíveis cenários.

Quando a observância às boas práticas regulatórias é negligenciada, cria-se um ambiente em que se manifesta o **abuso de poder regulatório**. Em outras palavras, a regulação é feita de tal maneira que fomenta reservas de mercado, favorece grupos econômicos específicos, engessa possibilidades de inovação, eleva desnecessariamente custos de transação, impede a melhor alocação de recursos etc.

Diante disso, a redução do abuso de poder regulatório em qualquer setor perpassa pela adoção de regras claras, com a redação de enunciados simples, concisos e que não deixem dúvidas a respeito de titularidades, direitos e deveres dos regulados. Assim sendo, pode-se dizer que há pelo menos três eixos ou pilares do Novo Marco que contribuem para a melhoria da regulação do saneamento básico.

O primeiro eixo visa promover melhorias através do amadurecimento organizacional do setor (tópico 4.5). Para isso, o mecanismo escolhido pelo legislador é o da adoção da ANA enquanto agência reguladora nacional padronizadora da prestação dos serviços de saneamento básico. Dessa maneira, tendo em vista que a competência da União se restringe à criação de diretrizes, o Novo Marco condicionou o acesso aos fundos de financiamento em que haja a participação da União às agências que demonstrarem conformidade às normas de referência editadas pela ANA.

A ideia é que, com a capacitação de pessoal, a edição de manuais e a adoção de normas de referência técnicas pautadas em estudos das melhores práticas setoriais, haja ganhos de qualidade regulatória, especialmente para as agências reguladoras infranacionais pouco estruturadas. Isso é positivo na medida em que o setor ganha normas de referência que podem auxiliar a resolução de conflito, inclusive, por parte do poder judiciário.

Contudo, buscou-se demonstrar também (capítulo 5) que o modelo de regulação por agências apresenta limitações e não está imune às capturas de interesses por parte do poder público ou privado (STIGLER, 1971). Isto é dizer, ao mesmo tempo em que as agências reguladoras podem propiciar a uniformidade regulatória de normas de um setor

que representa um monopólio natural a fim de garantir uma performance satisfatória (POSNER, 1965), elas também podem ser instrumentalizadas por grupos de interesses que almejam obter privilégios (MUSSI; OLIVEIRA, 2018).

Dessa forma, a escolha do primeiro eixo pode evitar o abuso de poder regulatório porque estabelece parâmetros a serem seguidos. No entanto, é positiva estritamente na medida em que a ANA se demonstrar capaz de estabelecer normas de referência pautadas por estudos de análise de impacto regulatório, pela identificação das melhores práticas setoriais e observar os princípios da transparência, eficiência e tecnicidade. Do contrário, substituirá eventuais abusos cometidos em âmbito local por outros impostos de cima para baixo.

O segundo eixo adotado pelo Novo Marco que pode contribuir não só para o ganho da qualidade regulatória como também da prestação de serviços é a vedação dos contratos de programa. Consoante demonstrado (tópico 4.6), essa modalidade contratual diz respeito ao negócio jurídico usualmente firmado entre um Município e uma companhia estadual – empresa pública ou sociedade de economia mista – prestadora dos serviços de saneamento básico (CESB). No entanto, marca-se pela dispensa de processo licitatório.

Ao vedar essa possibilidade, o legislador busca uma tentativa de oxigenar o setor, visto que, na prática, estes instrumentos criam uma reserva de mercado para as CESBs no qual elas sequer precisam disputar por meio licitatório as melhores propostas com as demais empresas. Ademais, demonstrou-se por meio de dados do SNIS que, em 2019, havia 888 contratos de programa irregulares, dos quais 69,71% encontravam-se em **situação deficitária**.

Na prática, isso implica dizer que as CESBs que operam no vermelho não possuem recursos suficientes para promover a universalização dos serviços. Ademais, os custos decorrentes da administração deficitária são naturalmente repassados aos usuários dos serviços, seja por meio de tarifas ou de tributos. Isto, por si só, demonstra que o modelo de prestação escolhido é deficitário e que a mera normatização de um direito não lhe confere resultados práticos.

Por esta razão, mais eficiente do que discutir se o saneamento básico é um serviço que atua como elemento de dignidade humana ou um direito fundamental em si mesmo, é criar mecanismos que propiciem a sua concretização. A esse respeito, a realidade empírica brasileira demonstra que, pelo menos até o advento do Novo Marco, o modelo adotado era precário e muito aquém do desejado. Nesse sentido, ressalvadas as particularidades de um monopólio natural regulado, possibilitar a abertura de mercado e

estimular a concorrência da prestação dos serviços pode se demonstrar um grande acerto da nova legislação.

O terceiro eixo introduzido pelo novo marco consiste em estruturar modelos de prestação regionalizada. A partir disso, espera-se que, por meio de ganhos de escala, Municípios pouco atraentes para investidores públicos ou privados de forma isolada sejam inseridos em blocos junto com outros Municípios mais atraentes a fim de que nenhum fique fora da prestação de serviços. Assim, tal qual demonstrado ao longo dos tópicos 4.7.3, 4.7.4 e 4.7.5, o Novo Marco estabelece a comprovação de regionalização dos serviços como uma das condições de acesso aos fundos de financiamento em que haja a participação da União.

Diante de todo o exposto, pode-se concluir que a **hipótese de partida da pesquisa é verdadeira**. Isto é, o abuso de poder regulatório afeta diretamente o setor de saneamento básico, sendo as capturas regulatórias e as interferências políticas objeto de preocupação de gestores e dirigentes das agências subnacionais. Consoante demonstrado no capítulo 5, para manter a sustentabilidade econômico-financeira dos contratos não é incomum que as empresas que operam no setor precisem judicializá-los a fim de se blindar contra interferências políticas. Não é incomum, também, que estas mesmas empresas tenham que dispendir altos valores com recursos, quando a intervenção na atividade econômica parte do próprio poder judiciário.

Diante desses abusos, pode-se dizer que o Novo Marco contém dispositivos diversos que, se não resolvem por completo, ajudam a dirimir as arbitrariedades típicas de um setor em que há muitas sobreposições normativas e muitos agentes de todos os níveis federativos atuando. Nesse sentido, cita-se, por exemplo, a positivação da titularidade dos serviços em casos de arranjos complexos, de que as agências infranacionais são autarquias especiais dotadas de independência administrativa e financeira, a necessidade de que as normas observem a análise de impacto regulatório e sejam redigidas prezando pelos princípios de eficiência, tecnicidade e sustentabilidade dos contratos. Contudo, somente o tempo dirá se o remodelamento das instituições (normas formais e informais) será capaz de transformar o comportamento das organizações que atuam no setor (especialmente: agências reguladoras, reguladores, legisladores e concessionárias).

Destarte, pode-se dizer que o Novo Marco tem potencial para universalizar o acesso aos serviços de saneamento básico e instituir maior abertura de mercado não só por meio da regionalização, mas também de práticas regulatórias que, se capazes de

materializar o direito positivo, podem atrair investimentos e gerar maior segurança jurídica e transparência. Contudo, a regulação, por si só, não surtirá efeito se não for acompanhada pelo amadurecimento das instituições formais e informais e das organizações que as operam.

BIBLIOGRAFIA

- ABCON. *Panorama da participação privada no saneamento. Tempo de avançar*. 2020. Disponível em: <https://www.abconsindcon.com.br/wp-content/uploads/2020/08/Panorama2020-baixa-FINAL.pdf>. Acesso em: 12.10.2021.
- ABCON, KPMG. *Quanto custa universalizar o saneamento no Brasil?* 2020. Disponível em: <https://assets.kpmg/content/dam/kpmg/br/pdf/2020/07/kpmg-quanto-custa-universalizar-o-saneamento-no-brasil.pdf>. Acesso em 03.10.2021.
- ALVIM, J. E. *Carreira Teoria geral do processo / J. E. Carreira Alvim*. – 23. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020.
- BARROSO, Luís Roberto. *Saneamento básico: competências constitucionais da União, Estados e Municípios*. Revista de informação legislativa, v. 38, n. 153, p. 255-270, jan./mar. 2002. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/762>. Acesso em: 10.10.2021.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 1988.
- _____. Decreto nº 427/69 Dispõe sobre a tributação do imposto de renda na fonte, registro de letras de câmbio e notas promissórias e dá outras providências. 1969.
- _____. Decreto nº 591/92. *Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*. 1992.
- _____. Decreto nº 678/92. *Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969*. 1992.
- _____. Decreto Legislativo nº 89/92. *Aprova a solicitação de reconhecimento da competência obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos para fatos ocorridos a partir do reconhecimento, de acordo com o previsto no parágrafo primeiro do art. 62 daquele instrumento internacional*. 1998.
- _____. Decreto nº 4.463/02. *Promulga a Declaração de Reconhecimento da Competência Obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos, sob reserva de reciprocidade, em consonância com o art. 62 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José), de 22 de novembro de 1969*. 2002.
- _____. Decreto nº 9.203. *Dispõe sobre a política de governança da administração pública federal direta, autárquica e fundacional*. 2017.
- _____. Lei nº 13.848. *Dispõe sobre a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das agências reguladoras*. 2019.

_____. Lei nº 13.874. *Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica; estabelece garantias de livre mercado.* 2019.

_____. AGÊNCIA NACIONAL DE ÁGUAS. Resolução nº 64/ANA, de 1º de março de 2021. *Aprova o Eixo Temático 5 -Normas de Referência para o Saneamento e atualiza a Agenda Regulatória da ANA, para o período 2020/2021.* 2021.

_____. AGÊNCIA NACIONAL DE ÁGUAS. Resolução nº 79/ANA, de 1º de março de 2021. *Aprova a norma de referência nº 1.* 2021.

_____. MINISTÉRIO DA ECONOMIA. Portaria nº 12.302, de 28 de novembro de 2019. *Dispõe sobre a criação do Programa de Melhoria Contínua da Competitividade e cria o Comitê Deliberativo de Melhoria Contínua da Competitividade e dá outras providências.*

_____. Ministério do Desenvolvimento Regional. Secretaria Nacional de Saneamento – SNS. Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento: *25º Diagnóstico dos Serviços de Água e Esgotos – 2019.* Brasília: SNS/MDR, 2020. 183 p.: il.

_____. Ministério da Saúde. Boletim Epidemiológico. Secretaria de Vigilância em Saúde: *Malária 2020, Número especial.* Nov. 2020. Brasília: SVS/MS, 2020. 118 p.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.842/RJ.* Rel. para acórdão Min. Gilmar Ferreira Mendes.

CAPEZ, Fernando. *Sobre os controles de constitucionalidade e de convencionalidade. Publicado em Conjur.* 2021. Acesso em 01.10.2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jun-17/controversias-juridicas-control-convencionalidade>

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual direito administrativo / José dos Santos Carvalho Filho.* – 35. ed. – Barueri [SP]: Atlas, 2021.

_____. *Yakye Axa vs. Paraguay.* Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/04/357a11f7d371f11c8a840b78dde6d3e7.pdf>. Acesso em: 05.10.2021.

_____. *Xákmok Kásek vs. Paraguay.* Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_214_por.pdf. Acesso em: 05.10.2021.

_____. *Sawhoyamaya vs. Paraguay.* Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_146_ing.pdf. Acesso em: 05.10.2021.

_____. Lhaka Honhat v. Argentina. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_400_ing.pdf. Acesso em: 29.10.2021.

DA COSTA, Eduardo Cunha; LOUREIRO, Gustavo Karcher. *O problema da titularidade dos serviços públicos de saneamento básico e os interesses federativos intermediários*. Disponível em: <https://ceri.fgv.br/sites/default/files/publicacoes/2021-09/titularidade-dos-serivcos-de-saneamento.pdf>. Acesso em 12.10.2021

Corte Interamericana de Direitos Humanos. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/04/7c950d67d3a97c9f9ce9607f8f21a34a.pdf>. Acesso em: 05.10.2021.

FINK, G., GÜNTHER, I. *The Impact and Cost of Water and Sanitation Infrastructure*. Development Economics Prospects Group, World Bank; Zurich, Switzerland: 2011. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1799842. Acesso em: 06.10.2021.

HEINEN. *Setor de saneamento básico brasileiro reclama mais obra e menos regra*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jul-21/heinen-complexidade-regulatoria-saneamento-basico>. Acesso em: 17.10.2021.

NORTH, Douglas C. *Instituições, Mudança Institucional e desempenho econômico*/ Douglas C. North; tradução Alexandre Morales. São Paulo: Três Estrelas, 2018.

MANKIW, N. G. *Introdução à economia – Tradução da 8ª edição norte-americana*. São Paulo: Cengage Learning Brasil, 2019. 9788522127924. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522127924/>. Acesso em: 04 out. 2021.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional* / Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco. – 13. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MENEGUIN, Fernando B; SAAB, Flávio. *Análise de Impacto Regulatório: perspectivas a partir da Lei de Liberdade Econômica*. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/ CONLEG/ Senado. Mar. 2020. Texto para discussão nº 271.

MENEGUIN, Fernando B.; OLIVEIRA, Amanda Flávio de. *Moratória e serviços essenciais: medida bem-intencionada com efeitos indesejáveis*. Brasília: 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/moratoria-e-servicos-essenciais-medid-a-bem-intencionada-com-efeitos-indesejaveis-16042020>. Acesso em: 17.10. 2021.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de, 1689 – 1755. *O Espírito das Leis*/ Montesquieu; apresentação Renato Janine Ribeiro; tradução Cristina Muracho. – São Paulo: Martins Fontes, 1996. – (Paidéia). Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/2963710/mod_resource/content/0/Montesquieu-O-espírito-das-leis_completo.pdf. Acesso em: 18.10.2021.

MUSSI, Douglas Miranda; OLIVEIRA, Amanda Flávio de. *Agências reguladoras demais: entre teoria, prática e custo do modelo*. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/agencias-reguladoras-demais-entre-teoria-pratica-e-custo-do-modelo-20122018>. Acesso em: 18.10.2021.

OCDE. *Recomendação do conselho sobre política regulatória e governança*. Disponível em: <https://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/Recommendation%20PR%20with%20co%20ver.pdf>. Acesso em: 17.10.2021.

OEA. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/port/1948%20Declara%C3%A7%C3%A3o%20Universal%20dos%20Direitos%20Humanos.pdf>. Acesso em 05.10.2021.

OLIVEIRA, Carlos Roberto de, em FROTA, Leandro; AIETA, Vânia. *Universalização da regulação e os desafios do novo marco do saneamento em: Marco Regulatório do Saneamento Básico: Lei nº 14.026/2020 / coordenadores: Leandro Frota, Vânia Aieta - Brasília: OAB Editora, 2021. Págs. 103 – 121.*

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. *Direito Internacional Público e Privado: Incluindo Noções de Direitos Humanos e de Direito Comunitário/ Paulo Henrique Gonçalves Portela – 9. Ed. rev. atual. e ampl. – Salvador: JusPODIVM, 2017.*

WEBER, Max, 1864-1920. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva / Max Weber; tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa; Revisão técnica de Gabriel Cohn - Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília: São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 1999. 586 p.*

OMS. *Water, sanitation, hygiene and health: a primer for health professionals*. Geneva: World Health Organization; 2019 (WHO/CED/PHE/WSH/19.149). License: CC BY-NC-SA 3.0 IGO. Disponível em: <https://www.who.int/publications/i/item/WHO-CED-PHE-WSH-19.149>. Acesso em: 05.10.2021.

OLIVEIRA, Sonaly Duarte de. *Fluxo de água virtual no Brasil*. Sonaly Duarte de Oliveira – Campina Grande, 2015, 158F.: il. color. Tese (Doutorado em Meteorologia – Universidade Federal de Campina Grande, Centro de Tecnologia e Recursos Naturais, 2015.

OMS. *World health statistics 2021: monitoring health for the SDGs, sustainable development goals*. Geneva: World Health Organization; 2021. License: CC BY-NC-SA 3.0 IGO. Disponível em:

<https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/342703/9789240027053-eng.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 05.10.2021.

POSNER, Richard A. "*Natural Monopoly and Its Regulation*," 21 *Stanford Law Review* 548 (1968). Disponível em:

https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2861&context=journals_articles. Acesso em: 17.10.2020.

REZENDE, LFM; ELUF-NETO, J. *Fração atribuível populacional: planejamento de ações de prevenção de doenças no Brasil*. *Revista de Saúde Pública*. 2016; 50:30.

Disponível em:

<https://www.scielo.br/j/rsp/a/znVK3PFbLwsQhVg38gNnNsg/?lang=pt&format=pdf>.

Acesso em: 05.10.2021.

UNICEF. United Nations Inter-agency Group for Child Mortality Estimation (UN IGME), '*Levels & Trends in Child Mortality: Report 2020, Estimates developed by the United Nations Inter-agency Group for Child Mortality Estimation*', United Nations Children's Fund, New York, 2020.

WORLD BANK. 2017. *Joining Forces for Better Services? When, Why, and How Water and Sanitation Utilities Can Benefit from Working Together*. Washington, DC, World Bank.