



Aspectos Jurídicos do **Saneamento** **Básico**

Editores

João de Almeida
João Luiz da Silva Almeida

Conselho Editorial

Adriano Pilatti
Alexandre Bernardino Costa
Alexandre Moraes da Rosa
Ana Alice De Carli
Anderson Soares Madeira
André Abreu Costa
Beatriz Souza Costa
Bleine Queiroz Caúla
Caroline Regina dos Santos
Daniele Maghelly Menezes Moreira
Diego Araujo Campos
Elder Lisboa Ferreira da Costa
Emerson Garcia
Firly Nascimento Filho
Flávio Ahmed
Frederico Antonio Lima de Oliveira
Frederico Price Grechi

Geraldo L. M. Prado
Gina Vidal Marcilio Pompeu
Gisele Cittadino
Gustavo Noronha de Ávila
Gustavo Sénéchal de Goffredo
Helena Elias Pinto
Jean Carlos Dias
Jean Carlos Fernandes
Jeferson Antônio Fernandes Bacelar
Jerson Carneiro Gonçalves Junior
João Carlos Souto
João Marcelo de Lima Assafim
João Theotônio Mendes de Almeida Jr.
José Emilio Medauar
José Ricardo Ferreira Cunha
Josiane Rose Petry Veronese
Leonardo El-Amme Souza e Silva da Cunha

Lúcio Antônio Chamon Junior
Luigi Bonizzato
Luis Carlos Alcoforado
Luiz Henrique Sormani Barbugiani
Manoel Messias Peixinho
Marcellus Polastri Lima
Marcelo Ribeiro Uchôa
Márcio Ricardo Staffen
Marco Aurélio Bezerra de Melo
Marcus Mauricius de Holanda
Ricardo Lodi Ribeiro
Roberto C. Vale Ferreira
Salaah Hassan Khaled Jr.
Sérgio André Rocha
Sidney Guerra
Simone Alvarez Lima
Victor Gameiro Drummond

Conselheiros beneméritos

Denis Borges Barbosa (*in memoriam*)
Marcos Juruena Villela Souto (*in memoriam*)

Conselho Consultivo

Andréa Mendes de Almeida Scherer Navarro
Antonio Carlos Martins Soares
Artur de Brito Gueiros Souza

Caio de Oliveira Lima
Francisco de Assis M. Tavares
Ricardo Máximo Gomes Ferraz

Filiais

Sede: Rio de Janeiro
Rua Octávio de Faria, nº 81 –
Sala 301
CEP: 22795-415
Recreio dos Bandeirantes – Rio de Janeiro – RJ
Tel. (21) 3933-4004 / (21) 3249-2898

São Paulo (Distribuidor)
Rua Sousa Lima, 75 –
CEP: 01153-020
Barra Funda – São Paulo – SP
Telefax (11) 5908-0240

Minas Gerais (Divulgação)
Sergio Ricardo de Souza
sergio@lumenjuris.com.br
Belo Horizonte – MG
Tel. (31) 9-9296-1764

Santa Catarina (Divulgação)
Cristiano Alfama Mabilia
cristiano@lumenjuris.com.br
Florianópolis – SC
Tel. (48) 9-9981-9353



Coordenadores:

André Saddy

Rodrigo da Fonseca Chauvet

Aspectos Jurídicos do **Saneamento** **Básico**

Coautores:

Ana Paula de Almeida – André Saddy – Bruna Cavalcante

Drubi Burger – Camila Gonçalves da Silva – Cintia da Silva

Flávio Luiz de A. Lobo – Guilherme Mello Graça

Guilherme Villela Pignataro – Laone Lago – Luca Moura

Mandarino – Marcelo Lesniczki Martins de Campos Ferreira

Pedro Henrique De Mattos Rennó – Rodrigo da Fonseca

Chauvet – Rodrigo Garrido Dias – Sergio Foster Perdigão

Tábata Poleze Figueiredo

EDITORA LUMEN JURIS

RIO DE JANEIRO

2017

Copyright © 2017 by André Saddy e
Rodrigo da Fonseca Chauvet

Categoria: Direito Administrativo

PRODUÇÃO EDITORIAL
Livraria e Editora Lumen Juris Ltda.

Diagramação: Bianca Callado

A LIVRARIA E EDITORA LUMEN JURIS LTDA.
não se responsabiliza pelas opiniões
emitidas nesta obra por seu Autor.

É proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer
meio ou processo, inclusive quanto às características
gráficas e/ou editoriais. A violação de direitos autorais
constitui crime (Código Penal, art. 184 e §§, e Lei nº 6.895,
de 17/12/1980), sujeitando-se a busca e apreensão e
indenizações diversas (Lei nº 9.610/98).

Todos os direitos desta edição reservados à
Livraria e Editora Lumen Juris Ltda.

Impresso no Brasil
Printed in Brazil

CIP-BRASIL. CATALOGAÇÃO-NA-FONTE

Aspectos Jurídicos do saneamento básico / André Saddy, Rodrigo da Fonseca Chauvet (coordenadores). – Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2017.
300 p. : il., gráficos, tabelas ; 23 cm.

Inclui bibliografia.

ISBN 978-85-519-0516-6

1. Direito administrativo. 2. Saneamento. 3. Saúde pública – Administração. I. Saddy, André. II. Chauvet, Rodrigo da Fonseca. III. Título.

CDD 342.8106

Ficha catalográfica elaborada por Ellen Tuzi CRB-7: 6927

Sobre os Autores

Ana Paula de Almeida

Bacharel em Direito pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Residente Jurídico da Procuradoria do Estado do Rio de Janeiro. Advogada.

André Saddy

Pós-Doutor pelo Centre for Socio-Legal Studies da Faculty of Law da University of Oxford. Doutor Europeu em “Problemas actuales de Derecho Administrativo” pela Facultad de Derecho da Universidad Complutense de Madrid, com apoio da Becas Complutense Predoctorales en España. Mestre em Administração Pública pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, com apoio do Programa Alban, Programa de Bolsas de Alto Nível da União Europeia para América Latina. Pós-graduado em Regulação Pública e Concorrência pelo Centro de Estudos de Direito Público e Regulação (CEDIPRE) da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Professor da Faculdade de Direito, do Mestrado em Direito Constitucional e do Doutorado em Justiça Administrativa da Universidade Federal Fluminense (UFF). Diretor Presidente do Centro de Estudos Empírico Jurídico (CEEJ). Consultor e parecerista.

Bruna Cavalcante Drubi Burger

Mestre em Direito Econômico e Desenvolvimento, pela Universidade Candido Mendes; Especialista em Direito Processual Civil Pela Universidade Candido Mendes; Membro da Comissão de Estudos Regulados da OAB-RJ; Assistente de ensino e Pesquisadora da Fundação Getúlio Vargas – FGV; Professora e Advogada.

Camila Gonçalves da Silva

Pós Graduada em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (Puc Minas). Bacharel em Direito pela Universidade do Grande Rio (Unigranrio). Membro do Grupo de Estudos de Direito Administrativo – GDA. Advogada.

Cíntia da Silva

Pós-Graduada em direito Administrativo Econômico pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC/RIO). Graduada em Direito pela Universidade do grande Rio (UNIGRANRIO). Membro do Grupo de Direito Administrativo (GDA).

Flávio Luiz de A. Lôbo

Advogado, especialista em Direito Público pela Universidade Católica de Petrópolis e em Direito Administrativo Econômico pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

Guilherme Mello Graça

Mestre em Relações Internacionais pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Mestrando em Direito Constitucional pelo Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Universidade Federal Fluminense (PPGDC-UFF). Procurador Municipal. Advogado.

Guilherme Villela Pignataro

Pós-graduado em Direito Administrativo Empresarial pela Universidade Cândido Mendes. Pós-graduado em Direito Ambiental pela Universidade Federal do Paraná. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Professor da Fundação Getúlio Vargas (FGV). Advogado Pleno da PETROBRAS.

Laone Lago

Doutorando em Ciências Jurídicas e Sociais na Universidade Federal Fluminense – UFF. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro – UNIRIO. Especialista em Advocacia Pública pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Professor de Direito Público na Escola Nacional de Serviços Urbanos – ENSUR. Consultor jurídico no Programa de Qualificação da Gestão Ambiental – PQGA, do Instituto Brasileiro de Administração Municipal – IBAM. Professor de *Consensualidade e Poder Público* no MEDIARE. Advogado colaborativo e consultor jurídico.

Luca Moura Mandarin

Membro do Grupo de Estudos de Direito Administrativo (GDA). Bacharel em Direito pela FGV-RJ. Advogado.

Marcelo Lesniczki Martins de Campos Ferreira

Pós-graduado em Direito Financeiro e Tributário pela Universidade Federal Fluminense (UFF/RJ). Membro da Comissão de Direito Urbanístico da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB/RJ). Membro da Câmara de Comércio e Indústria Brasil-Alemanha do Rio de Janeiro (AHK/RJ). Membro do Grupo de Estudos de Direito Administrativo do Rio de Janeiro (GDA/RJ). Ex-Assessor Jurídico de Órgão Julgador do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJ/RJ). Ex-Assessor Jurídico da Companhia Estadual de Águas e Esgotos (CEDAE/RJ). Advogado e Parecerista.

Pedro Henrique de Mattos Rennó

Pós-graduando em Direito e Economia da Regulação e Concorrência pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Graduado em Direito pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Membro da Comissão de Estudos Regulados da OAB/RJ (CER). Membro do Grupo de Estudos de Direito Administrativo (GDA). Membro do Grupo de Estudo Compliance Rio. Assistente de Ensino da FGV/Rio. Advogado. pedro.renno@icloud.com

Rodrigo da Fonseca Chauvet

Doutorando em Direito – Justiça Administrativa pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Mestre em Direito pela Universidade Cândido Mendes (UCAM). Pós-graduado em Direito Administrativo Empresarial pela Universidade Cândido Mendes (UCAM). Graduado em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professor de Pós-graduação da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC/Rio). Membro do Instituto de Direito Administrativo do Estado do Rio de Janeiro (IDAERJ). Fundador e Coordenador Geral do Grupo de Estudos de Direito Administrativo (GDA). Membro do Centro de Estudos Empírico Jurídico (CEEJ). Advogado.

Rodrigo Garrido Dias

Mestrando em Direito Constitucional pela UFF (Niterói/RJ). Pós graduado em Direito Público pela FAPRO (Brasília/DF). Bacharel em Direito pela UNISINOS (São Leopoldo/RS). Membro do Grupo de Estudos de Direito Administrativo – GDA. Advogado.

Sergio Foster Perdigão

Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal Fluminense. Pós-Graduação em Direito Administrativo Empresarial pela Universidade Cândido Mendes. Graduação pela Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Membro do Grupo de Estudos de Direito Administrativo – GDA.

Tábata Poleze Figueiredo

Bacharel em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Advogada.

Prólogo

O saneamento básico consiste em atividade de fundamental importância para qualquer sociedade. É capaz de fortes impactos econômicos e sobretudo sociais.

A interconexão do tema com a saúde e o meio ambiente e, consequentemente, com o desenvolvimento econômico definem a importância do debate e impõem medidas prospectivas mais reais de políticas públicas para o setor.

É nesse contexto que a presente obra se insere, fruto de debates e pesquisas do Grupo de Estudos de Direito Administrativo (GDA) realizados no decorrer do ano de 2016.

Esse grupo de estudos foi criado em 27 de março de 2014, unindo professores, pesquisadores, advogados, agentes públicos e estudantes, com o objetivo maior de discutir o Direito Administrativo, repensar suas bases e premissas e avaliar a forma como está sendo aplicada essa área tão importante do direito.

Assim, após a consolidação do grupo, em 2014, seu primeiro ano de existência, o GDA, que é hoje vinculado a Universidade Federal Fluminense e se encontra dentro do Diretório de Grupos de Pesquisa – Plataforma Lattes – CNPq, decidiu aprofundar a avaliação de temas específicos.

No decorrer do ano de 2015, o objeto da pesquisa consistiu no transporte aquaviário de passageiros, com foco na concessão vigente no Estado do Rio de Janeiro. Os estudos realizados originaram o primeiro livro produzido pelo GDA, qual seja, “Aspectos Jurídicos do Transporte Aquaviário de Passageiros”, lançado pela Editora Lumen Juris.

No ano seguinte (2016), o tema escolhido, objeto do presente trabalho, foi o saneamento básico.

Assim, temos o enorme prazer de apresentar os resultados dos estudos e pesquisas por meio da presente obra coletiva que brinda o leitor com os temas debatidos ao longo do ano.

O desafio encarado com garra e dedicação por todos do GDA gerou essa obra importante para o cenário jurídico. Por isso, agradecemos a todos que es-

creveram e também aqueles que, diretamente ou indiretamente, contribuíram com a produção do trabalho.

E o GDA prossegue a sua caminhada estudando agora a relação do direito administrativo com as novas tecnologias.

Outubro de 2017, Rio de Janeiro, Brasil

André Saddy
Rodrigo da Fonseca Chauvet

Sumário

Prólogo.....	IX
O Conceito de Saneamento	1
<i>Bruna Cavalcante Drubi Burger</i>	
O Saneamento Básico e a Dogmática dos Direitos Fundamentais	25
<i>Cintia da Silva</i>	
<i>Luca Moura Mandarino</i>	
Planejamento Público e Saneamento Básico	49
<i>Camila Gonçalves da Silva</i>	
<i>Sergio Foster Perdigão</i>	
Distribuição e Conflitos de Competência no Âmbito do Saneamento Básico: Município como Ente Titular da Prestação do Serviço.....	71
<i>Guilherme Mello Graça</i>	
<i>Ana Paula de Almeida</i>	
As Regiões Metropolitanas e o Serviço Regionalizado de Saneamento.....	93
<i>Rodrigo Garrido Dias</i>	
Consórcio Público em Matéria de Saneamento Básico: Gestão Associada de Cooperação Voluntária como Alternativa Viável ao Cenário Brasileiro.....	109
<i>Laone Lago</i>	
Regulação do Saneamento Básico: Obrigatoriedade da Existência de uma Entidade que Preste e Outra que Regule e Fiscalize os Serviços de Saneamento Básico.....	133
<i>André Saddy</i>	

Desestatização do Setor de Saneamento Básico: uma Nova Perspectiva de Reorganização e Desenvolvimento do Setor a fim de Atrair Investimentos de Capital Privado	153
<i>Marcelo Lesniczki Martins de Campos Ferreira</i>	
Concessões Tradicionais e Parcerias Público Privadas no Setor de Saneamento Básico	187
<i>Rodrigo da Fonseca Chauvet</i>	
Remuneração pela Prestação de Serviços de Saneamento Básico	205
<i>Guilherme Villela Pignataro</i>	
Aspectos Tributários no Setor de Saneamento Básico	241
<i>Pedro Henrique de Mattos Rennó</i>	
Política Nacional de Resíduos Sólidos: Perspectivas, Impactos e Desafios para Efetividade	265
<i>Flávio Luiz de A. Lôbo</i>	
<i>Tábata Poleze Figueiredo</i>	

O Conceito de Saneamento

Bruna Cavalcante Drubi Burger¹

Sumário: *Introdução; 1. A evolução do conceito de saneamento no Brasil; 2. O conceito de abastecimento de água; 3. O conceito de esgotamento sanitário 4. O conceito de limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos urbanos; 5. O conceito de drenagem e manejo de águas pluviais urbanas; Conclusões; Referências.*

Introdução

O objetivo do presente texto é apresentar e destrinchar o conceito de saneamento, em todas as suas nuances, a fim de definir o alcance da política pública para o setor. A importância coletiva dessa atividade faz do saneamento não apenas um direito, mas um dever de todos.

Um dado que chama atenção é a estimativa de que, para cada dólar investido em saneamento básico e água, o PIB global cresce 1,5% e sejam economizados 4,3 dólares em saúde no mundo. Apesar de parecer lógico que o investimento no setor não é algo sem retorno, ainda não há políticas de investimento efetivo para acabar com as suas lacunas. Por esse motivo, milhares de pessoas no mundo ainda são suscetíveis a doenças como a diarreia – a segunda maior causa de morte entre crianças abaixo dos cinco anos –, o cólera, a hepatite e a tifoide, por conta de condições precárias de saneamento, água e higiene.²

Outro dado que é de grande valia nessa introdução é a informação de que o Brasil, em 2000, produzia e distribuía cerca de 44 milhões de metros cúbicos de água por dia. Desses, apenas cinco milhões de metros cúbicos retornavam

1 Mestre em Direito Econômico e Desenvolvimento, pela Universidade Candido Mendes; Especialista em Direito Processual Civil Pela Universidade Candido Mendes; Membro da Comissão de Estudos Regulados da OAB-RJ; Assistente de ensino e Pesquisadora da Fundação Getúlio Vargas – FGV; Professora e Advogada. brunadrubi@gmail.com.

2 Informações obtidas em: <<https://nacoesunidas.org/oms-para-cada-dolar-investido-em-agua-e-saneamento-economiza-se-43-dolares-em-saude-global/>>. Acesso em: 12 de março de 2017.

ao meio ambiente com tratamento adequado, ou seja, cerca de 39 milhões de metros cúbicos de água não sofrem tratamento, e, em grande parte, foram despejados *in natura* no solo ou em cursos d'água.³

A evolução do conceito de saneamento é demonstrada no primeiro capítulo deste texto, desde a concepção clássica ou mais estreita, que envolvia apenas abastecimento de água e esgotamento sanitário – que vigorou praticamente todo o século XX, até se chegar ao enfoque da lei atual, Lei Federal nº 11.445/2007. A nova lei adotou a concepção ampliada de saneamento, ao conceituar saneamento como conjunto de serviços, infraestrutura e instalações operacionais de abastecimento de água potável, esgotamento sanitário, limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos, drenagem e manejo das águas pluviais urbanas.

O segundo tópico trata da definição do sistema de abastecimento de água atual, que é feito em seis etapas: (i) reservação de água bruta; (ii) captação; (iii) adução de água bruta; (iv) tratamento de água; (v) adução de água tratada; e (vi) reservação de água tratada.

Já no terceiro tópico, é trazido o conceito de esgotamento sanitário, com a descrição do processo de coleta, transporte, tratamento e disposição final dos resíduos.

O quarto tópico traz o tema da limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos, entrando em um dos temas novos incorporados ao conceito de saneamento pela Lei 11445/2010. Vai se tratar do alcance e do processo de limpeza urbana, além de destrinchar as atividades do manejo de resíduos sólidos, que envolvem sua coleta e transbordo, transporte, triagem para fins de reutilização ou reciclagem, tratamento e disposição final.

Por fim, será abordado o tema da drenagem urbana, que envolve (i) drenagem urbana de águas pluviais; (ii) transporte de águas pluviais urbanas; (iii) detenção ou retenção das vazões cheias; e (iv) tratamento e disposição final das águas pluviais drenadas nas áreas urbanas. Nesse ponto, será demonstrado como a drenagem urbana moderna preocupa-se com desenvolvimento urbano de forma harmônica, articulada e sustentável e não apenas com a canalização de água.

3 Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE. Pesquisa Nacional de Saneamento Básico. IBGE: Rio de Janeiro, 2000.

1. A evolução do conceito de saneamento básico no Brasil

Até o início do século XIX no Brasil, o abastecimento de água era bastante precário e a coleta de esgotos praticamente não existia. No final do mesmo século, com o crescimento da população urbana e a ameaça constante de epidemias nos grandes centros, o tema do saneamento passa a fazer parte da pauta da gestão governamental dos grandes centros. É nesse momento que surgem as primeiras redes de água e esgotos nos principais centros da época: Rio de Janeiro, São Paulo e Recife⁴.

O primeiro modelo de exploração do serviço de saneamento básico no Brasil se deu por delegação a empresas estrangeiras pelo Governo Federal, que se encarregavam da construção e da prestação do serviço. Em virtude do enorme crescimento urbano por que passava o país, em 1934 é editado o Código de Águas, Decreto Federal nº 24.643/1934. Por esse, há divisão de competência administrativa na exploração do serviço entre os entes federativos e a previsão de nacionalização da sua prestação. Com isso, o Estado passa a atuar na exploração direta do saneamento e as concessionárias estrangeiras no Brasil foram, aos poucos, encampadas, por força do art. 195, do Código:

Art. 195. As autorizações ou concessões serão conferidas exclusivamente a brasileiros ou a empresas organizadas no Brasil. § 1º As empresas a que se refere este artigo deverão constituir suas administrações com maioria de diretores brasileiros, residentes no Brasil, ou delegar poderes de gerência exclusivamente a brasileiros.

§ 2º Deverão essas empresa manter nos seus serviços, no mínimo, dois terços de engenheiros e três quartos de operários brasileiros.

§ 3º Se fora dos centros escolares, mantiverem mais de cinquenta operários, com a existência entre os mesmos e seus filhos, de, pelo menos, dez analfabetos, serão obrigadas a lhes proporcionar ensino primário gratuito.

Nesse momento, os serviços de saneamento básico abrangiam apenas tratamento e distribuição de água e esgotamento sanitário, concepção essa que irá

4 MARINHO, Maria do Socorro Japiassu, Regulação dos serviços de saneamento no Brasil (água e esgoto). 2006. 216f. Tese (Doutorado em Desenvolvimento Econômico). Universidade Federal do Paraná (UFPR), Curitiba, 2006, p.90.

durar até a virada do século. Nas décadas seguintes à edição do código de águas houve pouco avanço quanto ao tema. Até a década de 1960, faltou uma política nacional, regional ou estadual de financiamento, o que fez com que os índices de atendimento desses serviços fossem bem baixos. A essa altura, o Brasil estava em penúltimo lugar entre os países da América Latina no nível de atendimento do setor, com menos de 50% da população urbana atendida com água e apenas 25% por esgotos sanitários.⁵

Segundo Maria do Socorro Japiassu Marinho⁶, “a estruturação de um modelo de oferta e de financiamento estatal para esses serviços somente se viabilizou com as reformas estruturais centralizadoras realizadas pelo governo militar, no período 1964-1966, no âmbito do então Programa de Ação Econômica do Governo (PAEG).” Diversos programas, modelos de financiamento e estruturas foram pensadas e criadas a partir do PAEG, a fim de atender melhor as demandas do setor. Mesmo assim, continuaram existindo dificuldades para o financiamento.

Foi nessa época que surgiu o primeiro conceito oficial de saneamento, no Plano Nacional de Saneamento (PLANASA), instituído pelo Banco Nacional de Habitação em 1971. Esse Plano considerou saneamento básico como abastecimento de água e esgotamento sanitário, ainda sem incluir os resíduos sólidos e a drenagem das águas pluviais. Nesse mesmo sentido, houve a publicação da Lei Federal n.º 6.528/1978 e seu decreto regulamentar, Decreto Federal n.º 82.587/1978, que trouxeram ao ordenamento pátrio o que se pode chamar de conceito de Saneamento Básico *strictu sensu*, ou seja, que conceituam saneamento apenas no exercício de duas atividades: abastecimento de água (i) e esgotamento sanitário (ii), verbis:

Lei Federal n.º 6.528/1978

Art. 2º - Os Estados, através das companhias estaduais de saneamento básico, realizarão estudos para fixação de tarifas, de acordo com as normas que forem expedidas pelo Ministério do Interior.

5 MARINHO, Maria do Socorro Japiassu, Regulação dos serviços de saneamento no Brasil (água e esgoto). 2006. 216f. Tese (Doutorado em Desenvolvimento Econômico). Universidade Federal do Paraná (UFPR), Curitiba, 2006, p.91.

6 MARINHO, Maria do Socorro Japiassu, Regulação dos serviços de saneamento no Brasil (água e esgoto). 2006. 216f. Tese (Doutorado em Desenvolvimento Econômico). Universidade Federal do Paraná (UFPR), Curitiba, 2006, p. 91-92.

§ 1º - Para os efeitos desta Lei, equiparam-se às companhias estaduais de saneamento básico as que, sob o controle acionário do Poder Público, construírem, operarem e mantiverem em funcionamento serviços de abastecimento de água e de esgotos sanitários no Distrito Federal e nos Territórios. (grifou-se)

Decreto Federal nº 82.587/1978

Art. 2º - São serviços públicos de saneamento básico, integrados ao PLANASA, aqueles administrados e operados por companhias de saneamento básico, constituídas pelos Governos Estaduais que, em convênio com o Banco Nacional da Habitação, estabelecem as condições de execução do Plano, nos respectivos Estados, observados os objetivos e metas fixados pelo Governo Federal.

§ 1º - Para os efeitos deste Decreto, equiparam-se às companhias estaduais de saneamento básico as que, sob o controle acionário do Poder Público, atuarem no Distrito Federal e nos Territórios.

§ 2º - Os serviços públicos de saneamento básico compreendem:

a) - os sistemas de abastecimento de água definidos como conjunto de obras, instalações e equipamentos, que têm por finalidade captar, aduzir, tratar e distribuir água;

b) - os sistemas de esgotos, definidos como o conjunto de obras, instalações e equipamentos, que têm por finalidade coletar, transportar e dar destino final adequado às águas residuárias ou servidas. (grifo nosso)

Essa abordagem mais restrita do conceito de saneamento durou até o esvaziamento do PLANASA, no final da década de 1980. Ao longo dessa década, a nova Constituição da República é formulada. Na Constituição de 1988, o termo “saneamento básico” aparece em três momentos: (i) no art. 21, a fim de firmar competência da União para dar diretrizes gerais para seu desenvolvimento; (ii) art. 23, a fim de firmar competência comum dos entes federados na promoção de programas voltados para sua melhoria e; (iii) art. 200, o mais inovador, que trata da questão do saneamento dentro das competências do sistema único de saúde, ao afirmar que a ele compete “participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico.”

A Lei que cria o Sistema Único de Saúde, Lei Federal nº 8.080/1990, trouxe como obrigação desse sistema promover, proteger e recuperar a saúde, en-

globando a promoção de ações de saneamento básico e de vigilância sanitária. “A noção de saúde contemplada na Lei considera como seus fatores determinantes e condicionantes, entre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais.”⁷ Com isso, o saneamento básico assume papel central na política de saúde pública, reconhecidamente relevante para a melhoria das condições de saúde da população.

Assim, o conceito *strictu sensu* de saneamento durou até a publicação da Lei nº 11.445/2007, Lei Federal de Saneamento Básico, promulgada após intensos processos de negociação entre diversos atores sociais, que estabelece as diretrizes nacionais para o saneamento básico e para a política federal de saneamento básico. Por essa lei, uma abordagem mais ampla do conceito de saneamento básico foi incorporado ao ordenamento pátrio, como se pode observar pela leitura do seu artigo 3º, I, *in verbis*:

I - saneamento básico: conjunto de serviços, infra-estruturas e instalações operacionais de:

a) abastecimento de água potável: constituído pelas atividades, infra-estruturas e instalações necessárias ao abastecimento público de água potável, desde a captação até as ligações prediais e respectivos instrumentos de medição;

b) esgotamento sanitário: constituído pelas atividades, infra-estruturas e instalações operacionais de coleta, transporte, tratamento e disposição final adequados dos esgotos sanitários, desde as ligações prediais até o seu lançamento final no meio ambiente;

Dos coletores-tronco, os esgotos vão para os interceptores, que são tubulações maiores, normalmente próximas aos rios. De lá, o destino será uma Estação de Tratamento, que tem a missão de devolver a água, em boas condições, ao meio ambiente, ou reutilizá-la para fins não potáveis.

c) limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos: conjunto de atividades, infra-estruturas e instalações operacionais de coleta, transporte, trans-

7 BRASIL. Plano Nacional de Saneamento Básico. Ministério das Cidades. Secretaria Nacional de Saneamento Ambiental: Brasília, 2014. p. 27.

bordo, tratamento e destino final do lixo doméstico e do lixo originário da varrição e limpeza de logradouros e vias públicas;

d) drenagem e manejo das águas pluviais urbanas: conjunto de atividades, infra-estruturas e instalações operacionais de drenagem urbana de águas pluviais, de transporte, detenção ou retenção para o amortecimento de vazões de cheias, tratamento e disposição final das águas pluviais drenadas nas áreas urbanas;

Segundo Paulo Lomar, a Lei adotou definição ampliada do conceito de serviço público de saneamento, ao incorporar a limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos e a drenagem e manejo de águas pluviais.⁸ Com isso, uniformizou-se o entendimento do alcance do conceito de saneamento e a consequente responsabilidade que deve ser assumida pelo Poder Público em território nacional. Importante mencionar ainda a discussão terminológica que envolve saneamento, se “básico” ou “ambiental”. Há quem defenda que saneamento ambiental é um gênero do qual saneamento básico seria a espécie. Essa seria uma discussão mais antiga, antes da incorporação da limpeza urbana e do manejo de águas pluviais ao conceito de saneamento. Floriano Marques demonstra essa distinção com a remissão à Lei de Concessões, Lei 9074/95, em seu art. 2º, que expressamente diferencia saneamento básico de limpeza urbana.¹⁰

Há quem defenda, por sua vez, que o termo “saneamento ambiental” tem o escopo um pouco mais abrangente que “saneamento básico”, uma vez que aquele envolveria diversos aspectos de atividades ligadas ao meio ambiente e que estariam relacionadas com obrigações impostas tanto ao poder público como à

8 LOMAR, Paulo José Villela. Dos princípios fundamentais. In: MUKAI, Toshio (Coord.). Saneamento básico: diretrizes gerais: comentários à lei 11.445 de 2007. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 24.

9 Art. 2º É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios executarem obras e serviços públicos por meio de concessão e permissão de serviço público, sem lei que lhes autorize e fixe os termos, dispensada a lei autorizativa nos casos de saneamento básico e limpeza urbana e nos já referidos na Constituição Federal, nas Constituições Estaduais e nas Leis Orgânicas do Distrito Federal e Municípios, observado, em qualquer caso, os termos da Lei no 8.987, de 1995. (grifo nosso)

10 NETO, Floriano Azevedo Marques. As Parcerias Público-Privadas no Saneamento Ambiental. REDAE: Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 2., maio-jul, 2005, p. 23. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/artigo/floriano-de-azevedo-marques-neto/as-parcerias-publico-privadas-no-saneamento-ambiental>. Acesso em: 21.07.2017.

sociedade civil. Por força do art. 225, da Constituição de 1988¹¹, preservação do meio ambiente de forma equilibrada para as futuras gerações é dever de todos. Dessa forma, como expõe um dos defensores dessa corrente, Paulo Lomar, o combate à poluição sonora, do ar e da água “integra o conceito de saneamento ambiental, mas não o conceito de saneamento básico”¹².

Escolhe-se usar o termo saneamento ambiental nessa proposição conceitual, uma vez que não se deve pensar em saneamento como algo básico que envolva apenas obrigação de cuidado pelo poder público e que envolva apenas tratamento de esgoto e distribuição de água. As externalidades inerentes ao saneamento tornam a sua fruição compulsória a grande parte dos seus usuários. A definição do escopo do saneamento servirá de vetor para diversas políticas públicas, como saúde, meio ambiente, meio urbano e recursos hídricos.

Diante do exposto, finalizamos esse breve histórico da evolução do conceito de saneamento básico, a fim de concluir, para os fins de política pública determinada em lei, que saneamento básico engloba quatro atividades: (i) abastecimento de água; (ii) esgotamento sanitário; (iii) limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos; (iv) drenagem e manejo de águas pluviais urbanas. Com isso, passamos a analisar cada uma das atividades que integram o conceito.

2. O conceito de abastecimento de água

Dentre os pontos que integram o conceito de saneamento, o abastecimento de água é o mais antigo dentre os prestados pelo poder público. Inicialmente, a prestação desse serviço se dava com o alargamento de lagoas. Depois houve a utilização de aquedutos com o desagüe em chafarizes, onde a população deveria recolher a água em potes de barro ou em carroças com dois barris, além da criação do modelo de cisternas, para captação de águas da chuva. No final do século XVIII, após o aumento da população, surge demanda pela entrega de água de forma intermitente. Nesse momento, começam a utilizar melhor os

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

12 LOMAR, Paulo José Villela. Dos princípios fundamentais. In: MUKAI, Toshio (Coord.). Saneamento básico: diretrizes gerais: comentários à lei 11.445 de 2007. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 25.

mananciais, para o abastecimento da cidade, que irá evoluir até o modelo de abastecimento atual.¹³

Atualmente, o termo abastecimento de água vem descrito no Decreto Federal n.º 7.217/2010, conforme se pode observar pela leitura do seu artigo 4º:

Dos Serviços Públicos de Abastecimento de Água

Art. 4º Consideram-se serviços públicos de abastecimento de água a sua distribuição mediante ligação predial, incluindo eventuais instrumentos de medição, bem como, quando vinculadas a esta finalidade, as seguintes atividades:

I - reservação de água bruta;

II - captação;

III - adução de água bruta;

IV - tratamento de água;

V - adução de água tratada; e

VI - reservação de água tratada.

A reservação de água bruta é a fonte de onde se retira a água, que pode ser uma represa, um rio ou um poço. A captação, por sua vez, é o conjunto de equipamentos e instalações que retiram a água da reservação bruta, a fim de lançá-la no sistema de abastecimento. Nesse ponto, os problemas que devem ser administrados pelos prestadores são a poluição de corpos hídricos; a degradação de nascentes, matas ciliares e zonas de recarga de águas subterrâneas; investimentos insuficientes em infraestrutura hídrica; ineficiência ou ausência de gestão integrada de recursos hídricos; variabilidade climática; e práticas agrícolas inadequadas. Todos esses problemas apresentados podem reduzir o corpo hídrico e levar o prestador a lidar com a escassez de água.

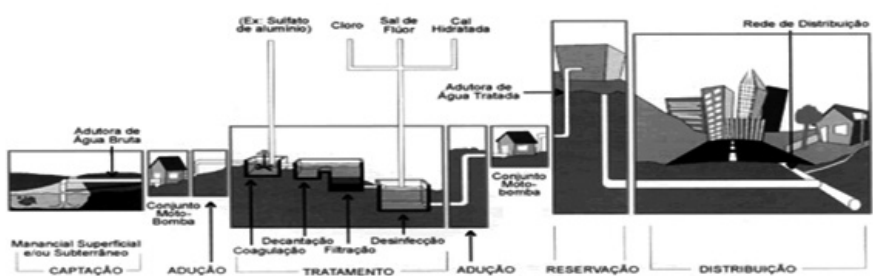
Adução é o nome das tubulações que ligam a captação à estação de tratamento e que ligam a estação de tratamento às redes de distribuição. As estações de tratamento podem existir ou não, dependendo da qualidade da água captada. Os problemas que o prestador tem de administrar na adução envolvem

¹³ Disponível em: <https://www.cedae.com.br/abastecimento/tipo/historia-da-agua>. Acesso em 22 de janeiro de 2016.

as perdas pela antiguidade dos dutos e manutenção inadequada, sobrecarga dos mesmos e ação de terceiros, entre outras.

Por fim, a reservação de água tratada é o acúmulo de água própria para consumo que visa ao atendimento da população, mediante a manutenção constante de pressão na rede. Esses são reservatórios de distribuição de água. Na distribuição, o principal problema envolve a perda da água tratada que chega a 37% da mesma e um segundo problema a administrar é a relação com o usuário, a cobrança pelo uso, manipulação do medidor, falta de pressão nos canos, etc. Isso tudo leva a uma perda financeira total de 39%, conforme dados do SINIS de 2013¹⁴. Segundo o instituto Trata Brasil, essas perdas equivalem a cerca de 80% dos investimentos em água e esgoto realizados em 2013.¹⁵ Esse conceito de abastecimento de água em seis etapas pode ser melhor compreendido com a seguinte imagem, com a qual se conclui o presente tópico:

16



3. O conceito de esgotamento sanitário

Inicialmente, a população vivia perto das fontes de água e não havia qualquer preocupação com a deposição dos seus resíduos, que na maioria das vezes eram jogados na mesma fonte de água que eram usadas para o abastecimento. Durante o século XVIII, com o aumento das cidades, verificou-se a relação nefasta entre os graves problemas de saúde pública e a ausência de coleta de esgoto e já no começo

14 Disponível em: <http://www.snis.gov.br/diagnostico-agua-e-esgotos/diagnostico-ae-2013>. Acesso em: 22 de julho de 2017.

15 Disponível em: <http://www.tratabrasil.org.br/perdas-de-agua-desafios-ao-avanco-do-saneamento-basico-e-a-escassez-hidrica-2> Acesso em: 22 de julho de 2017.

16 Disponível em: http://www.rce.org.br/rce/sanea_agua.html. Acesso em: 22 de janeiro de 2017.

do século XIX, começam-se os primeiros experimentos com esgotamento sanitário, inclusive no Brasil, nas cidades de Rio de Janeiro e São Paulo.¹⁷

A expansão demográfica e das indústrias têm como consequência mais imediata o aumento de consumo de água e a ampliação constante do volume de águas não reaproveitáveis. Essas águas com resíduos, quando não tratadas ou condicionadas de modo adequado, podem contaminar o solo e a água que servirá para o abastecimento da população. Por isso, a extrema necessidade de tratamento do esgoto.

De acordo com sua origem, os esgotos podem ser classificados em: (i) esgoto sanitário ou doméstico ou comum; (ii) esgoto industrial; e (iii) esgoto pluvial. Segundo Carlos Fernando, (i) o esgoto sanitário pode ser considerado toda a vazão esgotável originada do desempenho das atividades domésticas, ou seja, da residência das pessoas; (ii) O esgoto industrial é aquele gerado através das atividades industriais; e (iii) o esgoto pluvial tem a sua vazão gerada a partir da coleta de águas de escoamento superficial das chuvas e, em alguns casos, lavagem das ruas e de drenos subterrâneos ou de outro tipo de precipitação atmosférica.¹⁸

A definição legal do termo vem trazida pelo Decreto Federal n.º 7.217/2010, em seu artigo 9º. Esse dispositivo trata como serviço público apenas o esgotamento sanitário, ou seja, o esgoto doméstico, sendo certo que o tema do esgotamento pluvial também é tratado como serviço público, mas dentro do tema da drenagem urbana de águas pluviais, *in verbis*:

Dos Serviços Públicos de Esgotamento Sanitário

Art. 9º Consideram-se serviços públicos de esgotamento sanitário os serviços constituídos por uma ou mais das seguintes atividades:

I - coleta, inclusive ligação predial, dos esgotos sanitários;

II - transporte dos esgotos sanitários;

III - tratamento dos esgotos sanitários; e

IV - disposição final dos esgotos sanitários e dos lodos originários da operação de unidades de tratamento coletivas ou individuais, inclusive fossas sépticas.

17 FERNANDES, Carlos. Esgotos Sanitários. Ed. Univ./UFPB: João Pessoa, 1997. Disponível em: http://www.dec.ufcg.edu.br/saneamento/ES00_00.html?submit=%CDndica+de+Esgotos+Sanit%EIrios. Acesso em: 14 de março de 2017.

18 FERNANDES, Carlos. Esgotos Sanitários. *Op.cit.*

§ 1º Para os fins deste artigo, a legislação e as normas de regulação poderão considerar como esgotos sanitários também os efluentes industriais cujas características sejam semelhantes às do esgoto doméstico.

Como se pode observar, o esgotamento industrial, por exclusão, não é considerado serviço público, ou seja, é atividade econômica em sentido estrito e sua coleta, tratamento e disposição deve ser feita às expensas daquele que o produzir, podendo sofrer controle pelo Estado por meio do poder de polícia administrativa. A exceção a essa regra encontra-se no § 1º do artigo supra citado, uma vez que os efluentes industriais podem ser considerados esgotos domésticos e serem sujeitos ao serviço público de saneamento, quando estes tiverem características semelhantes às daquele.

A coleta e transporte dos esgotos sanitários coletivos são feitas por um conjunto de condutos e obras, que se denomina rede coletora. As águas coletadas poderão ser desaguadas em estado bruto, caso a área que a receba tenha capacidade de absorver a carga orgânica total delas. É comum em grandes cidades que o lançamento de esgoto na natureza seja feito por meio de emissários com elevatória, para o despejo do esgoto no mar ou em rio caudalosos.

Caso não haja capacidade de absorção dos da carga orgânica a ser disposta pelos corpos receptores, haverá a necessidade de uma estação de tratamento de esgoto. O principal objetivo da estação é preservar o equilíbrio do ambiente sobre o qual se dispõe esse esgoto. Nesse caso, a água é tratada a fim de retornar ao meio ambiente de forma menos impactante.

Os sistemas individuais de tratamento de esgoto poderão ser adotadas na ausência de rede pública de esgotamento sanitário, observadas as normas editadas pela entidade reguladora e pelos órgãos responsáveis pelas políticas ambientais, de saúde e de recursos hídricos, na forma do art. 11, §1º, do Decreto Federal acima mencionado. Esses sistemas consistem no lançamento dos resíduos de esgotamento gerados por uma habitação, usualmente em fossa séptica seguida de dispositivo de infiltração no solo - sumidouro, irrigação sub-superficial.

Vale acrescentar, por fim, que a ação de saneamento executada por meio de soluções individuais não será considerada serviço público, quando o usuário não depender de terceiros para operar os serviços, nos termos do art. 2º, §1º, do Decreto Federal.¹⁹

¹⁹ É importante mencionar também que os recursos hídricos não integram os serviços públicos de saneamento básico, conforme disposição do parágrafo único do art. 4º, da Lei n.º 11.445/2007.

Com isso, fecha-se o tópico sobre esgotamento sanitário e passa-se ao manejo de resíduos sólidos.

4. O conceito de limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos urbanos

No que tange ao serviço público de limpeza urbana e de manejo de resíduos sólidos urbanos, a Lei Federal n.º 11.445/2007, em seu art. 7º, afirma que o mesmo é composto pelas seguintes atividades:

I - de coleta, transbordo e transporte dos resíduos relacionados na alínea c do inciso I do caput do art. 3º desta Lei;²⁰

II - de triagem para fins de reuso ou reciclagem, de tratamento, inclusive por compostagem, e de disposição final dos resíduos relacionados na alínea c do inciso I do caput do art. 3º desta Lei;

III - de varrição, capina e poda de árvores em vias e logradouros públicos e outros eventuais serviços pertinentes à limpeza pública urbana.

Ao tratar do conceito de limpeza urbana, a lei limita-se a lixo doméstico e o oriundo da varrição de ruas, o que poderia dar a entender que a limpeza urbana seria apenas aqueles produzidos nas residências. Porém, esse não é o entendimento esposado nas demais leis que tratam do assunto.

Para Paulo Lomar, a Lei n.º 11.445/2007 não define o conceito de lixo doméstico para o efeito de sua aplicação, deixando para o ente titular da prestação do serviço de saneamento a incumbência de fixar qual o limite do serviço de limpeza urbana que será prestado em regime público e qual aquele que será prestado em regime privado.²¹ O manejo de resíduos considerados como obri-

20 Art. 3º Para os efeitos desta Lei, considera-se: I - saneamento básico: conjunto de serviços, infraestruturas e instalações operacionais de: (...) c) limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos: conjunto de atividades, infraestruturas e instalações operacionais de coleta, transporte, transbordo, tratamento e destino final do lixo doméstico e do lixo originário da varrição e limpeza de logradouros e vias públicas (...).

21 LOMAR, Paulo José Villela. Dos princípios fundamentais. In: MUKAI, Toshio (Coord.). Saneamento básico: diretrizes gerais: comentários à lei 11.445 de 2007. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 28

gação do poder público pode incluir o manejo de lixo não doméstico, como o comercial, como se verá adiante.²²

A Lei que institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos, em seu art. 3º, inciso XVI, traz o conceito legal de resíduos sólidos:

XVI - resíduos sólidos: material, substância, objeto ou bem descartado resultante de atividades humanas em sociedade, a cuja destinação final se procede, se propõe proceder ou se está obrigado a proceder, nos estados sólido ou semissólido, bem como gases contidos em recipientes e líquidos cujas particularidades tornem inviável o seu lançamento na rede pública de esgotos ou em corpos d'água, ou exijam para isso soluções técnica ou economicamente inviáveis em face da melhor tecnologia disponível;

Segundo Paulo Lomar, “habitualmente, os tipos de lixo ou de resíduos sólidos são classificados segundo sua origem e o seu grau de risco em relação ao ser humano e ao meio ambiente”²³. A partir do conceito legal acima exposto, podemos definir o escopo do serviço público voltado para o manejo de resíduos sólidos urbanos, conforme descrito no Decreto Federal n.º 7.217/2010, em seu art. 12:

Dos Serviços Públicos de Manejo de Resíduos Sólidos Urbanos

Art. 12. Consideram-se serviços públicos de manejo de resíduos sólidos as atividades de coleta e transbordo, transporte, triagem para fins de reutilização ou reciclagem, tratamento, inclusive por compostagem, e disposição final dos:

22 No município do Rio de Janeiro, por exemplo, a Lei Municipal 3273/2001, traz as seguintes definições para o tema:

Art. 1º Esta Lei normatiza as atividades inerentes ao Sistema de Limpeza Urbana do Município do Rio de Janeiro. §1º Define-se Sistema de Limpeza Urbana como o conjunto de meios físicos, materiais e humanos que possibilitam a execução das atividades de limpeza urbana, de acordo com os preceitos de engenharia sanitária e ambiental. §2º Define-se como Atividade de Limpeza Urbana toda e qualquer ação de caráter técnico-operacional necessária ao manuseio, coleta, limpeza de logradouros, transporte, tratamento, valorização e disposição final de resíduos sólidos, incluídos o seu planejamento, regulamentação, execução, fiscalização e monitoramento ambiental. §3º Define-se como Resíduos Sólidos ou Lixo qualquer substância ou objeto, com consistência sólida ou semissólida, de que o detentor se desfaz ou tem a intenção ou a obrigação de se desfazer. §4º Os resíduos sólidos gerados por qualquer pessoa física ou jurídica são considerados propriedade privada, permanecendo, portanto, sob sua inteira responsabilidade até a disposição final.

23 LOMAR, Paulo José Villela. Dos princípios fundamentais. In: MUKAI, Toshio (Coord.). Saneamento básico: diretrizes gerais: comentários à lei 11.445 de 2007. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 25.

I - resíduos domésticos;

II - resíduos originários de atividades comerciais, industriais e de serviços, em quantidade e qualidade similares às dos resíduos domésticos, que, por decisão do titular, sejam considerados resíduos sólidos urbanos, desde que tais resíduos não sejam de responsabilidade de seu gerador nos termos da norma legal ou administrativa, de decisão judicial ou de termo de ajustamento de conduta; e

III - resíduos originários dos serviços públicos de limpeza pública urbana, tais como:

a) serviços de varrição, capina, roçada, poda e atividades correlatas em vias e logradouros públicos;

b) asseio de túneis, escadarias, monumentos, abrigos e sanitários públicos;

c) raspagem e remoção de terra, areia e quaisquer materiais depositados pelas águas pluviais em logradouros públicos;

d) desobstrução e limpeza de bueiros, bocas de lobo e correlatos; e

e) limpeza de logradouros públicos onde se realizem feiras públicas e outros eventos de acesso aberto ao público.

É excluído do conceito de serviço público de saneamento o manejo de resíduos de responsabilidade do gerador, nos termos do art. 5º, da Lei 11.445/2007. Vale mencionar também que o lixo originário de atividades comerciais, industriais e de serviços cuja responsabilidade pelo manejo não seja atribuída ao gerador pode, por decisão do poder público, ser considerado resíduo sólido urbano.

Quanto ao alcance do termo resíduo sólido, esse pode ser classificado em dois grupos: resíduos sólidos urbanos e resíduos sólidos especiais.²⁴ A compe-

24 No município do Rio de Janeiro, por exemplo, a Lei Municipal 3273/2001, Art. 7º Os resíduos sólidos urbanos, identificados pela sigla RSU, abrangem: I - o lixo domiciliar ou doméstico produzido em habitação unifamiliar ou multifamiliar com características não perigosas, especialmente aquele proveniente das atividades de preparação de alimentos ou da limpeza regular desses locais; II - os bens inservíveis oriundos de habitação unifamiliar ou multifamiliar, especialmente peças de mobília, eletrodomésticos ou assemelhados, cuja forma ou volume os impeçam de ser removidos pelo veículo da coleta domiciliar regular, conforme definida no art. 26; III - os resíduos de poda de manutenção de jardim, pomar ou horta de habitação unifamiliar ou multifamiliar, especialmente troncos, aparas, galhadas e assemelhados, de acordo com as quantidades e periodicidade estabelecidas pelo órgão ou entidade municipal competente; IV - o entulho de pequenas obras de reforma, de demolição ou de construção em habitação unifamiliar ou multifamiliar, especialmente restos de alvenaria, concreto, madeiras, ferragens, vidros e assemelhados, de acordo com as quantidades e periodicidade

tência para a coleta dos resíduos sólidos urbanos é do poder público, por meio do órgão ou entidade competente, ou seja, é serviço público; já a competência da coleta dos resíduos especiais é feita por intermédio do órgão ou entidade competente ou empresa habilitada e credenciada para tal ou ainda pelo próprio gerador, ou seja, é atividade econômica em sentido estrito, cuja competência para a gestão dos resíduos especiais é do gerador, e a regulação e a fiscalização fica a cargo do poder público.

A coleta do lixo normalmente é feita porta a porta pelo prestador do serviço, por meio de caminhões, mas existem localidades onde essa coleta não é feita porta a porta e o lixo deve ser deixado em locais pré-indicados. A coleta porta a porta deve abranger toda a cidade e ter frequência regular, de preferência diária, mas sendo razoável a coleta em dias alternados, para que o lixo não seja guardado por mais de um dia.

estabelecidas pelo órgão ou entidade municipal competente; V - o lixo público, decorrente da limpeza de logradouros, especialmente avenidas, ruas, praças e demais espaços públicos; VI - o lixo oriundo de feiras livres; VII - o lixo oriundo de eventos realizados em áreas públicas; nomeadamente parques, praias, praças, sambódromo e demais espaços públicos; VIII - os excrementos oriundos da defecação de animais em logradouros; IX - o lixo que possa ser tipificado como domiciliar produzido em estabelecimentos comerciais, de serviços ou unidades industriais ou instituições/entidades públicas ou privadas ou unidades de trato de saúde humana ou animal ou mesmo em imóveis não residenciais, cuja natureza ou composição sejam similares àquelas do lixo domiciliar e cuja produção esteja limitada ao volume diário, por contribuinte, de cento e vinte litros ou sessenta quilogramas.

Art. 8º Os resíduos sólidos especiais, identificados pela sigla RSE, abrangem: I - o lixo extraordinário, consistindo na parcela dos resíduos definidos no art. 7º, incisos III, IV e IX que exceda os limites definidos nesta Lei ou estipulados pelo órgão ou entidade municipal competente; II - o lixo perigoso produzido em unidades industriais e que apresente ou possa apresentar riscos potenciais à saúde pública ou ao meio ambiente, devido à presença de agentes biológicos ou às suas características físicas e químicas; III - o lixo infectante resultante de atividades médico-assistenciais e de pesquisa produzido nas unidades de trato de saúde humana ou animal, composto por materiais biológicos ou perfuro-cortantes contaminados por agentes patogênicos, que apresentem ou possam apresentar riscos potenciais à saúde pública ou ao meio ambiente; IV - o lixo químico resultante de atividades médico-assistenciais e de pesquisa produzido nas unidades de trato de saúde humana ou animal, notadamente medicamentos vencidos ou contaminados ou interditados ou não utilizados, e materiais químicos com características tóxicas ou corrosivas ou cancerígenas ou inflamáveis ou explosivos ou mutagênicos, que apresentem ou possam apresentar riscos potenciais à saúde pública ou ao meio ambiente; V - o lixo radioativo, composto ou contaminado por substâncias radioativas; VI - os lodos e lamas, com teor de umidade inferior a setenta por cento, oriundos de estações de tratamento de águas ou de esgotos sanitários ou de fossas sépticas ou postos de lubrificação de veículos ou assemelhados; VII - o material de embalagem de mercadoria ou objeto, para sua proteção e/ou transporte; que apresente algum tipo de risco de contaminação do meio ambiente; VIII - resíduos outros objeto de legislação específica e que os exclua da categoria de resíduos sólidos urbanos, conforme definidos no art. 7º.

Essa coleta pode ser seletiva ou não. Na coleta comum não há qualquer separação dos resíduos em orgânicos ou inorgânicos. Na coleta seletiva há diferenciação dos resíduos recicláveis, que foram previamente separados do lixo orgânico. De acordo com a Política Nacional de Resíduos Sólidos, a implantação da coleta seletiva é obrigação dos municípios e metas referentes à coleta seletiva fazem parte do conteúdo mínimo que deve constar nos planos de gestão integrada de resíduos sólidos dos municípios.

Transbordo também é conhecido como estações de transferência, pois são locais onde os caminhões coletores despejam sua carga dentro de veículos com carrocerias de maior capacidade que seguem até o destino final. O transbordo tem como objetivo reduzir o tempo e o custo com o deslocamento do caminhão coletor desde o ponto final do roteiro até o local de disposição final do lixo.

A triagem que fala a lei refere-se ao processo de separação do lixo na coleta comum. Nesse caso, aproveita-se bem menos o material, pois grande parte dos resíduos recicláveis, ao entrarem em contato com matéria orgânica em decomposição não pode ser aproveitado, por isso, a importância da implantação da coleta seletiva, com a separação dos resíduos de forma prévia.

A disposição final é a última etapa do sistema de limpeza e é uma etapa de suma importância no processo do manejo dos resíduos sólidos, visto que não se deve apenas “esconder” o lixo, mas sim o tratar, para que ele retorne à natureza da forma menos prejudicial possível. Com a publicação da nova política nacional de resíduos sólidos em 2010, foi determinado o estabelecimento de metas para a eliminação e a recuperação dos lixões e para a redução dos rejeitos em si, com o aumento da reciclagem e reaproveitamento dos resíduos.

Com isso, a Lei 12.305/2010, em seu art. 3º, define como destinação final ambientalmente adequada a destinação de resíduos que inclui a reutilização, a reciclagem, a compostagem²⁵, a recuperação e o aproveitamento energético ou outras destinações admitidas pelos órgãos competentes, entre elas a disposição final. A disposição final ambientalmente adequada, por sua vez, é a distribuição ordenada de rejeitos em aterros, de modo a evitar danos ou riscos à saúde pública e à segurança e a minimizar os impactos ambientais adversos.

25 A compostagem é um método de decomposição do material orgânico, que leva à obtenção de composto orgânico para utilização na agricultura. Apesar de ser considerado um método de tratamento, a compostagem também pode ser entendida como um processo de destinação do material orgânico presente no lixo, porque possibilita a redução da quantidade de material a ser disposto no aterro sanitário.

5. O conceito de drenagem e manejo de águas pluviais urbanas

A conscientização sobre a integração ambiental no espaço urbano começou a ser sentida por conta do desenvolvimento urbano caótico e os graves problemas trazidos pela falta de infraestrutura, em que obras de saneamento só eram realizadas depois de crise na saúde pública e na segurança das habitações. Assim, na segunda metade do século XX, as obras de macrodrenagem foram destaque nas ações municipais, com vistas à expansão da cidade e redução de enchentes. É o que se pode extrair pela leitura do trecho abaixo:²⁶

As obras de macrodrenagem, constituídas da execução de projetos de canais – retificação da calha principal, obras de aterros das áreas alagadiças e obras secundárias como bueiros, galerias, bocas-de-lobo –, tornaram-se ações de destaque dos governantes municipais da segunda metade do século XX, com repercussão política significativa e geradora de anseios de desenvolvimento da cidade, particularmente com relação à expansão do acesso viário e ocupação de terras até então inaproveitáveis.

Até meados da década de 1950, não havia no Brasil o desenvolvimento de uma cultura própria na engenharia que permitisse fazer frente aos problemas ligados à urbanização. Além disso, não havia também estudos que permitissem o desenvolvimento de uma hidrologia urbana capaz de adaptar conceitos e técnicas voltadas para a realidade regional. Com isso, o investimento público em drenagem urbana acabou por valorizar intervenções estruturais, onde se predomina obras de canalização em detrimento de ações de planejamento e prevenção, solução que não é mais adotada nos países desenvolvidos desde a década de 1970.

Medidas imediatistas para solução de problemas pontuais são frutos das pressões da população por alguma obra que solucione os problemas locais de inundação. No entanto, obras de canalização, apesar do alto custo, demons-

26 A publicação é um dos produtos da Rede de Pesquisas sobre “Desenvolvimento de sistemas de manejo das águas pluviais urbanas, tais como técnicas de retenção, detenção e reuso, considerando a qualidade da água e a redução dos impactos da poluição nos corpos d'água” do Programa de Pesquisas em Saneamento Básico – PROSAB. RIGHETTO, Antonio Marozzi (coord.). Manejo de Águas Pluviais Urbanas. Rio de Janeiro: ABES, 2009, p. 21.

tram baixa eficácia na capacidade de controle de cheias. Uma vez estabelecida a densificação do espaço urbano, a adoção de medidas eficazes se torna bem mais complicada.²⁷

O conceito clássico de drenagem e manejo de água pluvial vem desse modo de agir antigo em relação ao tema e pode ser definido como o de que “toda água circulante deve ir rapidamente para o esgoto, evitando insalubridades e desconfortos, nas casas e nas ruas”.²⁸ O sistema clássico de drenagem tem seu início nas edificações, onde a água pluvial é recolhida das áreas descobertas, como telhados, por calhas e transportada por dentro da construção, quando necessário, por tubulações e condutores e depois disso, a água recolhida é lançada nas galerias de águas pluviais, pelas quais são transportadas até um corpo de água próximo.²⁹

Assim, pode-se dizer que as ações iniciais de drenagem e manejo de água pluviais eram voltadas para o controle dos problemas urbanos mais imediatos, como o escoamento da água da chuva e controle de enchentes e depois passaram a enfocar a expansão da cidade. Atualmente, a drenagem vai além da promoção do afastamento e escoamento das águas pluviais dos pontos críticos. Esse manejo versa sobre um conjunto de ações que envolvem execuções de grandes e pequenas obras e de planejamento e gestão de ocupação racional do espaço urbano, de forma a se otimizar o bem-estar, a qualidade de vida, a estética e as múltiplas possíveis atividades de utilização do meio ambiente urbano.³⁰ O alcance do conceito atual de drenagem e manejo águas pluviais urbanas vem descrito no Decreto Federal n.º 7.217/2010, conforme se pode observar pela leitura do seu artigo 15º:

27 Atualmente, o Governo Federal tem empreendido esforços no sentido de viabilizar o financiamento de projetos de drenagem urbana sustentável no Brasil. Além disso, contempla um programa de apoio à elaboração de projetos de intervenções não estruturais voltados ao controle de cheias e melhoria das condições sanitárias dos municípios, como transferência das populações sujeitas a inundações, recuperação de várzeas e controle do impacto de enchentes urbanas. Este programa é gerido pelo Ministério das Cidades e operado com recursos do Orçamento Geral da União. RIGHETTO, Antonio Marozzi (coord.). Manejo de Águas Pluviais Urbanas. p. 68.

28 SILVEIRA, A. L. L., 2002. *Apud* RIGHETTO, Antonio Marozzi (coord.). Manejo de Águas Pluviais Urbanas p. 36.

29 HAFNER, 2007. *Apud* RIGHETTO, Antonio Marozzi (coord.). Manejo de Águas Pluviais Urbanas. Rio de Janeiro: ABES, 2009, p. 36.

30 RIGHETTO, Antonio Marozzi (coord.). Manejo de Águas Pluviais Urbanas. Rio de Janeiro: ABES, 2009.

Os Serviços Públicos de Manejo de Águas Pluviais Urbanas

Art. 15. Consideram-se serviços públicos de manejo das águas pluviais urbanas os constituídos por uma ou mais das seguintes atividades:

I - drenagem urbana;

II - transporte de águas pluviais urbanas;

III - detenção ou retenção de águas pluviais urbanas para amortecimento de vazões de cheias, e

IV - tratamento e disposição final de águas pluviais urbanas.

O sistema de drenagem deve ser entendido como o conjunto da infraestrutura existente em uma cidade para realizar a coleta, o transporte e o lançamento final das águas superficiais. As ações relacionadas à drenagem urbana integram-se aos problemas ambientais e sanitários das águas urbanas. As vazões e volumes de inundações continuam sendo um grande problema a administrar, mas se somam à interação com a qualidade das águas, poluição difusa³¹, transporte e retenção de resíduos sólidos e utilização das águas pluviais urbanas como recurso hídrico utilizável e de grande significância ao urbanismo e estética da cidade.³²

Um problema adicional que se tem com sistemas de drenagem é que esses sistemas são muitas vezes vistos por grande parte da população como locais de destino de dejetos e lixo. Por esse motivo, os serviços de limpeza urbana e os sistemas de drenagem se inter-relacionam, porquanto os resíduos sólidos gerados pela população estão diretamente suscetíveis a obstruir e até mesmo danificar os sistemas de macrodrenagem, bem como a poluir o meio ambiente dos rios urbanos.

31 Pode-se considerar poluição difusa como o transporte intermitente de poluentes de origem não pontual para cursos de água superficiais ou para as águas subterrâneas. As redes de drenagem urbanas são responsáveis pela veiculação dessas cargas que são grandes fontes de degradação de rios, lagos e estuários. A origem da poluição difusa é bastante diversificada, podendo vir do lixo acumulado nas ruas e calçadas, atividades de construção civil, resíduos de combustíveis e óleos e graxas deixadas por veículos, entre outros. Segundo Mônica Ferreira do Amaral Porto: • São cargas poluidoras que provêm de atividades que depositam poluentes de forma esparsa sobre a área de contribuição da bacia hidrográfica; • São cargas poluidoras que chegam aos corpos hídricos de forma intermitente, associadas a eventos de precipitação; • São geradas a partir de extensas áreas de ocupação antrópica; • É difícil associar-se a elas um ponto de origem. PORTO, Mônica Ferreira do Amaral. Poluição difusa. São Paulo: Escola Politécnica da USP, 2010. http://www.pha.poli.usp.br/LeArq.aspx?id_arq=4473 Acesso em: 07 de abril de 2017.

32 RIGHETTO, Antonio Marozzi (coord.). Manejo de Aguas Pluviais Urbanas.

Assim, a drenagem urbana moderna preocupa-se com desenvolvimento urbano de forma harmônica, articulada e sustentável. Segundo a Fundação Estadual do Meio Ambiente de Minas Gerais, o sistema de drenagem urbana atual “aponta para a preservação dos cursos d’água, sua despoluição e a manutenção das várzeas de inundação, de forma que não sejam necessárias obras estruturantes, reduzindo-se custos de implantação e problemas provocados pelas mesmas, tirando proveito de seu potencial urbanístico como áreas verdes e parques lineares.”³³ Os reservatórios de detenção são os reservatórios projetados para reter as águas superficiais apenas por curto período após a chuva, já os reservatórios de retenção são os reservatórios de superfície que armazenam um volume de água permanente, com vistas a ao atendimento de finalidades recreativas, paisagísticas, ou até mesmo para abastecimento. Para Carlos Tucci, a principal dificuldade no projeto e na implementação dos reservatórios é transporte de lixo pelos canos de drenagem, que obstrui a entrada dos reservatórios.³⁴

Conclusões

Esse esforço terminológico tem grande relevância para o avanço do alcance do saneamento. A interconexão do tema com a saúde e o meio ambiente e, consequentemente, ao desenvolvimento econômico definem a importância do debate e impõe medidas prospectivas mais reais de políticas públicas para o setor.

A evolução do tema fez com que o alcance do conceito de saneamento fosse alargado, a fim de integrar ao mesmo os temas de limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos e a drenagem urbana e o manejo de águas pluviais. Esse fato se deveu por essa interconexão do tema com saúde e meio ambiente e pela impossibilidade de se cuidar de um aspecto do conceito, sem tratar de outro.

33 Orientações básicas para drenagem urbana / Fundação Estadual do Meio Ambiente . Belo Horizonte: FEAM, 2006. p.9 Disponível em: <http://www.feam.br/images/stories/arquivos/Cartilha%20Drenagem.pdf>. Acesso em: 30 de julho de 2017.

34 Segundo Carlos Tucci, “as detenções são reservatórios urbanos mantidos secos com uso do espaço integrado à paisagem urbana, enquanto que as retenções são reservatórios com lâmina de água utilizados não somente para controle do pico e volume do escoamento, como também da qualidade da água.” TUCCI, Carlos E. M. DRENAGEM URBANA. Cienc. Cult. vol.55 no.4 São Paulo Oct./Dec. 2003. Disponível em: http://cienciaecultura.bvs.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0009-67252003000400020. Acesso em: 30 de julho de 2017.

Com o aumento das cidades, não se tem como pensar em esgotamento sanitário, sem se definir como é feita a sua limpeza ou como se dá a drenagem urbana. Se esses dois aspectos do saneamento forem negligenciados, certamente os dutos de drenagem serão contaminada pelo esgoto, quando não entupidos pelo manejo incorreto dos resíduos sólidos.

Definido o conceito de saneamento, passará o livro a abordar como o mesmo deve ser regulado e executado, a fim de que haja realmente um aumento de políticas públicas voltadas para o setor de forma eficiente.

Referências

FERNANDES, Carlos. Esgotos Sanitários, Ed. Univ./UFPB: João Pessoa, 1997.

LEONAETI, Alexandre Bevilacqua Leoneti; PRADO, Eliana Leão do; OLIVEIRA, Sonia Valle Walter Borges de. Saneamento básico no Brasil: considerações sobre investimentos e sustentabilidade para o século XXI. RAP. Rio de Janeiro, 45(2):331-48, mar./abr. 2011.

MARINHO, Maria do Socorro Japiassu, Regulação dos serviços de saneamento no Brasil (água e esgoto). 2006. 216f. Tese (Doutorado em Desenvolvimento Econômico). Universidade Federal do Paraná (UFPR), Curitiba, 2006.

MUKAI, Toshio (Coord.). Saneamento básico: diretrizes gerais: comentários à lei 11.445 de 2007. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

NETO, Floriano Azevedo Marques. As Parcerias Público-Privadas no Saneamento Ambiental. REDAE: Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 2., maio-jul, 2005, p. 23. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/artigo/floriano-de-azevedo-marques-neto/as-parcerias-publico-privadas-no-saneamento-ambiental>. Acesso em: 21 de julho de 2017.

Orientações básicas para drenagem urbana / Fundação Estadual do Meio Ambiente . Belo Horizonte: FEAM, 2006, p. 9. Disponível em: <http://www.feam.br/images/stories/arquivos/Cartilha%20Drenagem.pdf>. Acesso em: 30 de julho de 2017.

Plano municipal de saneamento básico da cidade do Rio de Janeiro. Drenagem e manejo de águas pluviais urbanas. Rio de Janeiro, 2015.

PORTO, Mônica Ferreira do Amaral. Poluição difusa. São Paulo: Escola Politécnica da USP, 2010. http://www.pha.poli.usp.br/LeArq.aspx?id_arq=4473 Acesso em: 07 de abril de 2017.

RIGHETTO, Antonio Marozzi (coord.). Manejo de Aguas Pluviais Urbanas. Rio de Janeiro: ABES, 2009.

RIOS, Jorge Luis Paes. O plano diretor de abastecimento de água da região metropolitana do Rio de Janeiro. Revista DAE, SABESP. n.160. jan/jun 1991.

SADDY, André. Regulação da prestação direta de serviços públicos: divergências decorrentes do marco regulatório para o saneamento básico. BDA - Boletim de Direito Administrativo, São Paulo, Ano XXXII, n. 4, p. 344-359, abr. 2016.

TUCCI, Carlos E. M. DRENAGEM URBANA. Cienc. Cult. vol.55 no.4 São Paulo Oct./Dec. 2003. Disponível em: http://cienciaecultura.bvs.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0009-67252003000400020. Acesso em: 30 de julho 2017.



O Saneamento Básico e a Dogmática dos Direitos Fundamentais

Cintia da Silva¹

Luca Moura Mandarino²

Sumário: *Introdução; 1. O saneamento dentro da dogmática constitucional; 1.1. A distinção entre direitos humanos e fundamentais; 1.2. A relação do serviço de saneamento com a promoção de direitos fundamentais; 1.2.1. O saneamento básico e o direito à vida; 1.2.2. O saneamento e o direito à saúde; 1.2.3. O saneamento básico e o direito à moradia; 1.2.4. O saneamento básico e o direito humano à Água; 1.2.5. O saneamento e a dignidade da pessoa humana; 2. A classificação literal e a real importância do saneamento básico já ser ou não direito fundamental; 3. A Proposta de Emenda à Constituição nº 2 de 2016 (PEC nº2/2016); 4. Análise da proposta de emenda; Conclusões; Referências.*

Introdução

O presente estudo teve a sua confecção motivada pela apresentação da Proposta de Emenda Constitucional nº 2/2016, a qual visa alterar a redação do art. 6º da Constituição da República Federativa Brasileira de 1988, adicionando o saneamento básico ao rol literal dos direitos sociais nele previstos³.

1 Pós-graduada em Direito Administrativo Econômico pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC/Rio); Graduada em Direito pela Universidade Unigranrio; Membro do Grupo de Estudos de Direito Administrativo (GDA); Advogada. cintia_betit07@hotmail.com

2 Membro do Grupo de Estudos de Direito Administrativo (GDA); Bacharel em Direito pela FGV-RJ; Advogado. lucamoura@outlook.com.br

3 A proposta surgiu como resposta do senado à recente crise de saúde causada pelo vírus Zika que, segundo o congressista apresentador da proposta de emenda, iluminou a magnitude da omissão estatal nas políticas de saúde preventivas. Sendo um dos principais vetores para a prevenção de doenças, o senador entende que o saneamento básico, ainda que consectário lógico do direito a saúde, acaba por ganhar contornos próprios em virtude de ser um dos pilares das políticas de saúde preventivas e a sua precariedade ser um dos principais motivos da pouca efetividade destas. Fonte: SENADO

No âmbito internacional, em 2010, a Assembleia Geral das Nações Unidas, por meio da Resolução nº 64/292 (A/RES/64/292), emitiu seu entendimento de que a água limpa e segura e o saneamento representam um direito humano essencial ao gozo pleno da vida, bem como de todos os demais direitos de mesma natureza⁴. Acompanhando a manifestação da Assembleia, o Conselho de Direitos Humanos, com a intenção de enfatizar o assunto em questão, passou a entender, por meio da Resolução nº 16/2⁵ o acesso à água potável e ao saneamento como sendo um direito humano: um direito à vida e à dignidade humana.

A justificativa em tornar o saneamento um direito humano foi alertar sobre o quadro caótico em que se encontra a situação. Tal quadro é ilustrado pelo fato de que mais de 2,5 bilhões de pessoas vivem sem acesso a banheiros e sistemas de esgoto adequados no mundo todo.

Em 2015, a Organização das Nações Unidas (ONU) emitiu a Resolução nº 70/169 (A /RES/70/169)⁶ que, diferentemente da resolução de 2010, que se limitava a conferir o status de direito humano à água e ao saneamento, tratou de cada um deles de forma autônoma, fixando a concepção de que eles consistem em direitos distintos a despeito do quão forte seja a sua conexão. Senão, vejamos:

Insta salientar que até então o direito humano à água e o direito humano ao saneamento básico eram majoritariamente tratados como um direito único. No entanto, diante da pressão política e social (HELLER, 2015, p. 3) por maior atenção aos aspectos relacionados ao saneamento básico, a Resolução 70/169 reconheceu dois direitos conectados, mas distintos,

FEDERAL, Proposta de Emenda à Constituição nº 2/2016, Gabinete do senador Randolfe Rodrigues. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=1395673&disposition=inlinen>>. Acesso em 31/07/2017.

- 4 Comunicado aos Média. Programa da Década da Água da ONU-Água sobre Advocacia e Comunicação (UNW-DPAC). “O Direito Humano à Água e Saneamento”. Disponível em: <<http://www.un.org/waterforlifedecade/>>. Acesso em: 10 de fevereiro de 2017.
- 5 ASSEMBLÉIA GERAL DA ONU (AG). Resolução 16/2. AG Index: A/HRC/RES/16/2, oito de abril de 2011. Disponível em: <http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/HRC/RES/16/2>. Acesso em 15/03/2017.
- 6 STRAKOS, Paula F. Água Como Direito Humano: Estudo Comparado De Sua Proteção Nas Esferas Judiciais Interamericana E Europeia. In *Revista da Faculdade de Direito – UFPR*, vol. 61, n. 3, set./dez, Curitiba, 2016. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/312202723_AGUA_COMO_DIREITO_HUMANO_ESTUDO_COMPARADO_DE_SUA_PROTECAO_NAS_ESFERAS_JUDICIAIS_INTERAMERICANA_E_EUROPEIA>. Acesso em: 15 mar. 2017.

ambos parte integrante do direito à condição de vida suficiente previsto no art. 11(1), § 1, do PIDESC.⁷

Já em março de 2016, mesmo ano de apresentação da PEC, a ONU se manifestou novamente no sentido de enxergar relação direta entre a falta de saneamento, sobretudo no que se refere ao tratamento de água, e a proliferação de diversas doenças, inclusive aquelas veiculadas pelo *Aedes*⁸.

Por último, cabe ressaltar que a deflagração da proposta de emenda coincide com a entrada em vigor da “Agenda 2030”, em janeiro de 2016⁹. A agenda 2030 consiste em um plano de ação no qual os chefes de estado se comprometem à concretização de 17 objetivos, dentre os quais aparece destacada no sexto objetivo a disponibilização universal e equitativa de água potável e saneamento básico¹⁰.

Também se torna perceptível a crença da entidade de que o marco normativo e o status de direito humano dado ao saneamento seria uma medida eficaz para ajudar a suprir a carência de saneamento básico adequado. Nesse sentido, o Relator Especial da ONU, Léo Heller, afirmou que:

O marco normativo mais avançado para se pensar a prestação de serviços de água e esgotos é dos direitos humanos. Este marco requer que os serviços sejam prestados com base na **disponibilidade**, no **efetivo acesso aos serviços**, na sua **qualidade**, na **aceitabilidade das soluções** e na **acessibilidade financeira** das populações mais pobres. Impõe ainda que **não haja discriminação no acesso**, ou seja, moradores de vilas e favelas ou da área rural devem ser beneficiados da mesma forma dos que vivem nas áreas convencionalmente urbanizadas. Sustenta também que

7 STRAKOS, Paula. Água como direito humano: Estudo comparado de sua proteção nas esferas judiciais interamericana e europeia. In *Revista da Faculdade de Direito – UFPR*, Curitiba, vol. 61, n. 3, set./dez. 2016, p. 141 – 164, p. 146.

8 SENADO FEDERAL. Município Brasil mostra realidade do saneamento. *Revista Em Discussão!* – Ano 7 – nº 27, maio de 2016. p. 10. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/emdiscussao/edicoes/saneamento-basico/saneamento/municipio-brasil-mostra-realidade-do-saneamento>. Acesso em: 15 mar. 2017.

9 TRATA BRASIL. Entra em vigor agenda 2030 da ONU, Saneamento básico para todos. 26/07/2016. Disponível em: <http://www.tratabrasil.org.br/entra-em-vigor-agenda-2030-da-onu-saneamento-basico-para-todo>. Acesso em: 15 mar. 2017.

10 Fonte: Transformando Nosso Mundo: A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável, Traduzido pelo Centro de Informação das Nações Unidas para o Brasil (UNIC Rio), última edição em 13 de outubro de 2015. <<https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2015/10/agenda2030-pt-br.pdf>>. (Acesso em 31/07/2017).

deva haver o direito à participação e responsabilidade na prestação de contas do Governo e prestadores de serviços à sociedade. É importante lembrar que o Brasil votou favoravelmente a esses direitos nas Nações Unidas e que o Governo brasileiro tem a obrigação de zelar por eles mesmo que haja delegação dos serviços¹¹. (grifo nosso)

Assim, resta clara a postura da ONU em reconhecer o saneamento como direito humano distinto dos demais direitos fundamentais, coincidindo com o pleito apresentado pelo senador responsável pela PEC. Senão, vejamos:

A inserção do direito ao saneamento básico entre os direitos sociais é, para muito além do domínio simbólico, a assunção efetiva do compromisso estatal explícito com os direitos subjetivos dos cidadãos a uma vida digna e saudável, além de uma decorrência natural da expansão dos direitos fundamentais, cujo momento não poderia ser mais oportuno, após o dramático quadro de infestação do vírus Zika.¹²

Essa medida busca incentivar, no plano jurídico, uma atuação mais vigorosa do Estado no sentido de promover o saneamento adequado. Assim sendo, prosseguir-se-á a uma análise do panorama atual do saneamento, estopim desse novo entendimento acerca do direito em tela. Ao mesmo tempo, consideraremos os argumentos que embasam esse novo ponto de vista sobre o direito aos serviços sanitários. Nesse aspecto, esse estudo se propõe (i) revisitar brevemente a caracterização do saneamento básico como sendo um direito fundamental, bem como a sua posição atual em relação aos existentes e (ii) a analisar de forma sucinta a PEC em questão com fins de averiguar a sua pertinência sob o ponto de vista técnico-jurídico.

Para tanto, far-se-á uma breve revisitação dos conceitos relacionados aos direitos fundamentais que sejam relevantes para a análise para, por fim, examinar a proposta descrita à luz dos conceitos abordados.

11 CARNEIRO, LUCIANE. Privatizar saneamento não é 'panaceia', diz relator da ONU. Para Léo Heller, problemas no exterior devem ser levados em conta. O Globo. 23 de agosto de 2016. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/economia/privatizar-saneamento-nao-panacea-diz-relator-da-onu-19961601>>. Acesso em 31/07/2017).

12 SENADO FEDERAL. Proposta de Emenda à Constituição nº 2 de 2016. Justificação. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/124779>>. Acesso em: 31 de julho 2017.

1. O saneamento dentro da dogmática constitucional

A Constituição de 1988 fixou em seu texto diversos direitos fundamentais. Como ponto de partida do presente tópico, é relevante abordar brevemente a diferença conceitual entre os direitos humanos e os fundamentais.

Faz-se mister a referida distinção em razão de Assembleia das Nações Unidas impor ao saneamento básico o status de direito humano¹³ enquanto que a PEC nº2/2016 utiliza o rótulo de direito fundamental.

Nessa perspectiva, a partir dessa reflexão vamos desenvolver uma análise na seara terminológica dos direitos fundamentais, bem como a sua concretização no acesso à água potável, esgotamento sanitário (bem como os demais serviços incluídos em seu escopo legal) diante da sociedade.

1.1. A distinção entre direitos humanos e fundamentais.

De início, recorrer-se-á aos ensinamentos de Ingo Sarlet¹⁴ para melhor elucidar a distinção entre as expressões direitos fundamentais e direitos humanos. Os direitos fundamentais são construções históricas específicas, oriundas das Revoluções Burguesas, criados com o intuito de proteger o sujeito dos possíveis desmandos do Estado até então absoluto e incontestável¹⁵. O constituinte de 1988 baseou-se na Lei fundamental da Alemanha e na Constituição Portuguesa de 1976 com o rompimento tradicional do direito constitucional positivo¹⁶. Nesse sentido, há uma disputa terminológica sobre a expressão “direitos fun-

13 Comunicado aos Média. Programa da Década da Água da ONU-Água sobre Advocacia e Comunicação (UNW-DPAC). “O Direito Humano à Água e Saneamento”. Disponível em: <<http://www.un.org/waterforlifedecade/>>. Acesso em: 10 de fevereiro de 2017.

14 SARLET, Ingo Wolfgang. Eficácia dos Direitos Fundamentais. Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional. 12 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 28.

15 OMMATI, José Emílio Medauar. Uma teoria dos direitos fundamentais. Lumen Juris, 2016, 3ª edição, p 54.

16 SARLET, Ingo Wolfgang. Eficácia dos Direitos Fundamentais - Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 29.

damentais” que não chega a um consenso¹⁷. Para Ingo Sarlet¹⁸, são utilizadas de forma ampla diversas expressões de direitos fundamentais com relevância significativa para fins específicos em busca de um critério unificador:

(...) outras expressões, tais como direitos humanos, direitos do homem, direitos subjetivos públicos, liberdades públicas, direitos individuais, liberdades fundamentais e direitos humanos fundamentais, apenas para referir algumas das mais importantes, não é, portanto, por acaso, que a doutrina tem alertado para a heterogeneidade, ambiguidade e ausência de um consenso na esfera conceitual e terminológica. Inclusive no que diz com o significado e conteúdo de cada termo utilizado. (Sarlet, 2015)

Nesse contexto, existe uma ampla discussão na doutrina sobre a diferença entre os direitos fundamentais e os direitos humanos. Isto porque “direitos fundamentais” é gênero e os direitos humanos seriam uma de suas espécies. O termo “direitos fundamentais” é atribuído a direitos já positivados em determinadas constituições, ou seja, são direitos fixados necessariamente em texto constitucional e que porventura se aplicam ao ser humano¹⁹.

Já os chamados “direitos humanos” estão relacionados com os documentos de direito internacional, ou seja, são aqueles outorgados à todas as pessoas pela sua mera condição humana²⁰. Nessa seara, cumpre esmiuçar alguns detalhes

17 Nesse sentido, sem a pretensão de esgotar a questão, na França, por exemplo, há uma tendência a se utilizar a expressão “liberdades públicas” para se referir aos direitos fundamentais. Já nos Estados Unidos, em geral, o termo preferido é “direitos civis”. Os documentos internacionais preferem a expressão “direitos humanos”. Por fim no Brasil, resolveu-se adotar preferencialmente a expressão “direitos fundamentais”. Sobre isso, ver: SAMPAIO, José Adércio Leite. Direitos Fundamentais: Retórica e Historicidade. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, pp. 7 a 22 e OMMATI, José Emílio Medauar. Uma teoria dos direitos fundamentais. 3. ed. Lumen Juris, 2016, p 54.

18 SARLET, Ingo Wolfgang. Eficácia dos Direitos Fundamentais - Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 29.

19 Nesse sentido: “(...) Já a locução direitos fundamentais é reservada aos direitos relacionados com posições básicas das pessoas, inscritos em diplomas normativos de cada Estado. São direitos que vigem numa ordem jurídica concreta, sendo, por isso, garantidos e limitados no espaço e no tempo, pois são assegurados na medida em que cada Estado os consagra.” Fonte: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional, 12. ed. rev. e atual. – São Paulo, Saraiva, 2017. p. 136. No mesmo sentido: SILVA, Rodrigo Medeiro da, Modernidade, Direitos Humanos e Rotulação – Os Reflexos do ‘Labeling Approach’ na vida social e na concretização de direitos fundamentais. Volume I, 2015. p. 87.

20 SARLET, Ingo Wolfgang. Eficácia dos Direitos Fundamentais - Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 29.

dessa classificação: “direitos do homem” são direitos naturais ainda não positivados, “direitos humanos” são positivados em esfera de direito internacional. Enquanto isso, conforme já dito, os “direitos fundamentais”, são direitos positivados no âmbito interno de cada Estado por meio de suas constituições.²¹

Assim, com base no exposto,

Os direitos humanos guardam uma concepção jusnaturalista (jusracionalista) dos direitos, ao passo que os direitos fundamentais dizem respeito a uma perspectiva positiva, nesse sentido os direitos humanos (como direitos inerentes à própria condição e dignidade humanas) acabam sendo transformados em direitos fundamentais pelo modelo positivista, incorporando-os ao sistema de direito positivo como elementos essenciais, visto que apenas um processo de ‘fundamentalização’, os direitos naturais e inalienáveis da pessoa adquirem a hierarquia jurídica e seu caráter vinculante a todos os poderes constituído no âmbito de um Estado constitucional.²²

Dessa forma, os direitos fundamentais têm um papel importante na vida do ser humano e para que ocorra a sua formação é preciso que os sujeitos, sem qualquer distinção, passem a se beneficiar dos direitos postos nas constituições e nas declarações internacionais²³. Ademais, o sistema na ordem constitucional apresenta-se de forma garantista com base na dignidade da pessoa humana, que impede esses direitos de se tornarem meros instrumentos formais.²⁴

1.2. A relação dos serviços de saneamento básico com a promoção de direitos fundamentais

Outra grande questão relevante para a análise proposta consiste na concretização dos direitos fundamentais, ou seja, da forma como eles ganharam vida

21 SARLET, Ingo Wolfgang. Eficácia dos Direitos Fundamentais - Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 30.

22 SARLET, Ingo Wolfgang. Eficácia dos Direitos Fundamentais - Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 30.

23 SILVA, Rodrigo Medeiros da. Modernidade, direitos humanos e rotulação. Os Reflexos do “Laberling Approach” na vida social. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 90.

24 IRIBURE JÚNIOR, Hamilton da Cunha. Jurisdição constitucional Democracia e direitos fundamentais, coordenadores: George Salomão Leite Ingo Wolfgang Sarlet, editora juspodivm, 2012, p. 230.

após a sua positivação nas constituições, até porque, para tanto, torna-se necessária a promoção política de maneira a conferir acesso universal²⁵ aos bens e serviços que hoje são considerados essenciais²⁶. Além disso, a igualdade de acesso é elemento prioritário na busca da efetividade dos direitos fundamentais²⁷.

Os direitos fundamentais acabam por consubstanciar, no plano concreto, um dever de prestação dos serviços públicos com escopo universal, como bem proclama a sua característica de universalidade. Os direitos fundamentais exercem, entre outras, a função de justificar esse dever prestacional dos serviços públicos como instrumento de sua concretização, bem como a universalização e a disciplina legal dos mesmos, o que não seria diferente com o caso dos serviços de saneamento abordados neste breve ensaio.

Os serviços de saneamento básico podem ser compreendidos sob a ótica dos direitos fundamentais por suas duas dimensões, doutrinariamente nomeadas de objetiva e subjetiva²⁸. Subjetiva, pois, o cidadão pode cobrar a atuação por parte do Estado no sentido de lhe assegurar o direito constitucionalmente previsto e objetiva porque a Constituição estabelece a promoção dos direitos fundamentais como “norte” para a atuação estatal²⁹.

A seguir, discorrer-se-á rapidamente sobre as gerações ou dimensões dos direitos fundamentais. Para Norberto Bobbio³⁰ os direitos da 1ª geração consistem naqueles que o Estado deixa de agir e suporta o direito do cidadão, visando a liberdade deste; os de 2ª geração ou dimensão implicam em uma ação positiva do Estado, conhecidos como direitos sociais e coletivos, consubstanciam direi-

25 É justamente nesse sentido que Ronald Dworkin afirmará a universalidade dos direitos humanos, já que tais direitos afirmam um direito mais básico de qualquer ser humano em qualquer lugar do planeta a ter um determinado tratamento por parte dos poderes públicos e de sua comunidade: o direito a ser tratado com igual respeito e consideração. Sobre isso, ver: DWORKIN, Ronald. Justiça para Ouriços. Coimbra: Almedina, 2002, p. 340 a 352.

26 SILVA, Rodrigo Medeiros da. Modernidade, direitos humanos e rotulação. Os Reflexos do “Laberling Approach” na vida social. Belo Horizonte: Lumen Juris, 2015, p. 91.

27 SILVA, Rodrigo Medeiros da. Modernidade, direitos humanos e rotulação. Os Reflexos do “Laberling Approach” na vida social. Belo Horizonte: Lumen Juris, 2015, p. 91.

28 FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Curso de Direito Constitucional, 8 Ed, Ver. Ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 318.

29 FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Curso de Direito Constitucional, 9 Ed, Ver. Ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 322.

30 BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014 apud. OMMATI, José Emílio Medauar. Uma teoria dos direitos fundamentais. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. P. 59.

tos prestacionais. Já os direitos de 3ª geração, também chamados de direitos difusos, são aqueles atribuídos a um número indeterminável de pessoas. Não cabe aqui mencionar outros tipos de gerações ou dimensões.

Tal categorização se mostra interessante na medida em que os serviços de saneamento básico repercutem na promoção de mais de um direito fundamental: a saúde, a vida e o meio ambiente, de maneira que estes, a despeito de pertencerem a diferentes gerações, se conectam intrinsecamente no momento de sua respectiva garantia. Não obstante, a doutrina também reconhece que a cada nova geração de direitos, o fenômeno da ampliação do rol de direitos sociais não representou mera adição numérica, na medida em que a cada novo direito que surge, este promove uma releitura dos já existentes³¹, reforçando a interdependência.

Essa relação plúrima do serviço de saneamento com os direitos de diversas gerações demonstra que o serviço em tela trabalha com a garantia de direitos que, tradicionalmente, eram garantidos de diferentes formas. Enquanto os direitos de primeira geração, como a vida, eram garantidos mediante uma atitude omissiva do estado, os de segunda e terceira como a saúde eram concretizados mediante atitudes comissivas e assim por diante. Esse fenômeno demonstra que a concretização de qualquer dos direitos fundamentais aqui tratados passaria pela prestação de um adequado serviço de saneamento o que, por sua vez, acabaria por favorecer também a concretização de outros direitos fundamentais.

O que se quer dizer é que a garantia da saúde, por exemplo, naturalmente favorecerá a concretização do direito a vida e também à dignidade da pessoa humana, de maneira que é difícil, nos dias de hoje, garantir um direito fundamental isoladamente (e nem é interessante) em virtude da forte e crescente interdependência entre eles, mesmo entre aqueles direitos de diferentes gerações. Essa característica preza que:

os direitos fundamentais não podem ser vistos como elementos isolados, mas sim como um todo (bloco) que apresenta interpenetrações e coligações. Nesse sentido, por exemplo, o direito à liberdade de locomoção se conecta à garantia do habeas corpus, bem como ao devido processo legal. Entendemos

31 FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Curso de Direito Constitucional, 9 Ed, Ver. Ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2017. pp. 329 e 330.

também nesses termos que não há como se falar em direito à liberdade ou à igualdade desconectando-os de direitos como saúde e educação.³²

Além disso, a garantia desses direitos dificilmente não guardaria relação com saneamento em virtude da amplitude e fundamentalidade de seus serviços, que incluem o abastecimento de água, esgotamento sanitário, manejo de resíduos e drenagem de águas pluviais. A relação entre o saneamento e os principais direitos fundamentais pode ser (muito) resumida na forma do pequeno esquema abaixo.

1.2.1. O saneamento e o direito à vida

A vida, no seu conceito biológico, seria a “condição na qual um determinado organismo seja capaz de manter suas funções de modo contínuo”³³. Enquanto direito fundamental básico, a vida tem seu conceito ampliado para além do critério biológico, na medida em que abrange o direito a vida em si mesma (direito de estar vivo), bem como o direito a vida digna³⁴.

Osaneamento, porsuavez, estárelacionadodiretamentecomagarantiadodireito a vida, visto que em seu conceito está o abastecimento de água potável³⁵, de maneira que esta consubstancia elemento essencial para a manutenção das funções vitais³⁶.

32 FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 340.

33 FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Curso de Direito Constitucional, 8 Ed, Ver. Ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 392.

34 Ibidem, p. 392.

35 MILESKI, Hélio Saul. Saneamento – Uma questão socioambiental. Revista Fórum Interesse público. Ano XIV, 2012, nº74, p. 59.

36 A Carta Europeia da Água, proclamada pelo Conselho da Europa, em Estrasburgo, França em maio de 1968; a qual apresenta 12 pontos .I.” Não há vida sem água. A água é um bem precioso, indispensável a todas as atividades humanas. II. Os recursos de águas doces não são inesgotáveis. É indispensável preservá-los, administrá-los e, se possível, aumentá-los. III. Alterar a qualidade da água é prejudicar a vida do homem e dos outros seres vivos que dependem dela. IV. A qualidade da água deve ser mantida a níveis adaptados à utilização para que está prevista e deve, designadamente, satisfazer as exigências da saúde pública. V. Quando a água, depois de utilizada, volta ao meio natural, não deve comprometer as utilizações ulteriores que dela se farão, quer públicas quer privadas. VI. A manutenção de uma cobertura vegetal adequada, de preferência florestal, é essencial para a conservação dos recursos de água. VII. Os recursos aquíferos devem ser inventariados. VIII. A boa gestão da água deve ser objeto de um plano promulgado pelas autoridades competentes. IX. A salvaguarda da água implica um esforço crescente de investigação, formação de especialistas e de informação pública. X. A água é um patrimônio comum,

Assim sendo, a precariedade do saneamento implica em uma dificuldade do acesso a água³⁷.

1.2.2. O saneamento e o direito à saúde

Guardando relação direta e intrínseca com o direito a vida, o direito a saúde é positivado no art. 6º da Constituição de 1988, assumindo a classificação de direito social. Da mesma forma que a vida, o direito a saúde abarca definição ampla, não se limitando a ausência de doenças, mas também guardando conexão com o bem-estar físico, mental e social em sentido amplo³⁸. Da mesma forma, o direito a saúde é também promovido pelo serviço de saneamento na medida em que as necessidades básicas referentes a saúde e que são providas pelo saneamento são as mesmas que a vida, assim sendo aquelas relacionadas a manutenção das funções vitais.

1.2.3. O saneamento e o direito à moradia

O direito a moradia é previsto como direito social no art. 6º da Constituição de 1988, bem como tem a competência comum dos entes federativos em promover políticas a seu favor no art. 23, IX de seu texto. Esses dispositivos, basicamente, imbuem os indivíduos do direito a uma residência capaz de abrigar-lhes individual ou coletivamente com outros.

cujo valor deve ser reconhecido por todos. Cada um tem o dever de economizá-la e de utilizá-la com cuidado. XI. A gestão dos recursos de água deve inscrever-se no quadro da bacia natural, de preferência a ser inserida no das fronteiras administrativas e políticas. XII. As águas não têm fronteiras. É um recurso comum que necessita de uma cooperação internacional.” CARTA EUROPÉIA DA ÁGUA. In. Artigos de apoio Infopédia [em linha]. Porto: Porto Editora, 2003-2018. Disponível em: <[https://www.infopedia.pt/apoio/artigos/\\$carta-europeia-da-agua](https://www.infopedia.pt/apoio/artigos/$carta-europeia-da-agua)>. Acesso em 23/12/2017.

37 Nesse sentido, diz Hélio Saul Mileski que “*Havendo deficiência ou falta de saneamento, além de ocorrer uma difusão de doenças na população, também irá ocorrer um comprometimento da existência dos recursos hídricos devido ao seu uso inadequado(destinação indiscriminada de esgotos para os rios, sem tratamento de esgotos, por exemplo) criando sérios problemas ambientais, com repercussão social intensa.*” MILESKI, Hélio Saul. Saneamento – Uma questão socioambiental. Revista Fórum Interesse público, Ano XIV, 2012, nº74, pp. 59.

38 REISSINGER, Simone. Aspectos controvertidos do direito à saúde na Constituição Brasileira de 1988, p. 29. Apud. FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. 8 ed. Ver. Ampl. E atual. – Salvador: Juspodivm, 2016. p. 684.

Ao ser lido à luz da dignidade da pessoa humana, pode-se estender que a moradia em questão deve incluir condições mínimas e dignas, ponto em que esbarra no saneamento por ser ele essencial para garantir a higiene e outros serviços básicos, entre as quais a conexão à rede de esgoto, fornecimento de água e coleta de resíduos³⁹.

Dessa forma, o acesso ao saneamento adequado acaba por integrar o direito à moradia adequada.

1.2.4. O saneamento e o direito humano à água.

Tem-se que documentos internacionais consideram o acesso à água potável um direito humano. A Resolução nº 64/292 emitida pela Assembleia Geral da ONU, já tratada acima, reconheceu o direito a água potável e limpa como direito humano, paralelamente ao saneamento. Esse status foi mantido pelo Conselho dos Direitos Humanos ao emitir a Resolução nº 16/2, em abril de 2011.

Nessa mesma linha, o Comitê das Nações Unidas sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais fixou no PIDESC a garantia do direito a água suficiente, segura, aceitável, fisicamente acessível a todas as pessoas e a um bom preço, para uso doméstico e pessoal, bem como reconheceu a sua fundamentalidade para a vida⁴⁰. Tramitam no congresso brasileiro duas propostas de emendas constitucionais (PEC nº 39/2007⁴¹ e PEC nº 213/2012⁴² apensada a primeira) que visam, também, modificar a redação do Art. 6º da CRFB de forma a incluir a água entre os direitos sociais expressamente previstos.

39 Fonte: Fórum de direito urbano e ambiental, A intrincada relação entre os direitos à moradia e ao meio ambiente equilibrado, editora Fórum, belo Horizonte, ano 12, nº 68, Mar./abr.2013, p. 63. No mesmo sentido: FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Curso de Direito Constitucional, 9 Ed, Ver. Ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 735.

40 FRATTON, Elisangela Furian; OLIVEIRA, Aline Cristina de. O reconhecimento do direito à água potável como direito humano fundamental no direito internacional público, Santa Cruz do Sul, 2016, XIII Seminário Internacional Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea & IX Mostra Internacional de Trabalhos Científicos. p. 14. Disponível em: <<https://online.unisc.br/acadnet/anaais/index.php/sidssp/article/viewFile/16031/3921>>. Acesso em 23/12/2017.

41 Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=347951>>. Acesso em 23/12/2017.

42 Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=558401>>. Acesso em 23/12/2017.

Portanto a relação da água potável com o saneamento adequado é que esta consubstancia objeto de um de seus serviços, que por sua vez possibilitam o exercício do direito à vida, à saúde, à alimentação e a moradia⁴³.

1.2.5. O saneamento e a dignidade da pessoa humana

Além disso, é apropriado considerar os serviços de saneamento como úteis sob o ponto de vista da promoção da dignidade da pessoa humana, conceito latente no direito brasileiro. Apesar de sua natureza jurídica discutível, a dignidade é considerada pela doutrina majoritária como um “meta-princípio”, dotado da função de irradiar valores e vetores de interpretação para todos os direitos fundamentais, sem que ela em si compartilhe da exata mesma natureza que eles⁴⁴. Desse modo, Constituição de 1988 consagrou a dignidade da pessoa humana como noção regente da interpretação de todas as suas normas. A dignidade da pessoa humana⁴⁵, quando estudada pela doutrina, acaba servindo de fundamentação para uma das concepções formadas em torno do chamado “mínimo existencial”⁴⁶. Nesse aspecto, a teoria clássica define o mínimo existencial

43 “O Brasil foi um dos 122 países que votaram favoravelmente para que também a água e o saneamento fossem considerados direitos humanos. Maria Luíza Ribeiro Viotti, representante permanente do Brasil na ONU, declarou na ocasião (28/07/2010) que o direito à água potável e ao saneamento básico está intrinsecamente ligado aos direitos à vida, à saúde, à alimentação e à habitação”. Fonte: CONTI, Irio Luiz, SCHROEDER, Edni Oscar. *Convivência com o Semiárido Brasileiro: Autonomia e Protagonismo Social* / Fundação de Apoio da Universidade Federal do Rio Grande do Sul – FAURGS/REDEgenteSAN / Instituto Ambiental Brasil Sustentável – IABS / Agência Espanhola de Cooperação Internacional para o Desenvolvimento – AECID / Ministério do Desenvolvimento Social e Combate a Fome - MDS / Editora IABS, Brasília-DF, Brasil - 2013. p. 151.

44 Idem, p. 388.

45 É cediço que a nota etimológica da palavra “dignidade” arrima-se na remota origem da raiz latina “dignus”, verbete até então utilizado para refletir-se a todo e qualquer indivíduo que era merecedor de honraria e que, portanto, fazia jus à estima e era detentor de um importante valor no meio no qual se inseria. Disse: NALINI, José Renato. Duração do Processo e a dignidade da Pessoa Humana. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Marques da (Coord.). *Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 192.

46 VIEIRA, José Ribas. A teoria dos direitos fundamentais: sua leitura sob as perspectivas da efetividade e da mudança constitucional. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (org.). *Direitos Fundamentais: Estudos em Homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 662.

como um piso mínimo de direitos sem cuja garantia fática fica impossível a fruição dos direitos individuais⁴⁷.

Por esse raciocínio, incluir o saneamento nos direitos sociais poderia torná-lo passível de ser reconhecido como um direito de aplicabilidade imediata, dispensando a intervenção do legislador infraconstitucional e permitindo que esse tipo de prestação fosse demandada do Estado em juízo. Todavia, o que se observa é que apesar de não estar previsto como um direito propriamente dito, o saneamento básico é estabelecido como dever do Estado nas suas três esferas federativas⁴⁸, o que já permitiria que a sua prestação fosse postulada na via judicial, esvaziando a possível vantagem outrora vislumbrada.

2. A classificação literal e a real importância de o saneamento básico já ser ou não direito fundamental

A relação dos serviços de saneamento com os dois primeiros direitos citados é visível, pois serviços como tratamento da água e esgoto são primordiais para a redução de vetores endêmicos, funcionando como efetivo instrumento de prevenção de doenças. Conforme já se disse, o saneamento é, portanto, fundamental à concretização do direito à saúde e, consequentemente, à vida. Não obstante, o manejo de resíduos e dragagem de águas pluviais também influenciam na garantia desses direitos por estarem intrinsecamente ligados à higiene. Não se pode ignorar também, como já mencionado, a relevância do tratamento de esgoto e do manejo de resíduos para a preservação do meio ambiente.

Em que pese a tentativa de discussão sobre a natureza jurídica dos elementos em tela neste artigo, não há dúvida quanto à classificação do direito à vida e à saúde como direitos fundamentais, haja vista que estão citados no rol de direitos fundamentais do Título II da Carta. No caso do direito ao meio ambiente saudável, a melhor doutrina já se posiciona no sentido admitir que

47 FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 668.

48 Art. 23, IX, da Constituição de 1988.

direitos positivados fora do referido título também possam ser considerados direitos fundamentais⁴⁹.

Ousa-se dizer, inclusive, que o saneamento já absorve muitas das características dos direitos fundamentais aos quais ele se relaciona, uma vez que consubstancia meio de excelência para a concretização dos mesmos. Afinal, o clamor pela satisfação dos direitos fundamentais expressos (e não expressos, como o meio ambiente saudável), acaba passando quase sempre pela execução eficiente dos serviços de saneamento. Além disso, a alçada do mesmo ao status de direito humano por alguns órgãos internacionais demonstra um progressivo embasamento da linha que separa a classificação de direito fundamental *strictu sensu* dos meios que os concretizam.

A despeito do pensamento doutrinário, o saneamento já possui marco regulatório próprio, que inclusive esmiúça os serviços integrantes do seu escopo, bem como define o regime jurídico a que este se submete, a saber, o de serviço público⁵⁰. Assim sendo, o saneamento já foi objeto de regulação por parte do legislador infraconstitucional, tendo a sua obrigatoriedade reforçada pelo regime publicista de sua prestação, em que pese haver na Lei Geral de Concessões (Lei nº 8.987/95), que é aplicável subsidiariamente no âmbito da regulamentação do serviço público de saneamento, a previsão do direito subjetivo do usuário ao serviço público adequado⁵¹.

49 Nesse sentido: “*Todavia, devemos nos ater ao fato de que uma primeira crítica deve ser feita, já que tal classificação é por demais míope para perceber a existência de direitos fundamentais consagrados em outras partes do texto constitucional. Nesses termos, a classificação ‘não leva a sério’ o sistema de direitos fundamentais pre-visto na Constituição, que vai muito além do Título II explícita-do no diploma Constitucional. Como exemplos, podemos citar: direitos econômicos (art. 170), direitos ambientais (art. 225), direitos à educação (art. 205), direitos à saúde (art. 196), en-tre outros. O próprio Supremo Tribunal Federal (STF) reconheceu a insatisfatoriedade dessa classificação no curso do julgamento da ADI nº 939, na qual um princípio do direito tributário (princípio da anterioridade tributária do art. 150, III, ‘b’) foi entendido como um direito e garantia fundamental.*” (Grifou-se). FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 320.

50 Lei 11.445. Art. 2º. *Todavia, no que se refere à atividade de manejo de resíduos sólidos, sabe-se que a depender da classificação do resíduo a natureza da atividade desempenhada pode ser de mera atividade econômica. Sobre esse ponto, veja artigo, nesta obra, intitulado “Conceito de saneamento básico como conjunto de serviços, infraestruturas e instalações operacionais de abastecimento de água potável, esgotamento sanitário, limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos, drenagem e manejo das águas pluviais urbanas”, da autoria de Bruna Cavalcante Drubi Burger.*

51 Apesar de o direito ao serviço público adequado já ter sido fixado na lei geral de concessões, ele foi repetido na recente Lei nº 13.460, de 26 de junho de 2017 que institui o código de proteção aos usuários do serviço público.

É por esse motivo que não se vislumbra uma real vantagem, sob o ponto de vista jurídico, no que se refere a efetivação de políticas de saneamento, uma vez que a modificação do texto constitucional pouca diferença faria na medida em que a obrigatoriedade de se promover o saneamento já é fixada tanto no Art. 23, IX como na legislação infraconstitucional. Além disso, por caber ao legislador infraconstitucional a minudenciação da forma como os serviços públicos serão prestados, sentimo-nos induzidos a pensar que a sua “maior proximidade” da efetiva prestação do serviço (em detrimento das previsões de caráter mais geral do texto constitucional) faria com que o âmbito infraconstitucional seja o mais eficaz para influenciar a eficácia na prestação do serviço.

Ante o exposto, resta demonstrado que é perfeitamente plausível que se considere o saneamento básico como um direito fundamental com a atual redação do Art. 6º da CRFB. Todavia, é possível, também, rejeitar essa conclusão se pensarmos que o saneamento básico constitui, essencialmente, uma atividade a ser prestada, ou seja, como um mero instrumento para a concretização de direitos (vida, água, saúde, etc) e não como sendo ele próprio um direito em si.

3. A Proposta de Emenda à Constituição nº 2 de 2016 (PEC nº2/2016)

A PEC nº 2/2016 prevê a seguinte redação para o “novo” Art. 6º da CRFB: “Art. 6º são direitos sociais a educação, a saúde, o **saneamento básico**, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e a infância aos desamparados, na forma desta constituição”⁵² (grifou-se).

Entende o legislador que, com a nova redação, o saneamento básico gozará de maior autonomia, possibilitando que este alcance sua finalidade de forma mais abrangente na busca da eficiência através das políticas públicas aplicadas⁵³. A referida proposta relata que, com o surto de vírus Zika e outras doenças advindas do *Aedes aegypti* no País, este seria o momento mais adequado para a inclusão do saneamento básico no rol de direitos sociais, ocasionando um com-

52 SENADO FEDERAL. *Proposta de Emenda à Constituição nº 2 de 2016*. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/124779>>. Acesso em: 31 de julho 2017.

53 Ibidem.

prometimento estatal explícito e ainda, enfatizando o saneamento básico como um direito social⁵⁴.

O relator da proposta enfatizou a finalidade da PEC nº 2/2016 com base no fato de saneamento básico no Brasil não alcançar toda a população e por isso ser necessária à sua inclusão no referido rol⁵⁵.

Observa-se então que os problemas na infraestrutura, no abastecimento de água, no esgotamento sanitário, bem como das outras atividades inerentes ao saneamento são ainda aspectos preocupantes na proliferação de mosquitos *Aedes aegypti*⁵⁶, e consequentemente no surgimento de doenças. Assim sendo, sem a promoção de saneamento básico, o cenário epidemiológico das doenças causadas pelo mosquito *Aedes aegypti* permanecerá como está.

4. Análise da proposta de emenda

Percebe-se, pelo que foi visto, uma tendência de inclusão do saneamento na classificação constitucional-literal dos direitos fundamentais, bem como o seu reconhecimento como direito fundamental autônomo, assim entendido como sendo aquele expressamente previsto no rol literal da Constituição, como propôs a PEC. Constatou-se que essa tendência, deflagrada pela ONU por meio da primeira manifestação de sua Assembleia Geral sobre o tema, que deu origem a Resolução nº 64/292 (A/RES/64/292), bem como do Conselho de Direitos humanos, foi acompanhada pelo legislativo brasileiro por meio da apresentação da PEC nº2/2016.

A medida em questão é enxergada pelos seus proponentes como uma “solução” jurídica para o quadro apresentado. A especificação do direito ao saneamento de forma explícita poderia ter um efeito positivo; qual seja, colocar o saneamento em maior evidência, chamando mais atenção dos gestores públicos bem como da população em geral. Isso seria um efeito político e de caráter simbólico que, se adotado pode, de fato, colocar o assunto mais em voga.

54 SENADO FEDERAL. *Proposta de Emenda à Constituição nº 2 de 2016*. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/124779>>. Acesso em: 31 de julho 2017.

55 PEC nº 02/2016 – Justificativa.

56 SARDÃO, Teresa. *Dengue e zika: ABES alerta sobre a importância do saneamento básico no combate às doenças*. Editorial do portal de notícias da ABES – Associação Brasileira de Engenharia Sanitária e Ambiental. 04 de fevereiro de 2016 Disponível em: <<http://abes-dn.org.br/?p=923>> Acesso em 10/10/2017.

Do ponto de vista jurídico, uma hipótese que poderia ser levantada seria que incluir o saneamento nos direitos sociais poderia torná-lo passível de ser reconhecido como um direito de aplicabilidade imediata, característica que já foi ressaltada ao tratarmos da dignidade da pessoa humana, dispensando a intervenção do legislador infraconstitucional e permitindo que esse tipo de prestação fosse demandada do Estado em juízo. Conforme já se viu, no entanto, tal demanda já é possível em virtude do art. 23, IX, da CRFB, bem como da interpretação extensiva dos direitos fundamentais.

Nesse ponto, vale lembrar que a doutrina diverge acerca da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais⁵⁷. A despeito do mandamento de aplicabilidade imediata disposto no Art. 5º, §1º da CRFB/88, três posições disputam um entendimento acerca deste fenômeno, sem, aparentemente, chegarem a um consenso. A primeira, chefiada por Manoel Gonçalves Ferreira Filho, entende de forma rígida que “os direitos fundamentais só têm aplicação imediata se as normas que os definem são completas”, desse modo, entendendo como indispensável a intervenção do legislador⁵⁸.

Já Eros Grau, Dirley da Cunha, Flávia Piovesan, entre outros entendem que os direitos fundamentais são dotados de aplicação imediata, ainda que as normas que os estatuem sejam de caráter programático defendendo ser efetivados independentemente da existência ou não de norma regulamentadora. Adotando um pensamento intermediário entre as duas correntes anteriores, autores como Ingo Sarlet, Gilmar Mendes e José Afonso da Silva entendem que há situações em que não existe possibilidade de se dispensar a intervenção legislativa, sobretudo no caso de direitos sociais⁵⁹.

Todavia, independentemente do posicionamento adotado, observa-se que ele já se submete a essa discussão ainda que não previsto de forma expressa no rol dos direitos sociais. Desse modo, a previsão expressa dificilmente teria influência na aplicabilidade imediata do direito ao saneamento, sem surtir efeitos concretos.

57 Idem. p. 342.

58 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*, p. 98-100. FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*, 9 Ed, Ver. Ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 345.

59 Ibidem.

Nesse aspecto, enumerar o saneamento no rol do artigo 6º da Constituição só facilitaria o trabalho do intérprete da norma, que, em tese, não teria que recorrer aos demais direitos (vida, saúde, meio ambiente, etc.) para deles extrair o dever de promover o saneamento. O efeito aqui seria, apenas, o de poupar o intérprete do esforço hermenêutico para embasar uma possível demanda judicial.

Por último, em uma análise mais cuidadosa, pode-se dizer que positivar o saneamento da forma que se propõe na PEC justifica um questionamento, já que, podendo o saneamento também ser entendido como um meio para que se atinjam os direitos fundamentais que ele visa promover, ele não seria um fim em si próprio. Afinal, os direitos fundamentais consubstanciam objetivos (fins) a serem atingidos⁶⁰ e não os meios para tanto, e o saneamento, por consistir em uma atividade – ou um empreendimento, um serviço – não deveria figurar no rol de direitos da Constituição. Isso pode gerar um equívoco do ponto de vista jurídico.

Desse modo, pode ser que as medidas visadas pela ONU e pelo congresso coloquem o saneamento mais em evidência, chamando mais atenção dos gestores públicos. Isso é um efeito político e simbólico, todavia a técnico do ponto de vista jurídico uma vez que terminaria por cair em redundância.

Conclusões

Fez-se aqui o esforço de abordar algumas questões inquietantes acerca do aspecto técnico e dogmático jurídico ao qual se submete o saneamento básico. Foram eles a questão de o saneamento básico já poder ou não ser considerado um direito fundamental a despeito de não constar no rol literal do texto constitucional, os direitos fundamentais explícitos que eram concretizados mediante a prestação de seus serviços, bem como a relevância técnico-jurídica que a emenda proposta poderia ter na garantia desses direitos. Nesse aspecto, tentou-se também fazer um pequeno prognóstico sobre os efeitos que a proposta teria no ordenamento jurídico caso lograsse êxito na sua tramitação.

Acerca do primeiro ponto, a questão, como se percebe, não é pacífica. Em nossa breve análise, concluímos que o saneamento, a rigor, não seria um direito fundamental tendo em vista o seu caráter instrumental e por constituir, essen-

60 FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Curso de Direito Constitucional, 9 Ed, Ver. Ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 322.

cialmente, uma atividade a ser prestada em detrimento de um direito. Apesar disso, reconhecer-se-á a plausibilidade da opinião contrária, no sentido de que este estaria abarcado pelo direito fundamental ao meio ambiente saudável, bem como pelos demais direitos fundamentais com os quais se relaciona, podendo gozar do mesmo status.

Acerca do segundo ponto, analisou-se que o saneamento possui uma conexão simbiótica com alguns dos direitos fundamentais explícitos no rol literal da Constituição, de maneira que a presença dos serviços de saneamento em uma comunidade significa a garantia dos direitos a vida, a saúde, a água e entre muitos outros, enquanto que a sua ausência é capaz de influenciar na precariedade dos mesmos.

No terceiro ponto, entendemos que a PEC pouco influenciaria na promoção do saneamento, apesar de toda atenção que possa chamar, não geraria significantes consequências técnicas no que se refere à eficiência de sua prestação, uma vez que este já possui regulamentação própria estabelecendo sua natureza de serviço público, bem como um comando constitucional (Art. 23, IX) que impõe sua prestação aos entes federativos⁶¹.

Por último, vale ressaltar que estamos cientes de que, em certa medida, qualquer análise prognóstica dos efeitos jurídicos de uma modificação desse gênero no texto da constituição se trata de mero futurismo. A despeito disso, o esforço de se analisar a pertinência de uma proposta de alteração da Carta conforme o status quo atual do ordenamento jurídico permanece válido, vez que conserva a sua utilidade em aferir quais as modificações teriam maiores chances de serem positivas para o direito e para a sociedade do ponto de vista técnico, ainda que uma completa certeza reste inalcançável.

Assim sendo, a atitude do legislativo brasileiro em positivar direitos com fins de favorecer a sua garantia é louvável do ponto de vista político. Todavia, demonstra-se, em um primeiro momento, desnecessária do ponto de vista jurídico já que não convence acerca da sua utilidade prática.

61 No caso dos resíduos, foi definida inclusive meta a ser atingir na sua prestação em virtude da lei da PNRS. Sobre esse ponto, veja artigo, nesta obra, intitulado “Política nacional de resíduos sólidos: perspectivas, impactos e desafios para a efetividade.” de autoria de Flávio Lôbo e Tábata Poleze.

Referências

ASSEMBLÉIA GERAL DA ONU (AG). Resolução 16/2. AG Index: A/HRC/RES/16/2, oito de abril de 2011. Disponível em: <http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/HRC/RES/16/2>. Acesso em 15/03/2017.

BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014 apud. OMMATI, José Emílio Medauar. Uma teoria dos direitos fundamentais. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

CARNEIRO, LUCIANE. Privatizar saneamento não é ‘panaceia’, diz relator da ONU. Para Léo Heller, problemas no exterior devem ser levados em conta. O Globo. 23 de agosto de 2016. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/economia/privatizar-saneamento-nao-panaceia-diz-relator-da-onu-19961601>>. Acesso em 31/07/2017).

CARTA EUROPÉIA DA ÁGUA. In. Artigos de apoio Infopédia [em linha]. Porto: Porto Editora, 2003-2018. Disponível em: <[https://www.infopedia.pt/apoio/artigos/\\$carta-europeia-da-agua](https://www.infopedia.pt/apoio/artigos/$carta-europeia-da-agua)>. Acesso em 23/12/2017.

CENTRO DE INFORMAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O BRASIL (UNIC Rio) (Tradução). “Transformando Nosso Mundo: A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável”. Última edição em 13 de outubro de 2015. <<https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2015/10/agenda2030-pt-br.pdf>>. (Acesso em 31/07/2017).

Comunicado aos Média. Programa da Década da Água da ONU-Água sobre Advocacia e Comunicação (UNW-DPAC). “O Direito Humano à Água e Saneamento”. Disponível em: <<http://www.un.org/waterforlifedecade/>>. Acesso em: 10 de fevereiro de 2017.

CONTI, Irio Luiz, SCHROEDER, Edni Oscar. Convivência com o Semiárido Brasileiro: Autonomia e Protagonismo Social /. Fundação de Apoio da Universidade Federal do Rio Grande do Sul – FAURGS/REDEgenteSAN / Instituto Ambiental Brasil Sustentável – IABS / Agência Espanhola de Cooperação Internacional para o Desenvolvimento – AECID / Ministério do Desenvolvimento Social e Combate a Fome - MDS / Editora IABS, Brasília-DF, Brasil - 2013.

DWORKIN, Ronald. Justiça para Ouriços. Coimbra: Almedina, 2002.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Curso de Direito Constitucional, 9 Ed, Ver. Ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2017.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Direitos humanos fundamentais, p. 98-100. Apud. FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Curso de Direito Constitucional, 9 Ed, Ver. Ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2017.

FRATTON, Elisangela Furian; OLIVEIRA, Aline Cristina de. O reconhecimento do direito à água potável como direito humano fundamental no direito internacional público, Santa Cruz do Sul, 2016, XIII Seminário Internacional Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea & IX Mostra Internacional de Trabalhos Científicos. p. 14. Disponível em: <<https://online.unisc.br/acad-net/anais/index.php/sidspp/article/viewFile/16031/3921>>. Acesso em 23/12/2017.

IRIBURE JÚNIOR, Hamilton da Cunha. Jurisdição constitucional Democracia e direitos fundamentais, coordenadores: George Salomão Leite Ingo Wolfgang Sarlet, Juspodivm, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional, 12. ed. rev. e atual. – São Paulo, Saraiva, 2017.

MILESKI, Hélio Saul. Saneamento – Uma questão socioambiental. Revista Fórum Interesse público. Ano XIV, 2012, nº74.

NALINI, José Renato. Duração do Processo e a dignidade da Pessoa Humana. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Marques da (Coord.). Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

OMMATI, José Emílio Medauar. Uma teoria dos direitos fundamentais. 3. ed. Lumen Juris, 2016.

SAMPAIO, José Adércio Leite. Direitos Fundamentais: Retórica e Historicidade. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SARDÃO, Teresa. Dengue e zika: ABES alerta sobre a importância do saneamento básico no combate às doenças. Editorial do portal de notícias da ABES – Associação Brasileira de Engenharia Sanitária e Ambiental. 04 de fevereiro de 2016 Disponível em: <<http://abes-dn.org.br/?p=923>> Acesso em 10/10/2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. Eficácia dos Direitos Fundamentais. Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional. 12 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SENADO FEDERAL. Município Brasil mostra realidade do saneamento. Revista Em Discussão! –Ano 7 – nº 27, maio de 2016. p. 10. Disponível em: <<http://www12.senado.leg.br/emdiscussao/edicoes/saneamento-basico/saneamento/municipio-brasil-mostra-realidade-do-saneamento>>. Acesso em 15 de março de 2017.

SENADO FEDERAL. Proposta de Emenda à Constituição nº 2 de 2016. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/124779>>. Acesso em: 31 de julho 2017.

SENADO FEDERAL. Proposta de Emenda à Constituição nº 213 de 2012. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=558401>>. Acesso em: 31 de julho 2017.

SENADO FEDERAL. Proposta de Emenda à Constituição nº 39 de 2007. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=347951>>. Acesso em: 31 de julho 2017.

SILVA, Rodrigo Medeiros da. Modernidade, direitos humanos e rotulação: Os Reflexos do “Laberling Approach” na vida social. São Paulo: Lumen Juris, 2015.

STRAKOS, Paula F. Água Como Direito Humano: Estudo Comparado De Sua Proteção Nas Esferas Judiciais Interamericana E Europeia. In Revista da Faculdade de Direito – UFPR, vol. 61, n. 3, set./dez, Curitiba, 2016. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/312202723_AGUA_COMO_DIREITO_HUMANO_ESTUDO_COMPARADO_DE_SUA_PROTECAO_NAS_ESFERAS_JUDICIAIS_INTERAME>. (Acesso em 15/03/2017).

TRATA BRASIL. Entra em vigor agenda 2030 da ONU, Saneamento básico para todos. 26/07/2016. Disponível em: <<http://www.tratabrasil.org.br/>>

Cintia da Silva
Luca Moura Mandarin

entra-em-vigor-agenda-2030-da-onu-saneamento-basico-para-todos>. Acesso em: 15 de março de 17.

VIEIRA, José Ribas. A teoria dos direitos fundamentais: sua leitura sob as perspectivas da efetividade e da mudança constitucional. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (org.). Direitos Fundamentais: Estudos em Homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

Planejamento Público e Saneamento Básico

Camila Gonçalves da Silva¹

Sergio Foster Perdigão²

Sumário: *Introdução; 1. Sistema político brasileiro e a administração das promessas administrativas; 2. Planejamento político econômico; 3. Planejamento administrativo público e sistema econômico orçamentário; 4 Desenvolvimento do planejamento de saneamento básico; 4.1 Serviço de saneamento básico em âmbito federal; 4.2 Serviço de saneamento básico Estado e Município do Rio de Janeiro; Conclusões; Referências*

Introdução

O presente trabalho tem como finalidade abordar o tema planejamento público e o desenvolvimento de saneamento básico no Brasil, com ênfase no âmbito federal e, em especial, no Estado e no Município do Rio de Janeiro.

Inicialmente, torna-se mister caracterizar o conceito de planejamento da ciência da administração, que constitui a definição de metas e objetivos, as ações estratégicas que se tomam para se elaborar planos que sejam eficazes e eficientes, para obtenção de resultados a curto, médio e longo prazo em qualquer setor que necessite ser administrado.

Seu objetivo e importância seria a execução, a coordenação e direcionalização do futuro, para a criação de estabilidade, ou inovação, a obtenção de melhores resultados e otimização do que se deve administrar³. Existiriam 3 tipos

1 Pós Graduada em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (Puc Minas); Bacharel em Direito pela Universidade do Grande Rio (Unigranrio); Membro do Grupo de Estudos de Direito Administrativo - GDA; Advogada. camilagoncalvesadv@gmail.com

2 Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal Fluminense ; Pós-Graduação em Direito Administrativo Empresarial pela Universidade Cândido Mendes; Graduação pela Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro; Membro do Grupo de Estudos de Direito Administrativo – GDA. sergiofoster@gmail.com

3 Conceito formulado a partir da leitura de Idalberto Chiavenato (CHIAVENATO, Idalberto. Introdução à Teoria geral da Administração. 7. ed. Rio de Janeiro: Campus, 2004) e Antônio César

de planejamento: o estratégico, voltado ao longo prazo; o tático, relacionado ao médio prazo; e o operacional, relativo ao curto prazo.

No âmbito da ciência do direito, mais especificamente o constitucional, planejamento público seria gerir a coisa pública, estabelecendo planos e metas a serem alcançadas e cumpridas pela Administração Pública em determinado espaço de tempo, com intuito de alcance de eficiência e eficácia⁴. Importante ressaltar o conceito de planejamento de José Afonso da Silva⁵:

[...] um processo técnico instrumentado para transformar a realidade existente no sentido de objetivos previamente estabelecidos. O planejamento econômico consiste, assim, num processo de intervenção estatal no domínio econômico com o fim de organizar atividades econômicas para obter resultados previamente colimados.

Pretende-se abordar o planejamento das políticas públicas, avaliando-o numa ótica tríplice, no âmbito político, econômico e orçamentário.

Por conta disso, propõe-se identificar o sistema político, explicando sua perspectiva de executividade por meio de promessas administrativas, bem como analisar se o agente político tem ou não responsabilidade (administrativas, penal e cível), pelas promessas e projetos não cumpridos, bem como avaliar se possui compromisso com a eficiência e eficácia na gestão governamental.

Abordar-se-á, também, o sistema econômico como um fator determinante das atividades estatais, pois influenciado pelo sistema político irá determinar os setores onde o Estado irá atuar e como será sua atuação.

Pretende-se discorrer, ainda, sobre o sistema orçamentário, pois este permite a implementação das políticas públicas; as leis orçamentárias promulgadas pelo Poder Executivo, são determinantes para que os serviços de saneamento básico possam ser efetivamente universalizado no Brasil.

Desta feita, pretende-se ao longo deste trabalho discorrer, ainda que brevemente, sobre o planejamento administrativo e seu desenvolvimento, o que são estratégias e metas, e o que tem se implantado e executado para o alcance do

Maximiano (MAXIMIANO, Antonio César Amaru. Introdução a Administração. 5. ed.. São Paulo: Atlas, 2000), ambos escritores do campo da Teoria da Administração.

4 SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

5 SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 809.

acesso ao saneamento básico, à aplicação de recursos públicos para alcance de metas de universalização dos serviços públicos de saneamento básico no Brasil e, em especial, no Estado e Município do Rio de Janeiro.

Por fim, dentro do contexto da administração e planejamento, procurar-se-á também vislumbrar os diagnósticos e prognósticos da Administração Pública na execução final do serviço de saneamento, bem como os resultados obtidos até o presente momento.

1. Sistema político brasileiro e as promessas administrativas

A organização político administrativa do Brasil se reafirma como democracia representativa na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB), de acordo com seu art. 14, temos o que se chama direito político positivo, como explica Lenza, “a capacidade eleitoral ativa (direito de votar, capacidade de ser eleitor, alistabilidade) e capacidade eleitoral passiva (direito de ser votado, elegibilidade)”⁶. a escolha de nossos representantes se dá por meio do sufrágio e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos.

Portanto, cada cidadão que almeja o cargo de chefe do Poder Executivo deve elaborar o que se chama de plano de governo, consoante mandamento prescrito no art. 11, §1º, inciso IX da Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997⁷, com propostas que descrevem como o pretendente ao cargo eletivo político pretende atuar em matérias, que podem áreas relacionadas ao atendimento a direitos sociais, tais como projetos e programas na área da saúde, da educação, saneamento básico, transporte, infraestrutura, segurança, dentre outros. É interessante ressaltar que, tais planos de governo são de interesse público geral⁸, devem ser registrados junto ao Tribunal Superior Eleitoral e que qualquer

6 LENZA, Pedro Direito Constitucional Esquematizado, 18ª Ed, São Paulo, Saraiva, 2014, p.1247.

7 Art. 11. Os partidos e coligações solicitarão à Justiça Eleitoral o registro de seus candidatos até as dezenove horas do dia 15 de agosto do ano em que se realizarem as eleições.
(...) § 1º O pedido de registro deve ser instruído com os seguintes documentos: (...)
IX - propostas defendidas pelo candidato a Prefeito, a Governador de Estado e a Presidente da República. (Incluído pela Lei nº 12.034, de 2009)

8 Segundo Saddy Interesse Público geral é a intreseção de três fatores: “Legalidade- estabilização do poder positivado em normas coativamente impostas aos cidadãos; Legitimidade- estabilização do poder em torno de valores consensualmente aceitos; Licitude- estabilização do poder em torno de uma moral de resultado voltada sempre às finalidades públicas...denominada de interesse público geral, possui

cidadão tem acesso a essa informação, de acordo com princípio da publicidade administrativa, Lei de Acesso a Informações 12527/2011, ter acesso a planos de governo e leis orçamentárias, a facilidade da publicização, possibilita ao cidadão argumentar e cobrar promessas administrativas, o porquê de sua não execução, para que haja a fiscalização do desempenho de nossos representantes políticos.

Portanto, o plano de campanha, teoricamente, deverá ser implementado materialmente, caso o candidato logre êxito em vencer a eleição, concretizando-o como um plano administrativo.

Neste sentido, explica João Taborda da Gama⁹

que “um ato devido é um ato jurídico e, mesmo que seja considerado declarativo, produz efeitos: define situações jurídicas. Isto basta (...) para qualificar como atos administrativos os atos prometidos

Partindo das premissas acima expostas, pode-se sustentar que a promessa administrativa constituiria uma declaração voluntária unilateral autovinculativa¹⁰. Todavia, estes planos de governo propostos deveriam ser iniciados dentro do mandato de quatro anos do agente político, estando às chamadas “*promessas de campanha*” ligadas à forma como se dará a gestão da Administração Pública, na qual a gestão da coisa pública estaria associada a promessas administrativas, realizadas pelos agentes políticos eleitos

De acordo com Ana Raquel Gonçalves Moniz¹¹, promessas administrativas seriam justamente a auto vinculação da Administração Pública a um ato, regulamento ou contrato, mesmo que não esteja legalmente previsto; logo, promessas políticas, mesmo sendo ato precário, embora não sejam leis, como as leis orçamentárias, por exemplo, seria ações causadoras de mudanças que definiriam situações jurídicas, afinal determinado agente político com suas “*promessas*”

dentro de si um interesse público específico, definido pela Constituição e objeto de concretização pela lei. Apenas este vincula diretamente a Administração Pública, devendo esta, portanto, respeitá-lo, afinal, esse é o seu norte, que justifique dá fundamento à atividade administrativa”.. Formas de Atuação e Intervenção do Estado Brasileiro na Economia: Lumen Juris, 2002, p. 62-63.

9 GAMA, João Taborda da. Promessas administrativas: da decisão de autovinculação ao *acto devido*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 76.

10 SADDY, André. Limites à tomada de decisão e controle judicial da Administração Pública. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 114.

11 MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. Casos Práticos de Direito Administrativo. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2015.

teria alcançado uma aceitação popular, e essas promessas provavelmente teriam sido determinantes para sua eleição. Isto posto, caso o agente não cumpra o determinado em seu plano de campanha, é possível afirmar que estaria sujeito a algum tipo de punição, por violação de princípios da Administração Pública, como legitimidade eficiência e licitude, e para tal, estaria sujeito a imputações previstas tanto em lei de Improbidade Administrativa -Lei nº 8.429 de 02 de junho de 1992, como nas esferas Cível e Penal, já que o princípio da moralidade possui fundamento constitucional no caput do art. 37§4º da CRFB, caracterizando-se como um fundamento basilar da Administração Pública, devendo ser aplicado em toda e qualquer atividade administrativa.

Conclui-se dessa forma que, as leis orçamentárias e projetos ligados a serviços básicos oferecidos pelo Estado, tais como saneamento, é direito fundamental¹², está intimamente ligado a promessas administrativas, sendo a sua não execução passiva de sanção ao agente público que não a cumprir.

De outra maneira, ainda que não se aceite o argumento da viabilidade de responsabilização do gestor por descumprimento de princípios, ainda sim, pode-se afirmar que o mesmo, a despeito de não se violar o princípio da legalidade, e, portanto, não poderia ser lhe imputada qualquer responsabilidade, acaba por violar a legitimidade, sendo viável imputar-lhe a responsividade¹³. A despeito desta sustentação, importa ressaltar que existe doutrina que sustenta que o plano possuiria apenas natureza política, e não jurídica, apesar da discussão ser atribuída ao aspecto orçamentário do plano, conforme ilustra Marcos Juruena Villela Souto. Ele destaca, ainda, a possibilidade de estelionato em caso do não cumprimento à vontade eleitoral materializada no plano, que violaria a moralidade administrativa:

Por força dessa orientação, já se sustentou que o plano só é um ato técnico e político, não se lhe reconhecendo a força do ato jurídico.

12 Vide nesta obra o artigo “O Saneamento Básico e a Dogmática dos Direitos Fundamentais”, de autoria de Cintia da Silva e Luca Moura Mandarin.

13 Para Diogo de Figueiredo Moreira Neto, na sociedade contemporânea, irradiada pelos direitos fundamentais, o primado da legalidade, a despeito da sua importância, cede espaço para a legitimidade, que além da investidura legítima do poder, exige um exercício legítimo do próprio poder, para se alcançar um resultado legítimo do seu emprego. A tradução deste legítimo poder ocorre por meio da participação, eficiência e controle. (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno: legitimidade: finalidade: eficiência: resultados. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 20-21).

(...)

No Brasil, tendo em vista que o plano estabelece obrigações para o setor público, tendo caráter imperativo, e, se aceita a orientação pelo setor privado, a promessa feita vale como direito, ante a clareza da citada lição de Tercio Sampaio Ferraz Júnior, forçoso é reconhecer ao plano uma eficácia jurídica, como consequência lógica do princípio da legalidade que rege a Administração Pública (CF, art. 37), traduzindo no seu poder-dever de agir na ocorrência do interesse público (consubstanciado no plano identificador dessas áreas de interesse)

(...)

A maioria da doutrina tradicional, no entanto, vê uma natureza meramente autorizativa nas leis orçamentárias, não obrigando o Estado a realizar as despesas ali previstas. Nem por isso o plano deixa de ser um ato jurídico, que condiciona a elaboração do orçamento, vedadas as ações nele não previstas. Com tal entendimento, contudo, não se afina a doutrina de Cabral de Moncada, segundo o qual a lei das grandes opções do plano não vincula quanto ao seu conteúdo a lei parlamentar de aprovação do orçamento. Esta é também uma lei podendo nessa medida modificar qualquer outra.

Ora, sendo, no dizer do autor, a lei do plano um pressuposto essencial da compreensão e plena realização da ordem jurídica que a Constituição pretende, e, portanto, lei material, não pode ser afastada ou modificada pelo orçamento, ato formalmente legislativo, mas materialmente administrativo (logo, de hierarquia inferior na pirâmide jurídica); entender de modo diverso implicaria negar vigência ao art. 174, CF, sem falar no desrespeito ao conteúdo ideológico do plano sobre qual repousa uma preferência eleitoral (“estelionato” político que se enquadra como violação à moralidade administrativa).¹⁴

Apesar deste pensamento, importante destacar que existem projetos de leis transitando no Congresso Nacional, como o Projeto de Emenda Constitucional 10/2011, proposta na Câmara dos Deputados Federais, que propõe a alteração dos artigos 28, 29 e 84 da CRFB, para instituir a obrigatoriedade de elaboração e cumprimento do plano de metas pelo Poder Executivo mu-

¹⁴ SOUTO, Marcos Juruena Villela Souto. *Direito administrativo econômico*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 29/30.

nicipal, distrital, estadual e federal, com base nas propostas da campanha eleitoral; assim como o Projeto de Emenda Constitucional 52/2011 apensada a PEC 10/2011, que busca alterar os artigos 48 e 84 da CRFB, prevendo a obrigatoriedade de apresentação do programa de metas e prioridades para o governo federal, estadual, distrital e municipal.

Pode-se afirmar que o Sistema Político está intimamente ligado ao sistema político econômico e ao sistema orçamentário, posto que os direciona, uma vez que estes últimos dois dependem de agentes políticos para se realizar, e sofrerão desta forma, também, a influência da ideologia política do Chefe do Poder Executivo e Legislativo, sendo inegável o aspecto jurídico existente nos planos, que em nosso entender, vinculariam a atividade administrativa a ser exercida pelo gestor público¹⁵. E estando ela vinculada, deverá ser implementada, sob pena de viabilizar a busca por medidas coercitivas para sua concretização, ou medidas responsivas ou punitivas pela sua não implementação.

2. Planejamento político econômico

Implementado o direcionamento administrativo, evidenciando um norte a que se busca seguir, torna-se necessário atentar para qual setor da economia será afetado por esse plano político. De acordo com Fernando de Holanda Barbosa, o “*regime de política econômica é o conjunto de instituições, procedimentos e regras que determinam a utilização dos instrumentos de política econômica*”.

De acordo com entendimento do mesmo¹⁶, a política econômica brasileira já passou por várias mudanças ao longo das últimas décadas, principalmente

15 Mas isso nem sempre foi assim, considerando a possibilidade de modificação de visão do mundo. Acerca deste respeito, são os ensinamentos de André Saddy: “Nesse sentido, a execução do ordenamento econômico pelo Estado significa: “[...] uma atividade da Administração de caráter disciplinativo ou substitutivo da ação da sociedade no campo da economia”²¹. Porém, nem sempre, tal possibilidade existiu. A história demonstra que, com o transcorrer do tempo, a sociedade muda sua visão do mundo, seus valores básicos, suas estruturas políticas e sociais. Dentre essas mudanças, pode-se também verificar uma mudança no âmbito da intervenção do Estado na economia, afinal a ligação do sistema econômico ao sistema político não é algo aleatório.” (SADDY, André. *Formas de atuação e intervenção do estado brasileiro na economia*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 22).

16 BARBOSA, Fernando de Holanda. *Regime de Política Econômica e Crescimento Sustentável*. In: Luiz Carlos Bresser Pereira. (Org.). *Regime de Política Econômica e Crescimento Sustentável* - IN Luiz Carlos Bresser Pereira - O que Esperar do Brasil. Rio de Janeiro: FGV, 2013. Disponível em: http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/16919/1%20painel_Fernando%20Holanda%20texto.pdf?sequence=1. Acesso em: 04 de dezembro de 2016.

após a redemocratização na década de 1980. O país atravessou alguns planos econômicos fracassados, a abertura econômica de importação e exportação iniciada na década de 1990, pelo então presidente Fernando Collor, e no meio desta mesma década o Brasil entra em um sistema de economia social de mercado e adota uma nova moeda, no governo do então presidente Fernando Henrique Cardoso, que foi continuada nos governos dos presidentes Luiz Inácio Lula da Silva e Dilma Rousseff. O regime econômico atual disciplinou a macroeconomia, que abrange as políticas fiscal, monetária e cambial, a abertura da economia – importação, exportação e cambio, e a mudança de papel do Estado que passa a priorizar áreas de desenvolvimento social e metas de controle de inflação.

Com a economia social de mercado, algumas mudanças são realizadas na área da Administração Pública, que se aproveitando de técnicas já amplamente utilizadas no setor privado, busca direcionar suas atividades por fundamentos na eficiência, a melhoria dos serviços públicos, busca por resultados e maior preocupação que a população, com vistas a possibilitar o acesso a direitos fundamentais como saúde, educação, saneamento básico, acesso a melhor qualidade de vida, comunicação, dentre outros serviços e direitos.

Segundo Fernando Costa Nogueira:

A influência da Economia sobre a Política e da Política sobre a Economia pode ser expressa através de relação de mão-dupla, ou seja, bidirecional. No primeiro caso, a Economia depende da Política, por exemplo, quando a alocação de recursos, ou seja, o uso a que serão destinados os recursos disponíveis, é influenciada, em muitas áreas, pela intervenção governamental. Esta pode ser tão forte que é muito difícil analisar até que ponto a alocação de capital (via impostos, subsídios, reserva de mercado, etc.) e a distribuição de renda (previdenciária, regional, etc.) são afetadas por outros fatores. Quanto à estabilização, as flutuações dos ciclos de negócios, a inflação e o desemprego, os desequilíbrios do balanço de pagamentos, são claramente influenciadas pelas políticas fiscal, monetária e cambial.¹⁷

17 NOGUEIRA, Fernando Costa. Política Econômica democrática: econômica e política. In *História do Pensamento Econômico*. Disponível em: <https://fernandonogueiracosta.wordpress.com/2013/07/23/politica-economica-democratica-economia-e-politica/>. Acesso em: 30 de novembro de 2016.

Nestes termos, a CRFB constitucionalizou o planejamento econômico, em seu art. 174. Bem ressalta dito artigo, que o processo de planejamento público é obrigatório e determinante para a Administração Pública, e balizador da iniciativa privada¹⁸. Ademais da conta, sua competência fica a cargo do Congresso Nacional de acordo com art. 48, incs. II e IV da CRFB. No Brasil vai existir o prognóstico de uma política econômica que, ao que tudo indica, não tem planejamento estratégico a longo prazo. Cada agente político com mandato no Poder Executivo irá elaborar com base em seus próprios interesses, seus planos de governo, sem a preocupação de continuidade das políticas anteriores, ainda de acordo com Fernando de Holanda Barbosa, existe uma submissão de política econômica a política partidária, aliada a falta de investimento em infraestrutura e falta de credibilidade por conta da corrupção e da impunidade.

Quer dizer, nossos governantes, ao tratar de planos econômicos, não se preocupam em instituir políticas de estado, que durem por longos períodos, buscando, ao que tudo indica, implementar tão somente, políticas de governo, atendendo benefícios próprios, que são descontinuados a partir da alternância de gestor no comando da esfera executiva.

Tem-se aqui a diferença entre políticas públicas de Estado e de governo. Nas políticas públicas de Estado, adota-se um modelo, ou projeto de política pública a ser seguido, independente de quem irá governar, que permanece vigente no espaço tempo. Entretanto, na política de governo, só costuma materializar-se por um período eleitoral, modificando quando o chefe do poder executivo muda. Isso traz uma instabilidade, considerando que a política pública se altera em cada alternância de poder¹⁹. Nesta seara se insere o serviço de saneamento básico, que acaba por sofrer toda consequência, por instituição de políticas de governo atreladas a nefastas ausências de políticas

18 Infelizmente o que se percebe, na verdade, é uma inversão deste mandamento, visualizando-se um planejamento muito mais existente na iniciativa privada do que nas ações estatais.

19 “Entre as políticas públicas, cabe diferenciar as políticas de Estado das políticas de governo. Enquanto esta última possui relação com o mandato eletivo; a primeira pode atravessar vários mandatos. Assim, enquanto a política de governo corresponde a um conjunto articulado de intenções de autoria do grupo político vencedor do processo eleitoral que assumirá e responderá, por um período determinado de tempo, o controle do Estado, a política de Estado é resultado de uma tomada de consciência da classe política e da sociedade em determinado assunto, de tal modo que, mesmo mudando o governo, a ideia não é abandonada nem tem seus princípios distorcidos, permanecendo no tempo, independentemente do grupo político que estiver no governo” (SADDY, André. Formas de atuação e intervenção do estado brasileiro na economia. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 336).

pensadas para o futuro, principalmente no âmbito das esferas municipais e estaduais, a despeito de algumas tentativas no passado²⁰. Apesar da existência de obrigatoriedade de planejamento de saneamento básico nos municípios, para que estes recebam repasses do governo federal, consoante determinação prevista pelo Decreto nº 8.211 de 21 de março de 2014, que alterou a redação do §2º do art. 26 e §6º do art. 34, ambos do Decreto nº 7.217 de 21 de junho de 2010²¹, além da criação do PAC- Programa de Aceleração do Crescimento, o que se percebe é a aparente ausência ou má elaboração de planos e projetos que não são executados e verbas orçamentárias que se perdem sem serem efetivamente aplicadas para o fim a que se destinam. Mais adiante trataremos sobre planejamento econômico orçamentário e poderemos observar os dados que corroboram com os dados apresentados.

3. Planejamento administrativo público e sistema econômico orçamentário

Conforme visto, após a definição do plano político/administrativo, o planejamento econômico seria o marco direcionador de todos os demais planos para o desenvolvimento social dentro da Administração Pública.

Mas, para alcançar este planejamento econômico, torna-se necessário um novo instrumento, como forma de materializar as metas para desenvolvimento de planos nas esferas que necessitem de desenvolvimento, como saúde, educação, saneamento básico e outros.

Entra em cena o planejamento dos recursos do orçamento público, para atender as demanda de serviços públicos a serem prestados e realizados dentro da esfera estatal.

20 Como o Plano Nacional de Saneamento – Planasa.

21 “Art. 26. (...) §2º Após 31 de dezembro de 2015, a existência de plano de saneamento básico, elaborado pelo titular dos serviços, será condição para o acesso a recursos orçamentários da União ou a recursos de financiamentos geridos ou administrados por órgão ou entidade da administração pública federal, quando destinados a serviços de saneamento básico.” (NR)

“Art. 34 (...) § 6º Após 31 de dezembro de 2014, será vedado o acesso aos recursos federais ou aos geridos ou administrados por órgão ou entidade da União, quando destinados a serviços de saneamento básico, àqueles titulares de serviços públicos de saneamento básico que não instituírem, por meio de legislação específica, o controle social realizado por órgão colegiado, nos termos do inciso IV do caput.” (NR)

Os planos econômicos são normas jurídicas vinculadas e de competência da União, Estados e Distrito Federal e Municípios, de acordo com art. 21, IX e XX e 30, VIII da CRFB.

A verdade é que o planejamento econômico acaba por ser confundido com o planejamento orçamentário, mas na verdade, são coisas distintas, apesar de próximas. No planejamento econômico define-se a tipo de área econômica e social que terá preferência em buscas de seu pleno desenvolvimento. Já o planejamento orçamentário, se traduz na avaliação da existência de recursos financeiros existentes, aptos a suportar os investimentos necessários para se alcançar o planejamento econômico que se busca implementar.

O gestor, com diversas possibilidades de atuação, pincela algumas, em sua liberdade de configuração, que entende merecedoras de uma atuação mais intensificada. Este consiste basicamente na escolha do que se vai se executar dentro do plano de diretrizes de orçamento, que dizer o direcionamento de onde será investido o dinheiro público e como o mesmo será gerido²². O nosso planejamento orçamentário é materializado por meio de 3 leis, o Plano Plurianual – PPA, a Lei de Diretrizes Orçamentárias – LDO e a Lei Orçamentária Anual – LOA, de iniciativa do Poder Executivo, conforme disposto no art. 165 da Carta Constitucional.

Os Poderes Executivos tem a prerrogativa de definir o orçamento do plano Plurianual com suas metas e objetivos a serem alcançados em quatro anos, constituindo um planejamento de médio prazo.

A Lei de Diretrizes Orçamentárias vai pincelar, dentre os objetivos definidos no plano plurianual, aqueles que devem ser priorizados, para aquele determinado exercício financeiro, e irá orientar a execução da LOA.

Já a Lei Orçamentária Anual é o orçamento propriamente dito que irá ser praticado pelo Poder Executivo no exercício financeiro correspondente, prevenindo todos os gastos, com estimativa de receitas e previsão de despesas.

Os planos de desenvolvimento devem prever seus custos orçamentários e suas metas de desenvolvimento. Usa-se a elaboração e planejamentos administrativo aliado ao planejamento orçamentário, dentro do plano de diretrizes orçamentárias de cada ente federativo - União, Estados e Município; contudo,

22 Fala-se em liberdade de configuração no espaço de atuação que o agente possui em estabelecer quais áreas receberam mais ou menos investimentos. (SADDY, André. Apreciatividade e discricionariedade administrativa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014).

nos ateremos aos planos e metas orçamentais da União, ressaltando que o orçamento é um instrumento de gerenciamento do dinheiro público, através do qual se pode determinar que áreas de desenvolvimento serão beneficiadas e de que forma, e que o mesmo é elaborado pelo Poder Executivo e posteriormente é enviado ao Congresso Nacional para apreciação.

4. Desenvolvimento do planejamento de saneamento básico

No campo do saneamento básico, com o devido planejamento estratégico, pode-se afirmar que existem todos os fatores necessários para que se evolua no país o plano de erradicar a problemática da falta de saneamento. Possuímos legislação própria, planejamento e planos de execução. Todavia, com investimentos orçamentários ainda tímidos para o tamanho do montante necessário de aporte, bem com a falta de fiscalização dos administradores destes serviços.

No passado, tivemos o Plano Nacional de Saneamento – Planasa criado no Governo Militar, tocado pelo Banco Nacional de Habitação, e operado pelas Companhias Estaduais de Água e Esgoto – CEAEs, que conseguiu dar um salto na quantidade de locais com saneamento básico, a despeito de não conseguir universalizá-lo.²³ Atualmente, dentro do Planejamento Nacional de Desenvolvimento em Infraestrutura – Plansab, o saneamento básico, está regulamentado pela Lei nº 11.445 de 05 de janeiro de 2007 e possui diretrizes estabelecidas para o desenvolvimento no setor no âmbito nacional.

O Plansab, como é chamado, possui como umas de suas metas o alcance do acesso universal ao saneamento básico, conforme previsto no inciso I do art. 2º da Lei nº 11.445/2007²⁴, e este é de suma importância para o desenvolvimento humano e econômico, pois está ligado ao direito fundamental a saúde e ao desenvolvimento infraestrutura urbana das cidades, que, consequentemente, também afeta a economia. A responsabilidade de gestão do Plansab é da União, Estado, Município por força do art. 241 da CRFB, sendo permitida a gestão associada por pessoas jurídicas que possam prestar o serviço através de Parceria

23 SALLES, Maria José. Política Nacional de Saneamento: percorrendo caminhos em busca da Universalização. Tese de Doutorado. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2009.

24 Art. 2º Os serviços públicos de saneamento básico serão prestados com base nos seguintes princípios fundamentais:

I - universalização do acesso;

Público Privada, Consórcio, Convênios de Cooperação, conforme disposto no art. 16 da Lei nº 11.445/2007, cabendo aos referidos entes a responsabilidade pela regulação, fiscalização e prestação dos serviços.

O ente público responsável deverá formular as respectivas leis e diretrizes, informando como deverá desenvolver o planejamento de saneamento dentro de determinada área- federal estadual ou municipal; e a prestação de serviço pode-se dar por pessoas jurídicas diversas como já explicado no parágrafo anterior. Observe-se que, aquele que oferte o serviço de saneamento deverá executar tal serviço seguindo as diretrizes estabelecidas pela legislação federal e local, de acordo com os arts. 9º e 11 da Lei nº 11.445/2007.

Abordando os parâmetros do planejamento de desenvolvimento de saneamento básico no âmbito federal, estabelece o art. 52 da Lei nº 11.445/2007, que sua coordenação ficou ao encargo do Ministério das Cidades, sendo este responsável pela implantação de programas, planos e diretrizes para desenvolvimento do acesso a saneamento em todo território nacional.

No art. 49 da mesma lei já citada²⁵, quais medidas devem ser tomadas, dentre elas destacam-se algumas, em que se observa que o plano de saneamento no âmbito federal deve contribuir para o desenvolvimento nacional, bem como a

25 Art. 49. São objetivos da Política Federal de Saneamento Básico:

- I - contribuir para o desenvolvimento nacional, a redução das desigualdades regionais, a geração de emprego e de renda e a inclusão social;
- II - priorizar planos, programas e projetos que visem à implantação e ampliação dos serviços e ações de saneamento básico nas áreas ocupadas por populações de baixa renda;
- III - proporcionar condições adequadas de salubridade ambiental aos povos indígenas e outras populações tradicionais, com soluções compatíveis com suas características socioculturais;
- IV - proporcionar condições adequadas de salubridade ambiental às populações rurais e de pequenos núcleos urbanos isolados;
- V - assegurar que a aplicação dos recursos financeiros administrados pelo poder público dê-se segundo critérios de promoção da salubridade ambiental, de maximização da relação benefício-custo e de maior retorno social;
- VI - incentivar a adoção de mecanismos de planejamento, regulação e fiscalização da prestação dos serviços de saneamento básico;
- VII - promover alternativas de gestão que viabilizem a auto-sustentação econômica e financeira dos serviços de saneamento básico, com ênfase na cooperação federativa;
- VIII - promover o desenvolvimento institucional do saneamento básico, estabelecendo meios para a unidade e articulação das ações dos diferentes agentes, bem como do desenvolvimento de sua organização, capacidade técnica, gerencial, financeira e de recursos humanos, contempladas as especificidades locais;
- IX - fomentar o desenvolvimento científico e tecnológico, a adoção de tecnologias apropriadas e a difusão dos conhecimentos gerados de interesse para o saneamento básico; X - minimizar os impactos ambientais relacionados à implantação e desenvolvimento das ações, obras e serviços de saneamento

redução das desigualdades regionais, atuando principalmente em áreas de concentração de população de baixa renda. No plano orçamentário deve-se assegurar a aplicação de recursos que maximizem a relação custo benefício, devendo todo serviço ser planejado, regulado e fiscalizado. Ainda no artigo seguinte²⁶, explicita-se que o uso dos recursos federais, bem como financiamento de recursos da União, deve ser feitos de acordo com a Lei nº 11.445/2007 e com o plano de saneamento local. Tais artigos corroboram com o art.43 da CRFB que diz em seu texto:

Art. 43. Para efeitos administrativos, a União poderá articular sua ação em um mesmo complexo geoeconômico e social, visando a seu desenvolvimento e à redução das desigualdades regionais. II - a composição dos organismos regionais que executarão, na forma da lei, os planos regionais, integrantes dos planos nacionais de desenvolvimento econômico e social, aprovados juntamente com estes.

Percebe-se, portanto, que a União atua como macro administrador do programa de saneamento, norteando e direcionando os demais entes como Estados e Municípios, fazendo repasse de verbas como, por exemplo, no Programa de Aceleração do Crescimento – PAC, estabelecendo no orçamento anual a parcela de verba pública que será repassada aos demais entes, que buscarem, concretamente, executar as políticas necessárias para prestação dos serviços.

Os Estados e Municípios, por sua vez, deverão elaborar seus próprios planos integrados de saneamento básico, respeitando as diretrizes da Lei nº 11.445/2007. Estes planos devem definir os serviços de abastecimento de água potável, esgotamento sanitário, serviço de limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos, e drenagem e manejo de águas pluviais, bem como quem será o titular do serviço,

básico e assegurar que sejam executadas de acordo com as normas relativas à proteção do meio ambiente, ao uso e ocupação do solo e à saúde;

XI - incentivar a adoção de equipamentos sanitários que contribuam para a redução do consumo de água;

XII - promover educação ambiental voltada para a economia de água pelos usuários.

26 Art. 50. A alocação de recursos públicos federais e os financiamentos com recursos da União ou com recursos geridos ou operados por órgãos ou entidades da União serão feitos em conformidade com as diretrizes e objetivos estabelecidos nos arts. 48 e 49 desta Lei e com os planos de saneamento básico e condicionados: (...).

uma vez que o ente pode passar essa administração para outra pessoa jurídica através de Parceria Público Privada.

4.1 Serviço de saneamento básico em âmbito federal

Quando a Administração Pública estabelece um planejamento de desenvolvimento econômico e de infraestrutura, deve-se estabelecer metas de efetividade, economicidade de acordo com o princípio da eficácia e da eficiência. Por isso se faz necessária a análise de diagnósticos da atualidade, para se observar a situação real e atual, em âmbito federal, estadual e municipal e com isso estabelecer prognósticos com a prospecção da evolução do serviço a serem executados.

Abordando questões práticas, é importante trazer à baila dados de órgãos e instituições federais sobre o serviço de saneamento, bem como dados de investimento feitos. O Ministério das Cidades, através do Portal Brasil, por exemplo, informa que o Plano de Aceleração do Crescimento – PAC haveria repassado de 2007 até 2015 o valor de R\$ 104,2 bilhões, para financiamento de obras de abastecimento de água e tratamento de esgoto, pela União, em parceria com estados e municípios. Ainda informam que já foram gastos R\$ 64,3 bilhões, em 2.914 obras, contudo, apenas 1.060 foram concluídas²⁷ Observando o balanço quadrienal que o PAC 2015-2018 disponibiliza para consulta, e de acordo com dados do mesmo, o programa teria executado 35,1% de seu programa nos primeiros dezoito meses do quadriênio. Os investimentos em obras de abastecimento de água, esgotamento sanitário e manejo de resíduos sólidos urbanos somariam um valor total de R\$ 78,4 bilhões em investimentos, inclusive em estudos e projetos, concluindo 4.987 empreendimentos²⁸. Segundo dados disponibilizados do Orçamento Federal 2016, no ano corrente foram disponibilizados R\$ 837,3 milhões de reais para investimentos estaduais e municipais em saneamento básico, es-

27 Portal Brasil, rede de coleta de esgoto cresceu 30% no Brasil em dez anos. Disponível em: <http://www.brasil.gov.br/infraestrutura/2016/02/rede-de-coleta-de-esgoto-cresceu-30-no-brasil-em-dez-anos>. Acesso em: 02 de dezembro de 2016.

28 Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. 3º Balanço do PAC 2015- 2018, p.62. Disponível em: <http://pac.gov.br/pub/up/relatorio/5454bd0c87a6ed2e3fb86ee141246093.pdf>. Acesso em: 30 de novembro de 2016.

ses valores seriam usados para apoio a ampliação ou melhoria de sistema de esgotamento sanitário, assim como ao apoio a sistemas de drenagem urbana sustentável e de manejo de águas pluviais em municípios críticos, sujeitos a eventos recorrentes de inundações e alagamentos e apoio à implantação, ampliação ou melhoria de sistemas de abastecimento de águas.²⁹ Entretanto, de maneira diversa, em contradição ao que afirmam os dados do Governo Federal, destaca o Instituto Trata Brasil que:

O custo para universalizar o acesso aos quatro serviços do saneamento (água, esgotos, resíduos e drenagem) é de R\$ 508 bilhões, no período de 2014 a 2033. Para universalização da água e dos esgotos esse custo será de R\$ 303 bilhões em 20 anos³⁰.

De mais a mais, de acordo com a Fundação Getúlio Vargas – FGV, em 2015 o orçamento federal de investimento em saneamento básico girou em torno de R\$ 2.480.716,741, o equivalente a 0,11% do orçamento federal. Para termos uma percepção do baixo investimento em saneamento, ele ocupa 24º lugar num ranking de 28 serviços listados como gastos orçamentários. Para o ano de 2016, de acordo com o mesmo ranking, o saneamento básico vem ocupando o último lugar em gastos do orçamento público³¹. Ou seja, existe ainda uma deficiência grande, em termos de orçamento público, destinados à implantação de planos de saneamento e sua efetiva concretização, além de precariedade no tratamento verídico quanto às informações que circulam em torno do montante de recursos efetivamente aplicados, evidenciando uma deficiência na transparência dos dados.

Devemos ainda acrescentar que, nem toda verba orçamentária disponibilizada é realmente empregada em novos empreendimentos e novas obras de infraestrutura no setor de saneamento, pois parte robusta desses valores disponibilizados são usados somente para manutenção dos serviços que já existem. Isso faz com que o país continue no ranking de países em desenvolvimento

29 Projeto Lei Orçamentária 2016. Disponível em: <http://www.orcamentofederal.gov.br/orcamentos-anuais/orcamento-2016/ploa/orcamento-cidadao-2016.pdf>. Acesso em: 04 de dezembro de 2016.

30 Instituto Trata Brasil, Disponível em: <http://www.tratabrasil.org.br/universalizacao-de-servicos-pode-levar-cem-anos>. Acesso em: 04 de dezembro de 2016.

31 FGV, Dapp, Transparência Orçamentária, Mosaico Orçamentário. Disponível em: http://dapp.fgv.br/mosaico/mosaic_f/2016/17-saneamento. Acesso em 18/07/2016

com déficit em desenvolvimento em infraestrutura e humano. Segundo o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (Pnud), o Brasil ocupa o 75º lugar no ranking de desenvolvimento humano, em uma lista tem 188 países, e não temos previsão de alcançar a meta de universalização de acesso serviços de saneamento básico em 2033³². Isso evidencia como os índices de execução no planejamento do saneamento básico são baixos, além do fato dos números de obras em andamento, na esfera federal, não condizerem com a realidade que se apresenta.

4.2 Serviço de saneamento básico do Estado e Município do Rio de Janeiro

Segundo os dados dos diagnósticos dos municípios brasileiros que possuem planejamento de saneamento básico e sua evolução, apesar do Decreto nº 8.211/2014, já citado anteriormente, criar uma espécie de obrigatoriedade aos chefes do poder executivo municipal, para criarem plano de saneamento básico e assim obterem recursos federais para este setor, ainda verificamos que uma grande parte dos municípios brasileiros não possui tal planejamento instalado em suas políticas, e que isto é um grande motivo de atraso e ineficiência na execução e expansão desse serviço público³³. Segundo dados da LOA 2016 do Estado do Rio de Janeiro, R\$ 33.708.000,00 (trinta e três milhões e setecentos e oito mil reais) foram repassados pelo Governo Federal para o setor de energia e saneamento básico. Nos dados da figura abaixo se pode verificar que, deste total, apenas R\$ 2.900.000,00 (dois milhões e novecentos mil reais) foram usados eficazmente como investimento.

32 PNUD, Ranking Global de IDH 2014. Disponível em: <http://www.undp.org/content/brazil/pt/home/idh0/rankings/idh-global.html/>. Acesso em: 18/09/2016.

33 Diagnóstico da situação dos Planos Municipais de Saneamento Básico e da Regulação dos Serviços nas 100 maiores cidades brasileiras. Disponível em: <http://www.tratabrasil.org.br/diagnostico-da-situacao-dos-planos-municipais-de-saneamento-basico-e-da-regulacao-dos-servicos-nas-100-maiores-cidades-brasileiras-3> . Acesso em: 16/12/2016.

UO: 2132 Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro									
DEMONSTRATIVO DA RECEITA									
R\$ (1.00)									
Natureza da Receita	Descrição					Esterço	Valor		
1100	RECEITA TRIBUTÁRIA					F	33.700.453		
1900	OUTRAS RECEITAS CORRENTES					F	33.419.643		
Recursos Provenientes do Tesouro							294.610		
TOTAL GERAL							33.700.453		
UO: 2132 Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro									
DEMONSTRATIVO DA DESPESA POR PROGRAMA DE TRABALHO									
R\$ (1.00)									
ESPECIFICAÇÃO	EMP	PR	TOTAL	REGIONAL E INTERMUNICIPAL	JARVIS E INTERMUNICIPAL	OUTRAS DESPESAS CORRENTES	INVESTIMENTOS	AMORTIZAÇÃO PRINCIPAL	AMORTIZAÇÃO DA DÍVIDA
04 Administração			30.708.453	15.132.205	----	15.576.108	2.900.000	----	----
04.122 Administração Geral			20.336.910	15.132.205	----	9.590.318	1.500.000	----	----
04.122.0002 Gestão Administrativa			22.508.910	15.132.205	----	9.590.318	1.500.000	----	----
04.122.0002.0007 Despesas Gerais de caráter fixo			200.000	----	----	200.000	----	----	----
04.122.0002.2010 Prest. Serv. entre Org. Est. e Aut. e Subor.	F	2132	200.000	----	----	200.000	----	----	----
04.122.0002.2018 Manutenção Operacional de Edifícios	F	2132	1.037.701	----	----	1.037.701	----	----	----
04.122.0002.2018 Manutenção Operacional de Edifícios	F	2132	5.000.449	----	----	3.700.449	1.300.000	----	----
04.122.0002.2090 Passagem e Encargos Sociais	F	2132	5.000.449	----	----	3.700.449	1.300.000	----	----
04.122.0002.4001 Pagamento Despesas Serviços Utilidade Pública	F	2132	10.021.953	15.132.205	----	300.000	----	----	----
04.122.0002.4001 Pagamento Despesas Serviços Utilidade Pública	F	2132	400.000	----	----	400.000	----	----	----
04.122.01 70 Reg. de Serv. Púb. Conced. de Energia e Saneamento	F	2132	400.000	----	----	400.000	----	----	----
04.122.01 70.4205 Gs. de Reg. Estado RJ de Infraestrutura	F	2132	504.000	----	----	304.000	200.000	----	----
04.122.01 70.4205 Gs. de Reg. Estado RJ de Infraestrutura	F	2132	504.000	----	----	304.000	200.000	----	----
04.125 Normatização e Fiscalização			10.577.943	----	----	9.577.943	1.400.000	----	----
04.125.01 70 Reg. de Serv. Púb. Conced. de Energia e Saneamento			10.577.943	----	----	9.577.943	1.400.000	----	----
04.125.01 70.2005 Assup. Serv. Páb. Conced. Energia e Saneamento	F	2132	7.000.943	----	----	6.700.943	1.200.000	----	----
04.125.01 70.9309 Assup. Serv. Páb. Conced. de Gest. Res. Sane	F	2132	7.000.943	----	----	6.700.943	1.200.000	----	----
04.125.01 70.9309 Assup. Serv. Páb. Conced. de Gest. Res. Sane	F	2132	1.204.000	----	----	1.104.000	100.000	----	----
04.125.01 70.9309 Assup. Serv. Páb. Conced. de Gest. Res. Sane	F	2132	1.204.000	----	----	1.104.000	100.000	----	----
04.125.01 70.9309 Assup. Serv. Páb. Conced. de Gest. Res. Sane	F	2132	1.204.000	----	----	1.104.000	100.000	----	----
TOTAL FISCAL			30.708.453	15.132.205	----	15.576.108	2.900.000	----	----
TOTAL GERAL			30.708.453	15.132.205	----	15.576.108	2.900.000	----	----

EMP - Entidade Operadora PR - Fonte de Recursos

Fonte: SEPLAG/RJ – Lei do Orçamento Anual 2016 Vol I

Em contra partida, de acordo com o Portal do Saneamento Básico:

“a universalização do sistema de água e esgoto no Rio de Janeiro vai exigir R\$ 26,09 bilhões em investimentos em 30 anos, segundo estimativa da Inter. B Consultoria Internacional de Negócios”³⁴.

Com o valor investido anualmente, de acordo com nossa Lei de Orçamento Anual 2016, estamos distantes de alcançar tal meta, sendo que estamos falando somente dos serviços de água e esgoto, excluído dessa perspectiva outras áreas do saneamento.

Importante lembrar que o Município do Rio de Janeiro passou nos últimos anos por grandes obras de infraestrutura por conta de grandes eventos

34 Portal do Saneamento Básico, Universalização de água e esgoto no Rio exigirá R\$26 bi. Disponível em: <http://www.saneamentobasico.com.br/portal/index.php/investimentos/universalizacao-de-agua-e-egoto-no-rio-exigira-r-26-bi/>. Acesso em: 25 de agosto de 2016.

como a Copa do Mundo, Olimpíadas e Paraolimpíadas. Contudo, ainda passa por precariedade nas áreas de tratamento de esgoto, escoamento de águas pluviais e abastecimento de água.

Relembre-se, ainda, que promessas Administrativas como despoluição da Baía de Guanabara, e da Lagoa Rodrigo de Freitas não foram cumpridas em sua totalidade, a Cedae, empresa pública responsável pelo Sistema de Abastecimento de Água e Esgotamento Sanitário, do município do Rio de Janeiro e parte da região Metropolitana, possui um projeto cuja sigla PDBG – Programa de despoluição da Baía de Guanabara existe desde a década de 90, e já gastou o equivalente a R\$1.796.397.398,40 (um bilhão, setecentos e noventa e seis milhões, trezentos e noventa e sete mil, trezentos e noventa e oito reais e quarenta centavos) em verbas de repasse de recursos financeiros do próprio Estado do Rio de Janeiro ou de empréstimos internacionais, sem dar efetiva execução ao projeto de despoluição³⁵. Segundo o Instituto Trata Brasil, a zona oeste do município, onde de acordo com dados do IBGE, houve maior crescimento demográfico na cidade nos últimos anos, passa por sérios problemas de saneamento, sendo que a região não foi incluída nas Parcerias Público Privadas do PAC em conjunto com governo estadual³⁶. Ainda de acordo com Portal do Saneamento:

(...) Cinco projetos, que somavam mais de R\$ 1 bilhão, beneficiavam a Zona Oeste. O relatório De Olho no PAC, do Instituto Trata Brasil, aponta que duas obras de esgotamento sanitário, com custo de mais de R\$ 30 milhões, foram concluídas. A maior, também de esgotamento sanitário, orçada em R\$ 642,7 milhões, está em ritmo normal. Já a da ampliação do sistema de abastecimento de água, com custo de R\$ 215,4 milhões, não foi iniciada, e a da implantação do sistema de esgotamento sanitário da Bacia de Santa Cruz, orçada em R\$ 280,7 milhões, está atrasada³⁷.

35 CEDAE. Programa de despoluição da Baía de Guanabara – PDBG. Disponível em https://www.cedae.com.br/despoluicao_baia_guanabara. Acesso em: 30 de outubro de 2016.

36 Instituto Trata Brasil, De olho no PAC. Disponível em: <http://www.tratabrasil.org.br/de-olho-no-pac>. Acesso em: 30 de setembro de 2016.

37 Portal do Saneamento, Barra RJ O Pódio do Esgoto. Disponível em <http://www.saneamentobasico.com.br/portal/index.php/geral/barra-rj-o-podio-do-esgoto/>. Acesso em: 22 de outubro de 2016.

Desta feita, a revisão de metodologia de planejamento, ou melhor, o aprimoramento das ferramentas de instituição do planejamento na esfera do saneamento básico, se tornam necessárias e urgentes.

Isso pode ser alcançado, talvez, com a desburocratização da administração pública, principalmente de empresas estatais e municipais, bem como com o maior aporte de investimentos orçamentários no setor, e também com a ampliação das parcerias público privadas.

Ademais, deve-se buscar implementar mecanismos de controle de eficiência dos atos praticados pela Administração, ou seus concessionários, como forma de maximizar os resultados, minimizando os recursos financeiros, tão escassos atualmente na sociedade.

Conclusões

Evidencia-se que o planejamento é instrumento importantíssimo para a implementação de políticas públicas, pois viabiliza a visualização de aspectos internos e externos que podem influenciar, tanto positiva quanto negativamente a concretização da finalidade almejada.

Isso se realça quando o argumento central cinge-se a políticas de saneamento básico, considerando o enorme quantitativo de recurso financeiro, bem como de tempo, que são necessários para a colocação em prática deste direito social.

Demonstrou-se que a implementação do planejamento se dá através de uma tríplice vertente, de aspecto político e administrativo, econômico e orçamentário.

Sob a ótica do planejamento no saneamento básico, deve-se incrementar o planejamento estratégico nesta seara, como forma de viabilizar a correta implementação do saneamento, evitando-se o desperdício de dinheiro público, bem como viabilizando a máxima eficiência e efetividade nos resultados que se busca alcançar.

Com os dados apresentados, demonstra-se que, hodiernamente, encontramos-nos longe deste desiderato. Não em termos de legislação, que é boa, mas na busca, efetivamente material, na incrementação desde direito social.

Deve-se, portanto, buscar o aprimoramento de mecanismos para concretização desta finalidade pública, e transparência na divulgação de seus dados, diante da magnitude de sua implementação, visto que afetam outros direitos sociais, como o da saúde e o da vida com dignidade.

Referências

BARBOSA, Fernando de Holanda. Regime de Política Econômica e Crescimento Sustentável. In: Luiz Carlos Bresser Pereira. (Org.). Regime de Política Econômica e Crescimento Sustentável - IN Luiz Carlos Bresser Pereira - O que Esperar do Brasil. Rio de Janeiro: FGV, 2013.

BRASIL, Ministério das Cidades, Plansab. Disponível em: <<http://www.cidades.gov.br/saneamento-cidades/plansab>> Acesso em 15/07/2016.

_____. Empresa Brasil de Comunicação S/A, Brasil ocupa 112ª posição no ranking intencional de saneamento. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2014-03/brasil-ocupa-112a-posicao-no-ranking-intencional-de-saneamento>>. Acesso em 12/07/2016.

_____. Banco Nacional de Desenvolvimento- BNDES, Plano de Saneamento Básico, Disponível 'em <:http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/empresa/download/apresentacoes/pmat/9ap1_Plano_Saneamento_junho_2011_RJ.pdf> Acesso em 10/07/2016.

_____. Presidência da República, Lei 11.445/2007

CHIAVENATO, Idalberto. Introdução à teoria geral da administração. 7ª Edição. Rio de Janeiro: Campus, 2004.

GAMA, João Taborda da. Promessas administrativas: da decisão de autovinculação ao acto devido. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

MAXIMIANO, Antonio César Amaru. Introdução a Administração. 5ª Edição. São Paulo: Atlas, 2000.

MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. Direito administrativo: textos e casos práticos. 2ª Edição. Coimbra: Almedina, 2015.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno: legitimidade: finalidade: eficiência: resultados. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

Camila Gonçalves da Silva
Sergio Foster Perdigão

NOGUEIRA, Fernando Costa. Cidadania e Cultura. Disponível em: <https://fernandonogueiracosta.wordpress.com/>. Acesso em 30/11/2016.

SALLES, Maria José. Política Nacional de Saneamento: percorrendo caminhos em busca da Universalização. Tese de Doutorado. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2009.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SADDY, André. Apreciatividade e discricionariedade administrativa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

_____. Formas de atuação e intervenção do estado brasileiro na economia. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

_____. Limites à tomada de decisão e controle judicial da Administração Pública. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

SOUTO, Marcos Juruena Villela Souto. Direito administrativo econômico. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

Distribuição e Conflitos de Competência no Âmbito do Saneamento Básico: Município como Ente Titular da Prestação do Serviço

Guilherme Mello Graça¹

Ana Paula de Almeida²

Sumário: *Introdução; 1. Panorama constitucional da distribuição de competência do saneamento básico; 2. A inserção do Município no regime de competência dos serviços públicos de saneamento básico e o sistema de águas da Constituição Federal; 3. Municípios e região metropolitana na questão do saneamento básico; 4 Alternativas jurídicas para a prestação dos serviços públicos de saneamento básico por parte do Município: teoria da troca do sujeito; Conclusões; Referências.*

Introdução

O presente artigo tem por escopo apresentar linhas introdutórias acerca da distribuição e do conflito de competências no âmbito do saneamento básico, com análise centrada no Município como ente titular da prestação de tais serviços públicos.

A compreensão dos possíveis conflitos de competência, bem como sua forma de distribuição, é essencial para o aprofundamento do tema, motivo que justifica o aprofundamento de um marco regulatório delimitado e claro que tem por objetivo conferir segurança jurídica para a prestação dos serviços de saneamento básico.

1 Mestre em Relações Internacionais pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Mestrando em Direito Constitucional pelo Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Universidade Federal Fluminense (PPGDC-UFF). Procurador Municipal. Advogado. herrmello@hotmail.com

2 Bacharel em Direito pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Residente Jurídico da Procuradoria do Estado do Rio de Janeiro. Advogada. anapauladealmeida64@yahoo.com.br

Como sabido, as dimensões continentais do Brasil, bem como o crescimento desordenado de algumas regiões metropolitanas, notadamente a do Rio de Janeiro³, apresentam desafios hercúleos no âmbito do saneamento básico, os quais demandam igualmente soluções jurídicas aptas a acomodar o arcabouço de leis e normas emanadas de outros entes federativos. O que se pretende, nesse artigo, é sistematizar o estudo dessas normas e responder eventuais questões suscitadas no âmbito de distribuição de competências do saneamento básico, tema muito significativo e impactante à sociedade brasileira.

1. Panorama constitucional da distribuição de competência do saneamento básico

A temática da repartição constitucional de competências remete diretamente à organização federativa do Estado brasileiro, sendo indispensável fazer alguns apontamentos iniciais e teóricos sobre a matéria.

O Estado Federal⁴, como é cediço, é uma forma de distribuição do poder político. Caracteriza-se pela coexistência de dois (ou mais) níveis de poder no âmbito de um mesmo Estado: o ente central e os entes locais. Tenham se formado por agregação (isto é: a partir de Estados anteriormente independentes) ou por desagregação (a partir de um único Estado unitário anterior, como é o caso brasileiro), todos os Estados federais buscam um equilíbrio ótimo entre dois elementos: a garantia da unidade nacional e a preservação da diversida-

3 Segundo dados disponibilizados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), a população estimada da Região Metropolitana do Rio de Janeiro para o ano de 2015 é de 12.280.703 (doze milhões duzentos e oitenta mil setecentos e três) habitantes, o que corresponderia a 6% (seis por cento) do total da população do País. Para consulta aos dados disponibilizados pelo Instituto, acessar: <http://saladeimprensa.ibge.gov.br/noticias.html?view=noticia&id=1&idnoticia=2972&busca=1&t=ibge-divulga-estimativas-populacionais-municipios-2015-atualizado-1800h-dia-28082015>. Acesso em: 26 de setembro de 2016.

4 Nas lições do Ministro Gilmar Mendes sobre o tema: *“O Estado Federal expressa um modo de ser do Estado (dá-se dizer que é uma forma de Estado) em que se divisa uma organização descentralizada, tanto administrativa quanto politicamente, erigida sobre uma repartição de competências entre o governo central e os locais, consagrada na Constituição Federal, em que os Estados federados participam das deliberações da União, sem dispor do direito de secessão. No Estado Federal, de regra, há uma Suprema Corte com jurisdição nacional e é previsto um mecanismo de intervenção federal, como procedimento assecutorio da unidade física e da identidade jurídica da Federação”*. (MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014).

de própria das localidades⁵. A Carta Constitucional é a responsável por prever os elementos básicos da ideia de Federação⁶, é dizer, a autonomia dos entes federados e a repartição de competências. Segundo Raul Machado Horta: “a autonomia das atividades federativas pressupõe repartição de competências para o exercício e desenvolvimento de sua atividade normativa”⁷. O constituinte de 1988, influenciado tanto pelo modelo norte-americano⁸, quanto pelo modelo alemão⁹, adotou como princípio estruturante do ordenamento jurídico brasileiro o federalismo, porém com contornos diferenciados, próprios. O modelo brasileiro pode ser revelado com o exame do texto originário, mais especificamente na leitura do artigo 1º e 18 da Carta Magna, que deixa expresso a adoção de um federalismo tripartite, conferindo aos municípios status de ente federativo¹⁰. Interessante destacar, neste ponto, as palavras de Ricardo Marcondes Martins acerca da autonomia municipal verificada no federalismo brasileiro¹¹:

- 5 Ver BARROSO, Luís Roberto, Direito constitucional brasileiro: O problema da Federação. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 27: “Como bem observou Durand, o objetivo que se procura atingir através da fórmula federativa é realizar e assegurar a unidade humana, jurídica e econômica de toda a nação, resguardando, todavia, com essa ressalva, o livre ajuizamento e a ampla disciplina dos interesses e particularismos locais”.
- 6 Princípio fundamental do Estado Brasileiro. CRFB, Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos.
- 7 HORTA, Raul Machado, A autonomia do Estado-membro no direito constitucional brasileiro. Belo Horizonte: Graf. Santa Maria, 1964, p. 49. Apud: SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 478.
- 8 A Constituição dos Estados Unidos enumera competências expressas da União e as demais, não previstas expressamente, cabem aos Estados-membros. Nota-se, que apesar de seguirem lógicas semelhantes ao enumerar as competências da União, cabendo aos Estados-membros o exercício das competências residuais, enquanto a Constituição norte-americana prevê um apertado rol de competências da União, designando aos Estados-membros maior participação, no caso brasileiro ocorre exatamente o contrário com a previsão de um extenso rol de competências da União.
- 9 O modelo germânico, por sua vez, possui um raciocínio completamente diverso. Funda-se no federalismo por cooperação, sob a lógica de um constitucionalismo social.
- 10 Autonomia esta que vem sendo confirmada (e reafirmada) pelo Próprio Supremo Tribunal Federal, destaca-se principalmente a postura da suprema corte no julgamento da ADI 1.842-RJ, sobre a temática da criação de regiões metropolitanas para a prestação do serviço de saneamento básico no Rio de Janeiro, que será esmiuçada mais adiante.
- 11 MARTINS, Ricardo Marcondes. Titularidade do serviço de saneamento básico. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, v. 249, p. 172-198, mês, 2008. Disponível na internet: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/2545/2858> . Acesso em 28.10.2016.

[...] o federalismo brasileiro é marcado pela autonomia municipal não parecida com as encontrada nos Estados europeus, no sentido de uma autonomia administrativa, de maior ou menor amplitude. Não. No federalismo brasileiro os municípios são entidades políticas autônomas, que estão em pé de igualdade com os Estados-membros, o princípio da autonomia federativa municipal é, pode-se dizer, verdadeiro idiotismo da linguagem constitucional brasileira.

Em suma, o Estado Federal brasileiro é formado por três níveis de poder: União, Estados, Municípios e do Distrito Federal, que cumula as competências dos dois últimos, tendo adotado tanto o federalismo dual quanto o federalismo cooperativo. Sendo assim, as competências podem ser exercidas privativamente ou exclusivamente por cada ente ou comumente ou concorrentemente a depender da matéria.

O direito constitucional brasileiro prevê não apenas competências exclusivas ou privativas de cada ente, em razão do princípio da predominância de interesses, como também competências comuns (administrativas) ou concorrentes (legislativas), compartilhadas pelos entes estatais.

No tocante a competência propriamente dita, José Afonso da Silva¹², assim a define:

[...] competência é a faculdade juridicamente atribuída a uma entidade, ou de um órgão ou agente do Poder Público para emitir decisões. Competência são as diversas modalidades de poder de que se servem os órgãos ou entidades estatais para realizar suas funções.

Contudo, o modelo de federalismo de cooperação adotado pelo Brasil há de ser visto com ressalvas, principalmente no caso do saneamento básico, como será demonstrado mais adiante. Isto porque, a intenção deste modelo de colaboração é o atendimento do interesse público da melhor forma possível, quando, partindo de uma análise pragmática, apenas um ente se demonstra insuficiente para a execução de tarefas constitucionais.

12 SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 478.

O que deve ser alertado, porém, é que isto não implica em sua direta transferência de competência a outro ente¹³. Dito isso, enfrenta-se, finalmente, o tema central deste artigo, as competências que envolvem o serviço de saneamento básico e a inserção do Município no regime de competências do serviço público de saneamento e o sistema de águas contemplado na Constituição Federal.

2. A inserção do Município no regime de competência dos serviços públicos de saneamento básico e o sistema de águas da Constituição Federal

O saneamento básico, nos termos do artigo de Luca Mandarino e Cíntia Silva, segundo capítulo desta obra¹⁴, consiste em importante aspecto da saúde pública, no sentido de promover a qualidade de vida da população, bem como reflete sensivelmente na diminuição dos indicadores de doenças, transmissíveis em razão de condições espúrias de saúde e habitação, notadamente das populações mais carentes. Esse aspecto fica contundente na Constituição Federal em seu art. 200, inciso IV, no qual cabe ao sistema único de saúde, além de outras atribuições, participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico. Luis Roberto Barroso procura examinar o sistema das águas na Constituição, além de analisar a distribuição de competências dos entes administrativos, notadamente no serviço de saneamento básico. Tradicionalmente, no direito constitucional brasileiro, as competências eram distribuídas com certa rigidez, mediante critérios que definiam o âmbito de atuação exclusiva de cada ente estatal. Segundo o autor: “a União tinha suas competências enumeradas, os Municípios detinham as competências afetas ao interesse local e os Estados

13 “Com efeito: o texto de 1988, e isso é indiscutível, adotou um modelo de federalismo cooperativo. Por um lado, estabeleceu um extenso rol de competências comuns no art. 23, por outro, impôs, no caput do art. 211, às entidades federativas, às entidades federativas a organização de seus sistemas de ensino em regime de colaboração. Na cooperação todos exercem sua competência conjuntamente com os demais, todos os entes devem cooperar para execução de tarefas constitucionais. O federalismo cooperativo, porém, não pode ser invocado como uma expressão mágica, apta a transformar o modelo petrificado num verdadeiro castelo de areia.” MARTINS, Ricardo Marcondes. Titularidade do serviço de saneamento básico. Op. Cit., p. 175.

14 Veja artigo, nesta obra, intitulado “O saneamento básico e o dogmática dos Direitos Fundamentais”, de Luca Mandarino e Cíntia Silva.

titularizavam os poderes remanescentes”¹⁵. É importante fazer a ressalva de que o federalismo brasileiro, enquanto instituição, tem sido moldado por arranjos políticos e territoriais construídos ao longo da nossa história, como se vislumbra pela leitura da obra de Daniel Sarmento e Cláudio Pereira Souza Neto¹⁶. De modo complementar, Celina Maria de Souza faz um alerta crítico acerca da centralidade da União na retenção do “*monopólio legislativo*”, limitando sobremodo a capacidade das esferas subnacionais de adotarem políticas próprias, conforme excerto *in verbis*:

[...] a presença marcante da União, em particular sua capacidade de legislar sobre temas comuns aos demais entes constitutivos da Federação, tem sido a principal marca da Federação brasileira desde os anos trinta. Mas também tem sido a marca desta Federação as respostas favoráveis às demandas municipais nos momentos críticos de restauração dos regimes democráticos¹⁷.

O artigo tem por escopo justamente discutir e analisar como o Município poderia desempenhar uma centralidade no ponto específico dos serviços públicos de saneamento básico. Antes de adentrar propriamente no regime do sistema de águas e nessa (possível) centralidade do Município, é fundamental recordar o conceito de saneamento básico desenvolvido no primeiro capítulo deste livro¹⁸, o qual compreende o conjunto de ações integradas que envolvem as diferentes fases do ciclo da água. A Constituição Federal de 1988 (CRFB) trata, de maneira diferenciada, os institutos do domínio de águas, bem como do saneamento básico, institutos esses que se interseccionam, pelo menos, em três atividades relacionadas com o saneamento, quais sejam:

- Administração dos recursos hídricos;

15 BARROSO, Luis Roberto. Saneamento básico: competências constitucionais da União, Estados e Municípios. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*. Salvador, nº 11, agosto/setembro/outubro, 2007. Disponível na internet: <http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>. Acesso em: 26 de setembro 2016.

16 SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional*: teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

17 SOUZA, Celina Maria de. Regiões Metropolitanas: condicionantes do Regime Político. *Lua Nova: Revista de Cultura e Política*. 2003. p. 137-158.

18 Veja artigo, nesta obra, intitulado “*Conceito de saneamento*”, de Bruna Cavalcante Drubi Burger.

- Outorga do uso da água; e
- Proteção ambiental e controle da poluição.

Nessa linha, a Constituição de 1988 distribuiu o domínio de águas entre a União e os Estados membros, deixando de fora a partilha original dos Municípios, como se observa nos itens a seguir. Adicionalmente, é importante fazer a distinção da propriedade da água em si dos potenciais de energia hidráulica, nos termos do art. 176 da CRFB.

(i) Administração dos recursos hídricos

Em relação ao primeiro item, o art. 21, inciso XIX da CRFB prenuncia a competência da União para a instituição do sistema nacional de gerenciamento de recursos hídricos e a definição dos critérios de outorga de direitos de seu uso. O artigo constitucional foi devidamente regulamentado pela Lei nº 9.433/97, que dispõe acerca do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos (revogou algumas disposições do antigo Código de Águas de 1934, editado ainda durante o Governo Provisório de Getúlio Vargas).

Esse diploma legal traz alguns conceitos importantes, a exemplo da conceituação da água como bem de domínio público e a que a prestação do serviço de saneamento básico deve se submeter à política nacional de recursos hídricos.

(ii) Outorga do uso das águas

Em relação ao outorga do uso das águas, existe a previsão constitucional do próprio art. 21, inciso XIX da CRFB, sendo competência da União e dos Estados, supletivamente, para a outorga do uso da água. Cumpre asseverar que a outorga para os municípios prestarem o serviço de saneamento básico seria um ato de caráter vinculado, desde que houvesse o preenchimento de requisitos para tanto. Ricardo Marcondes Martins, como será visto de maneira pormenorizada no item 03 deste artigo, defende que ter a competência para legislar sobre a outorga de uso do recurso hídrico necessário à prestação do serviço não equivale a ter competência para prestar o serviço.

(iii) Proteção ambiental e controle da poluição

No que tange propriamente à temática da distribuição de competências do saneamento básico, a CRFB estabelece que a União tem competência para o

estabelecimento de diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos, no termos do art. 21, inciso XX.

Adicionalmente, o art. 23, inciso IX, da CRFB, enuncia a competência comum dos entes federados (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) na promoção de programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico. Essa norma constitucional não se refere propriamente à titularidade do serviço, e sim a promoção dos programas de saneamento básico, com a possibilidade de ação conjunta no tema.

Observa-se, nesse ínterim, a complexidade da repartição de competências no quadro constitucional, sobretudo, para temas afetos ao saneamento básico. Com os Municípios, remanesce, em todo tempo, sua competência para suplementar a legislação federal e a estadual no que couber (art. 30, inciso II, da CRFB). Sobre a inserção do Município no intrincado sistema de águas e repartição de competências do saneamento básico, a competência do Município foi baseada doutrinariamente no princípio da subsidiariedade, entendido como critério da predominância do interesse local, nos termos da doutrina clássica do Direito Administrativo, a exemplo de Hely Lopes Meirelles.

Ocorre que o constituinte optou pelo emprego de cláusulas genéricas como interesse local, comum e regional para a determinação das competências, o que certamente dá margem a conflitos potenciais entre Estados e Municípios. Esse conflito se torna ainda mais premente quando se discute a inserção dos Municípios nas regiões metropolitanas, ante a dificuldade de isolar os problemas municipais, o que demanda certamente o compartilhamento das ações integradas¹⁹. Portanto, a inserção do Município no sistema de águas e distribuição de competências, no nosso entendimento, restou prejudicada, em função da centralidade da União na conjuntura da Federação brasileira.

3. Municípios e região metropolitana na questão do saneamento básico

Como ressaltado no tópico anterior, o emprego de cláusulas genéricas como interesse local, comum e regional para a determinação de competências dá

¹⁹ Veja o artigo, nesta obra, intitulado “As regiões metropolitanas e o serviço regionalizado de saneamento básico” de Rodrigo Garrido Dias.

margem a conflitos potenciais entre Estados e Municípios, em virtude da dificuldade de isolar os problemas municipais na questão do saneamento básico, notadamente na configuração de regiões metropolitanas²⁰. Antes de representar propriamente um fenômeno jurídico, as regiões metropolitanas constituem fenômenos de caráter geográfico, urbano e populacionais que merecem ser estudados. A homogeneidade da integração dos municípios veio acompanhada da heterogeneidade das relações sociais e econômicas. Nas palavras de José Afonso da Silva, “*surtem problemas específicos que demandam solução uniforme e comum*”²¹. Pois bem, com o crescimento das regiões metropolitanas, é cediço que os serviços de saneamento básico deixaram de ter um interesse predominantemente local para transformar em serviços de interesse regional ou estadual. A CRFB preleciona, em seu art. 25 § 3º, que os Estados podem, mediante lei complementar, constituir regiões metropolitanas, constituídas por agrupamento de municípios limítrofes, para integrar a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum.

Em especial, o Estado do Rio de Janeiro editou a Lei Complementar Estadual nº 87/1997, instituindo sua respectiva região metropolitana²². Nessa linha, a citada lei complementar especificou os serviços que são considerados de interesse comum e, portanto, de titularidade do Estado, o que a rigor esvazia o arcabouço normativo e de competência legislativa do Município. No caso do saneamento básico, o art. 3º, inciso II da Lei Complementar Estadual nº 87/1997, dispõe o interesse comum da região metropolitana, nos seguintes termos:

Art. 3º - Consideram-se de interesse metropolitano ou comum 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

20 Segundo Roberto Braga e Pompeu Carvalho, “*uma região metropolitana é um aglomerado urbano composto por vários municípios administrativamente autônomos, mas integrados física e funcionalmente, formando uma mancha urbana praticamente contínua (...). O conceito de região metropolitana deve ir além da mera definição legal. Para Santos (1998), o fenômeno da metropolização corresponde à macrourbanaização e apenas as aglomerações urbanas com mais de um milhão de habitantes deveriam merecer tal denominação*”. In: BRAGA, Roberto; CARVALHO, Pompeu. Cidade: espaço da cidadania. In: GIAMETTI & BRAGA (Org.). Pedagogia cidadã. São Paulo: Unesp-Propp, 2004.

21 SILVA, José Afonso da. *Direito Urbanístico Brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 154.

22 Compreendendo os Municípios do Rio de Janeiro, Belford Roxo, Duque de Caxias, Guapimirim, Itaboraí, Japeri, Magé, Maricá, Mesquita, Nilópolis, Niterói, Nova Iguaçu, Paracambi, Queimados, São Gonçalo, São João de Meriti, Seropédica, Tanguá, Itaguaí, Rio Bonito e Cachoeiras de Macacu, conforme previsto na Lei Complementar nº 158/2013.

dependentes, concorrentes, confluentes ou integrados de funções públicas, bem como os serviços supramunicipais, notadamente:

[...]

II - saneamento básico, incluindo o abastecimento e produção de água desde sua captação bruta dos mananciais existentes no Estado, inclusive subsolo, sua adução, tratamento e reservação, a distribuição de água de forma adequada ao consumidor final, o esgotamento sanitário e a coleta de resíduos sólidos e líquidos por meio de canais, tubos ou outros tipos de condutos e o transporte das águas servidas e denominadas esgotamento, envolvendo seu tratamento e decantação em lagoas para posterior devolução ao meio ambiente em cursos d'água, lagos, baías e mar, bem como as soluções alternativas para os sistemas de esgotamento sanitário;

Observa-se, nesse particular, que o serviço de saneamento na região metropolitana estaria calcado no critério do interesse regional, e não local. Cumpre trazer a crítica bem elaborada por Ricardo Marcondes Martins, que defende que o serviço de saneamento básico é local, mesmo localizado na região metropolitana.

Segundo o autor, existe uma imprecisão ao atribuir aos Estados a competência para a instituição da região metropolitana, a qual não significa, necessariamente, a atribuição ao Estado da titularidade de todos os serviços locais afetos à região metropolitana. Não existiria uma correlação automática no sentido de o Estado instituir a região metropolitana por meio de lei complementar, e o próprio ente estatal definir esse serviço como interesse comum. Para o autor, quando a prestação do serviço, em si, extravasa os limites territoriais do município, o serviço é de titularidade do Estado.

Em síntese, Ricardo Marcondes Martins sustenta que o serviço de saneamento básico é local, mesmo na região metropolitana, pois a prestação não extravasa, pela sua natureza, o limite territorial do município. O município pode precisar do insumo (água) para a realização do serviço de saneamento básico, mas, ao prestá-lo, deve obedecer aos condicionamentos justificados pelo interesse regional. De acordo com seus apontamentos²³:

[...] nas regiões metropolitanas, os estados têm competência para impor condicionamentos exigidos pelo interesse regional; nelas os estados têm titularidade para realizar os serviços cuja prestação, em si, extra-

23 MARTINS, Ricardo Marcondes. Titularidade do serviço de saneamento básico. Op. Cit., p. 178

vasa os limites territoriais do município, serviços que por sua própria natureza são intermunicipais. O serviço de saneamento básico não se encaixa nessa categoria: é serviço local, mesmo na região metropolitana, pois a prestação não extravasa, pela sua natureza, o limite territorial do município. Os municípios são os titulares do serviço de saneamento nas regiões metropolitanas, mas, ao prestá-lo, devem obedecer aos condicionamentos, justificados pelo interesse regional, impostos na legislação estadual.

Portanto, é preciso repensar o papel do Município na prestação de um serviço público tão impactante à sociedade, ao mesmo tempo em que é imperioso que haja uma conscientização coletiva de que serviço público, em especial de saneamento básico, deve ser visualizado como instrumento de cidadania, e não como instrumento de poder político.

3.1. Breves abordagens acerca da arguição da constitucionalidade das regiões metropolitanas do Estado do Rio de Janeiro: necessidade de participação ativa dos Municípios

O surgimento da região metropolitana do Rio de Janeiro suscitou diversos questionamentos em sede constitucional, principalmente no que concerne à suposta sobreposição de um *interesse comum*, que ultrapassa o meramente local, e a compulsoriedade da integração metropolitana, mediante lei complementar estadual, e a sua compatibilidade com a autonomia municipal.

As questões foram enfrentadas pelo Supremo Tribunal Federal basicamente por meio de duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade, a ADI 1.841/RJ e a 1.842/RJ. Ambas se debruçaram acerca de temáticas que envolvem diretamente princípios sensíveis constitucionais, que servem de base à cláusula pétrea do Pacto Federativo, como: princípio democrático e equilíbrio federativo (art. 1º; 23, I; e 60, § 4º, I, da CFRB); autonomia municipal (art. 18 e 29 da CFRB); princípio da não intervenção dos Estados nos Municípios (art. 35 da CFRB), bem como o rol de competências municipais, discriminadas no texto constitucional vigente (arts. 30, I, V e VIII, e 182, § 1º, da CFRB).

A Direta de Inconstitucionalidade nº 1841/RJ foi proposta de Governador do Estado do Rio de Janeiro, objetivando a declaração de inconstitucionalidade do § único do art. 357 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, que tinha a seguinte redação, *in verbis*:

Art. 357 – A criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de municípios, far-se-ão por Lei Estadual, dentro do período determinado por Lei Complementar Federal, e dependerão de consulta prévia, mediante plebiscito, às populações dos municípios envolvidos após divulgação dos Estudos de Viabilidade Municipal, apresentados e publicados na forma da Lei.

Parágrafo único - A participação de qualquer município em uma região metropolitana, aglomeração urbana ou microrregião dependerá de prévia aprovação pela respectiva Câmara Municipal.

O questionamento acerca da inconstitucionalidade do dispositivo supra se vislumbrou em face ao art. 25, §3º da CRFB. Isto porque, segundo os argumentos tecidos na petição inicial, o preceito estadual acabou por introduzir no cenário jurídico constitucional, requisito não só estranho a norma maior, da Carta Federal, como conflitante com esta última.

Segundo o raciocínio tecido pelo Governador, acolhido pela Corte Suprema à época, foi no sentido de que a instituição da região metropolitana, aglomerações urbanas e microrregiões, constituída por agrupamentos e municípios, caberiam aos Estados, via disciplina da matéria por lei complementar, não se podendo conceber a submissão do tema ao crivo das Câmaras Municipais.

Em sede de medida cautelar, o Ministro Relator Marco Aurélio, ao deferir a medida para suspender a eficácia do dispositivo estadual, proferiu seu voto aduzindo a que a criação da região metropolitana não deve ser submetida à prévia aprovação das câmaras municipais, pois isso poderia por em risco a integração e realização de funções de interesse comum a interesses isolados e momentâneos deste ou daquele município, tem-se a sua seguinte conclusão²⁴:

É que se previu, de forma totalmente alienada dos parâmetros maiores da Carta da República, a necessidade de submeter-se à prévia aprovação

24 Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347293>>. Acesso em: 27 de novembro de 2016.

da câmara municipal a participação do município em uma região metropolitana, aglomeração ou microrregião. O risco de manter-se com plena eficácia o preceito está na existência de lei complementar editada pelo Estado cuja eficácia fica, quanto à integração e realização das funções de interesse comum, submetida a interesses isolados e momentâneos deste ou daquele município.

Ao analisar este julgado, do ano de 2002, temos que, neste primeiro momento, o Supremo Tribunal Federal adotou uma postura legalista, vinculou-se ao texto constitucional, tendo em vista que o §3º do art. 25 da CRFB não prevê qualquer requisito para a criação das regiões e aglomerações urbanas, apenas lei complementar estadual. Bem como não privilegiou a participação ativa dos municípios e a sua autonomia federativa para na prestação dos serviços públicos que, a priori, são preponderantemente de interesse local.

Sendo assim, com essa interpretação mais cerrada do dispositivo constitucional, privilegiou as competências dos Estados-membros, em detrimento à autonomia municipal, e consagrou a compulsoriedade da participação dos municípios nas regiões metropolitanas.

Contudo, a postura adotada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI 1842/RJ, aproximadamente 10 anos após o julgamento da ADI 1841/RJ, no ano de 2013, se demonstrou um pouco diferente.

Frisa-se que, diversamente do ano de 2002, no ano de 2013, a realidade fática encontrada na região metropolitana encontrada no Rio de Janeiro, assim como outras demais zonas metropolitanas brasileiras, era outra. Isto, em decorrência do crescimento econômico-populacional que localizado nas metrópoles, e incentivos à indústria, bem como ao consumo, relacionados à política econômica desenvolvida²⁵, o que demandou uma resposta mais eficaz dos poderes públicos para implementação de melhoria na infraestrutura e serviços básicos prestados nos meios urbanos, como transporte e saneamento básico. Desse modo, entre 2002 e 2013, diversos instrumentos políticos e jurídicos foram criados, com escopo de propiciar uma gestão associada entre os próprios entes e entre esses

25 Instituto Municipal de Urbanismo Pereira Passos - Prefeitura do Rio de Janeiro. Condicionantes territoriais de estimativas populacionais para unidade submunicipais: considerações a partir do caso do Rio de Janeiro. Coleção de Estudos Cariocas: Julho de 2008. Nº 20080703. Disponível na plataforma eletrônica: <http://portalgeo.rio.rj.gov.br/estudoscariocas/download/2411_Condicionantes%20territoriais%20e%20estimativas%20populacionais.pdf>. Acesso em: 27.11.2016.

os particulares, realizando uma rápida e eficiente implementação de políticas urbanas, que, muitas vezes, ultrapassam os limites territoriais de um município.

Nesta esteira, podemos citar o surgimento das seguintes legislações: a lei das parcerias público-privadas (Lei Federal nº 11.079/2004), a lei de consórcios públicos, (Lei Federal nº 11.107/2005), lei do Regime Diferenciado de Contratação, (Lei Federal nº 12.462/2011), dentre outras leis setoriais de grande importância, dentre as quais se destaca, em vista a importância de nosso estudo no momento, a Lei Federal nº 11.445/2007, do marco regulatório do saneamento básico.

Portanto, o próprio Supremo Tribunal Federal, com renovada composição de Ministros, em 2013, sopesou os mecanismos de integração entre os entes, como a própria criação da região metropolitana e os demais instrumentos encontrados no ordenamento jurídico brasileiro, buscando atender o *federalismo de cooperação*, sem, é claro, que nenhum ente federativo saísse com a sua autonomia prejudicada, principalmente os municípios.

O objeto principal da citada arguição de inconstitucionalidade, ADI 1842/RJ, de Relatoria do Ministro Luiz Fux, era a problemática que girava em torno da Lei Complementar nº 87/1997, da Lei n. 2.869/1997 e do Decreto n. 24.631/1998, todos do Estado do Rio de Janeiro, que cria a região metropolitana do Rio de Janeiro a Microrregião dos Lagos e transfere a titularidade do poder concedente para prestação de serviços públicos de interesse metropolitano ao Estado do Rio de Janeiro.

Especificamente, os serviços públicos discutido no caso em tela era o de saneamento básico, e, como foi visto, envolve uma complexa relação entre outros entes, pois, apesar de reconhecidamente ser um serviço de competência municipal, esbarra em questões fáticas como a dependência da outorga do uso de recursos hídricos de outros entes da federação, assim como se submeter a legislação geral editada pela União, que até 2007 (marco regulatório do saneamento básico), era precária, limitada a legislações espaciais.

Assim, reconheceu-se o serviço de saneamento como de alta complexidade, que ultrapassa os limites de apenas um município e, por isso, se torna um serviço de interesse comum, como se destaca os seguintes trechos do acórdão²⁶:

26 Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630026>>
Acesso em: 27 de novembro de 2016.

4. Aglomerações urbanas e saneamento básico. O art. 23, IX, da Constituição Federal conferiu competência comum à União, aos estados e aos municípios para promover a melhoria das condições de saneamento básico. Nada obstante a competência municipal do poder concedente do serviço público de saneamento básico, o alto custo e o monopólio natural do serviço, além da existência de várias etapas – como captação, tratamento, adução, reserva, distribuição de água e o recolhimento, condução e disposição final de esgoto – que comumente ultrapassam os limites territoriais de um município, indicam a existência de interesse comum do serviço de saneamento básico. A função pública do saneamento básico frequentemente extrapola o interesse local e passa a ter natureza de interesse comum no caso de instituição de regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, nos termos do art. 25, § 3º, da Constituição Federal. Para o adequado atendimento do interesse comum, a integração municipal do serviço de saneamento básico pode ocorrer tanto voluntariamente, por meio de gestão associada, empregando convênios de cooperação ou consórcios públicos, consoante o arts. 3º, II, e 24 da Lei Federal 11.445/2007 e o art. 241 da Constituição Federal, como compulsoriamente, nos termos em que prevista na lei complementar estadual que institui as aglomerações urbanas. (grifo nosso)

Conforme destacado no ponto anterior, existem divergências doutrinárias acerca desse posicionamento, como a do Ricardo Marcondes Martins que sustenta, como visto, que o serviço de saneamento básico é local, mesmo na região metropolitana, pois a prestação não extravasa, pela sua natureza, o limite territorial do município.

Ademais, o Supremo ratificou a autonomia municipal, registrando que o estabelecimento de região metropolitana não significa simples transferência de competências para o estado, que seria um grave afronta ao pacto federativo, assim segue:

5. Inconstitucionalidade da transferência ao estado-membro do poder concedente de funções e serviços públicos de interesse comum. O estabelecimento de região metropolitana não significa simples transferência de competências para o estado. O interesse comum é muito mais que a soma de cada interesse local envolvido, pois a má condução da função de saneamento básico por apenas um município pode colocar em risco todo o esforço do conjunto, além das consequências para a saúde

de pública de toda a região. O parâmetro para aferição da constitucionalidade reside no respeito à divisão de responsabilidades entre municípios e estado. É necessário evitar que o poder decisório e o poder concedente se concentrem nas mãos de um único ente para preservação do autogoverno e da autoadministração dos municípios. (grifo nosso)

Em seu voto vista, o Ministro Gilmar Mendes teceu importantes considerações acerca da escolha política do federalismo tripartite, reafirmado pela distribuição de competências, e a autonomia municipal:

[...] caracterizam-se os elementos da autonomia municipal, quais sejam, “autonomia política (capacidade de auto-organização e autogoverno), a autonomia normativa (capacidade de fazer leis próprias sobre matéria de sua competência), a autonomia administrativa (administração própria e organização de serviços locais) e a autonomia financeira (capacidade de decretação de seus tributos e aplicação de suas rendas, que é uma característica da auto-administração).” (SILVA, José Afonso da Silva. O Município na Constituição de 1988. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, pp. 8-9)

Ressaltou as lições de Hely Lopes Meirelles²⁷ que quanto à autonomia dos municípios, destaca quatro atribuições ou capacidades essenciais: a) poder de auto-organização (elaboração de lei orgânica própria); b) poder de autogoverno, pela eletividade do prefeito, do vice-prefeito e dos vereadores; c) poder normativo próprio, ou de autolegislação, mediante a elaboração de leis municipais na área de sua competência exclusiva e suplementar; e d) poder de autoadministração: administração própria para criar, manter e prestar os serviços de interesse local, bem como legislar sobre seus tributos e aplicar suas rendas. Em que pese a reafirmação da autonomia municipal na prestação de seus serviços públicos, como pode ser aferido, os Ministros acordaram no sentido de manter a decisão da ADI 1841, ratificando na própria ementa do acórdão que “o interesse comum e a compulsoriedade da integração metropolitana não são incompatíveis com a autonomia municipal”.

Porém, o ponto alto da discussão foi a forma compatibilização dessa autonomia, com a necessária de participação na tomada de decisão política, assegurando as suas *quatro atribuições ou capacidades essenciais* como ente federativo,

27 MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Municipal Brasileiro. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 93.

e a gestão compartilhada, como se dará o grau de participação de cada ente, tendo em vista existir características econômicas e populacionais bastante diferentes entre cada um.

O STF não definiu como será o compartilhamento da participação, apenas reconheceu que esses devem ter poder decisório, participação ativa, não deixando apenas a cargo do estado:

Reconhecimento do poder concedente e da titularidade do serviço ao colegiado formado pelos municípios e pelo estado federado. A participação dos entes nesse colegiado não necessita de ser paritária, desde que apta a prevenir a concentração do poder decisório no âmbito de um único ente. A participação de cada Município e do Estado deve ser estipulada em cada região metropolitana de acordo com suas particularidades, sem que se permita que um ente tenha predomínio absoluto.

A importância do julgado veio para pacificar o entendimento de que a simples criação de Região Metropolitana por lei complementar estadual não transfere a competência para o Estado, apenas nasce uma gestão compartilhada do exercício dessas competências, uma “*governança interfederativa*”. E isso veio ser consolidado com o advento do Estatuto da Metrópole (Lei Federal nº 13.089/2015)²⁸. Portanto, pode-se concluir acerca dessa discussão que o entendimento que prevalece, segundo a leitura dos julgados do Supremo Tribunal Federal, é que na região metropolitana há a preponderância do interesse comum entre os entes, municípios compulsoriamente inseridos em sua composição, para prestação de serviços de saneamento básico que, a princípio, é de competência apenas dos entes locais. Sem que isso configure a transferência de competência para os Estados, apenas nascendo uma “*governança federativa*”, nos termos da Lei Federal nº 13.089/2015.

Contudo, isso não é imune de críticas, pois conforme uma parcela da doutrina (considerada aqui minoritária²⁹), haveria uma usurpação de competência constitucionalmente atribuída aos municípios, para um ente despersonalizado, a Região Metropolitana, com participação do Estado e diluindo a autonomia

28 Veja o artigo, nesta obra, intitulado “As regiões metropolitanas e o serviço regionalizado de saneamento básico”, de Rodrigo Garrido Dias.

29 MARTINS, Ricardo Marcondes. Titularidade do serviço de saneamento básico. Op. Cit.

decisória com os demais entes municipais compulsoriamente inseridos, nos termos de uma lei editada pela União.

4. Alternativas jurídicas para a prestação dos serviços públicos de saneamento básico por parte do Município: teoria da troca do sujeito

Diante dos questionamentos suscitados na apreciação da ADI nº 1841, o STF indicou a necessidade de observância da gestão compartilhada entre os entes federativos envolvidos nos interesses metropolitanos. O interesse comum não se refere apenas aos municípios integrantes da unidade territorial, configurando um interesse compartilhado entre Estados e Municípios.

Nessa linha, parte da doutrina expõe a denominada teoria da “Troca do Sujeito”, tratada por Walter Claudius Rothenburg³⁰. Como preconizado nessa teoria, o Poder Judiciário, na avaliação das circunstâncias de fato e de direito, verificando que o sujeito (ente federativo) é inerte ou moroso no exercício de suas competências, e que os princípios concretizados no caso concreto demandam tutela imediata, pode empreender a sua troca e atribuir a competência a outro órgão público ou, dependendo do caso, ao particular. Pode-se dizer, em suma, que a teoria da troca de sujeito enunciada pela doutrina vislumbra uma situação de omissão ou mesmo morosidade do titular no exercício de sua competência quando a circunstância exige uma tutela imediata. Ao analisar as considerações doutrinárias, Ricardo Marcondes Martins³¹, entende que o serviço de saneamento poderia ser açambarcado pela teoria da troca do sujeito, na medida em que os serviços públicos de saneamento básico podem ser prestados por outro ente caso o município não consiga prestá-los adequadamente. Segundo o autor:

A prestação do serviço de saneamento básico é imprescindível para adequada tutela da saúde e, pois, da vida das pessoas — princípios concretizados pelo exercício da competência. Pois bem, diante da impossibi-

30 ROTHENBURG, Walter Claudius. Inconstitucionalidade por omissão e troca de sujeito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

31 Op. Cit.

lidade de um município prestar o serviço, caso se atribuisse à regra de competência um peso absoluto, admitir-se-ia a não concretização dos princípios da saúde e da vida até que o ente competente cumprisse sua missão constitucional. A solução é absurda: diante das circunstâncias, o não exercício da competência exige que ela seja transferida a outro ente. O peso dos princípios tutelados pelo exercício da competência, na reiterada omissão do ente competente, exige que este seja substituído.

Cumprе ressaltar que o não exercício da competência exige que ela seja transferida a outro ente administrativo, com fundamento no art. 23, inciso IX, da CRFB, o qual permitiria essa “transferência” da competência constitucional. Não faria sentido atribuir a prestação dos serviços de saneamento básico a todas as entidades federativas de maneira concomitante: a prestação conjunta causaria uma situação de conflito de competências. Assim, o dispositivo constitucional impõe expressamente a cooperação entre as entidades federativas.

Existem instrumentos jurídicos que viabilizem a prestação dos serviços públicos, a exemplo da celebração de consórcios públicos e convênios de cooperação, o quais, *a priori*, não demandariam a aplicação da teoria da troca do sujeito. Contudo, é preciso tecer considerações precisas sobre essa troca do sujeito, que pode ser total ou parcial, além de se exigir a ponderação de circunstâncias fáticas. A troca do sujeito é uma medida excepcional, viável apenas para a adequada tutela de valores exigidos pelo texto constitucional, sendo que se justifica apenas pelo tempo necessário para que o ente titular da competência encontre condições de cumpri-la.

Adicionalmente, Vitor Rhein Schirato³² resalta que o Município é igualmente competente para implementar o marco regulatório respectivo para regulação dos serviços de saneamento básico. Em que pesem as diretrizes federais sobre saneamento básico positivadas na Lei Federal nº 11.445/2007, o competente para o estabelecimento de um marco regulatório será o Município. Contudo, haveria dificuldade de estabelecer um marco regulatório sólido e propício para o setor de saneamento básico, visto que os riscos políticos em âmbito municipal são maiores. Seria importante, nesse aspecto, mitigar a interferência política na

32 SCHIRATO, Vitor Rhein. Setor de Saneamento Básico: aspectos jurídico-administrativos e competências regulatórias. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, v. 237, p. 119-141, jul./set., 2004.

prestação dos serviços regulados, até mesmo para receber investimentos significativos a serem vertidos em saneamento básico.

Conclusões

O artigo procurou abordar as linhas introdutórias acerca da distribuição e do conflito de competências no âmbito do saneamento básico, com análise centrada no Município como ente titular da prestação do serviço público. Como já visualizado, a com a compreensão dos possíveis conflitos de competência, bem como sua forma de distribuição, é essencial para o aprofundamento do tema ora proposto, o que demanda um marco regulatório delimitado e claro que tem por objetivo conferir segurança jurídica para a prestação do serviço de saneamento básico.

Desse modo, entendemos que o Município pode ser concebido como poder concedente e titular do serviço público de saneamento básico, em razão de prevalecer o critério da preponderância do interesse local. Ademais, o artigo também discutiu a possibilidade jurídica de aplicação da teoria da troca do sujeito, bem como os aspectos jurisprudenciais do serviço de saneamento básico na região metropolitana, por meio do julgamento da ADI nº 1842/RJ.

O que é realmente necessário ponderar que o possível conflito de competências não seja invocado pelo Poder Público, bem como pelos concessionários, como obstáculo à prestação do serviço público, visto que questões de conteúdo formal não podem dificultar que a população seja privada de um direito fundamental, qual seja o saneamento básico.

Muito pertinente é a crítica tecida por Luis Roberto Barroso de que, por força de uma herança patrimonialista renitente, o serviço público ainda não é visto como uma função, um compromisso com a cidadania, com a realização de objetivos sociais mais amplos³³. Ao contrário, é frequentemente tratado como mero instrumento de poder político (poder de ocupar o espaço público). A indefinição prolongada na matéria de definição de um marco regulatório claro e preciso tem adiado investimentos e ações concretas, com consequências dramáticas para a sociedade.

33 BARROSO, Luís Roberto. Saneamento básico: competências constitucionais da União, estados e municípios. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ — Centro de Atualização Jurídica, n. 13, abr./maio 2002. Disponível em: <www.direitopublico.com.br>.

Referências

ALMEIDA, Ana Paula; JORGE, Mariana Fernandes Cunha. Aspectos constitucionais do transporte aquaviário: previsões constitucionais e solução de conflitos. In: SADDY, André. CHAUVET, Rodrigo da Fonseca (coords.). Aspectos jurídicos do transporte aquaviário de passageiros. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

ALOCHIO, Luiz Henrique Antunes. O Problema da Concessão de Serviços Públicos em Regiões Metropolitanas: (re)pensando um tema relevante. Revista Interesse Público. Belo Horizonte, ano 6, n. 24, p. 184-204, mar./abr. 2004.

BARROSO, Luís Roberto. Direito constitucional brasileiro: o problema da Federação. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

BARROSO, Luís Roberto. Saneamento básico: competências constitucionais da União, estados e municípios. Revista Diálogo Jurídico. Salvador, a. 2002, n. 13, p. 01-22, abr./maio 2002. Disponível em: <www.direitopublico.com.br>. Acesso em: dezembro de 2016.

BRAGA, Roberto; CARVALHO, Pompeu. Cidade: espaço da cidadania. In: GIAMETTI & BRAGA (Org.). Pedagogia cidadã. São Paulo: Unesp-Propp, 2004.

COSTA, Camila Maia Pyramo PICININ, Juliana de Almeida. Análise da possibilidade de concessão dos serviços públicos de saneamento básico para companhia estadual por Municípios pertencentes a outros Estados federados. Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP. Belo Horizonte, ano 6, n. 65, p. 05-30, maio 2007. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=40451>>. Acesso em: 28 nov. 2016.

GRAÇA, Guilherme Mello; VILLARES, Mirian Arias. Aspectos e abordagens do transporte aquaviário nas regiões metropolitanas: nova perspectiva a partir da análise do estatuto da metrópole. In: SADDY, André. CHAUVET, Rodrigo da Fonseca (coords.). Aspectos jurídicos do transporte aquaviário de passageiros. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

HORTA, Raul Machado. A autonomia do Estado-membro no direito constitucional brasileiro. Belo Horizonte: Graf. Santa Maria, 1964, p. 49. Apud:

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Titularidade do serviço de saneamento básico. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, a. 2008, v. 249, p. 171-198, outubro, 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito municipal brasileiro. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MELO, Marcus André. Municipalismo, Nation-Building e a Modernização do Estado no Brasil. Revista Brasileira de Ciências Sociais. v. 23, n. 8, p. 83-100, 1993.

MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. 9. ed São Paulo: Saraiva, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira. Regiões Metropolitanas e Saneamento Básico. In: ALMEIDA, Fernando D. M.; MARQUES NETO, Floriano A.; MIGUEL, Luiz F.H.; SCHIRATO, Vitor R. (coords.). *Direito Público em Evolução – estudos em homenagem à professora Odete Medauar*. São Paulo: Fórum, 2013.

ROTHENBURG, Walter Claudius. Inconstitucionalidade por omissão e troca de sujeito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SCHIRATO, Vitor Rhein. Setor de Saneamento Básico: aspectos jurídico-administrativos e competências regulatórias. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, v. 237, p. 119-141, jul./set., 2004.

SILVA, José Afonso da. Direito Urbanístico Brasileiro. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SOUZA, Celina Maria de. Regiões Metropolitanas: condicionantes do Regime Político. Lua Nova: Revista de Cultura e Política. São Paulo, nº 59, a. 2003, p. 137-158, nov, 2003.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

As Regiões Metropolitanas e o Serviço Regionalizado de Saneamento

Rodrigo Garrido Dias¹

Sumário: *Introdução; 1. O “vazio jurídico” na gestão metropolitana; 2. O entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre a titularidade do saneamento em Regiões Metropolitanas; 3. O Estatuto da Metrópole e a Governança Interfederativa; 4. Panorama do Saneamento Básico em Espaços Metropolitanos. Conclusões; Referências.*

Introdução

O presente artigo abordará o panorama do saneamento nos Espaços Metropolitanos brasileiros sem descuidar, contudo, do déficit de gestão das nossas regiões. Nesse sentido, analisará os efeitos da decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) na ADI 1842 sobre a titularidade do saneamento básico, bem como, o advento do Estatuto da Metrópole, Lei 13.089, de 12 de Janeiro de 2015. Ambos consubstanciam um novo marco jurídico que permitirá a construção de arranjos institucionais mais eficazes para a soluções dos problemas comuns metropolitanos.

Espera-se que esse avanço no terreno normativo sirva de alicerce para a construção de ambientes político-institucionais mais favoráveis à concertação e que em última análise a cidadania ocupe o espaço que lhe é próprio na discussão dos temas metropolitanos.

¹ Mestrando em Direito Constitucional pela UFF (Niterói/RJ). Pós graduado em Direito Público pela FAPRO (Brasília/DF). Bacharel em Direito pela UNISINOS (São Leopoldo/RS). Membro do Grupo de Estudos de Direito Administrativo – GDA. Advogado.

1. O “vazio jurídico” na gestão metropolitana

As primeiras regiões metropolitanas brasileiras foram criadas no ano de 1973, sob a égide da Constituição Federal de 1967². São elas São Paulo, Belo Horizonte, Salvador, Recife, Fortaleza, Belém, Curitiba e Porto Alegre³. Em 2017, portanto, completamos quarenta e quatro anos de gestão metropolitana no Brasil, tempo suficiente para avaliar os resultados desse modelo de arranjo institucional no que concerne à gestão.

Com esse desiderato, o Instituto de Pesquisas Econômicas Aplicadas (IPEA) realizou pesquisa⁴ voltada à analisar a gestão das regiões instituídas. O balanço final do Instituto é o seguinte:

não há, rigorosamente falando, gestão metropolitana no país, ao menos não no sentido de que um determinado desenho institucional responda aos anseios, estratégias e objetivos de uma política de ordenamento territorial e/ou à gestão integrada de desafios compartilhados⁵.

E segue o IPEA:

(...) essa “ausência” repousa, em última instância, no vazio jurídico deixado pela Constituição de 1988. A delegação da gestão metropolitana aos estados, numa Federação em que os municípios são protagonistas na gestão de seus territórios, sem que isto seja claramente regulamentado e sem que a União forneça qualquer orientação ou regras para a gestão metropolitana, fez da gestão metropolitana uma tarefa improvável⁶.

2 Art. 164. A União, mediante lei complementar, poderá para a realização de serviços comuns, estabelecer regiões metropolitanas, constituídas por municípios que, independentemente de sua vinculação administrativa, façam parte da mesma comunidade sócio-econômica.

3 Foram criadas pela Lei Complementar nº 14 de 08 de junho de 1973.

4 Trata-se do Projeto Governança Metropolitana no Brasil. O estudo foi realizado em 2013 quando do aniversário de quarenta anos da criação das primeiras regiões metropolitanas no Brasil.

5 INSTITUTO DE PESQUISAS ECONÔMICAS APLICADAS – IPEA. 40 Anos de Regiões Metropolitanas no Brasil. Brasília: IPEA, 2013. p. 323.

6 INSTITUTO DE PESQUISAS ECONÔMICAS APLICADAS – IPEA. 40 Anos de Regiões Metropolitanas no Brasil. Brasília: IPEA, 2013. p. 331.

De alguma maneira, esse “vazio jurídico” começa a ser preenchido a partir da decisão do Supremo Tribunal Federal (STF)⁷ que ao julgar leis fluminenses⁸ que instituíram a região metropolitana do Rio de Janeiro, decidiu pela gestão compartilhada do saneamento em Regiões Metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões.

2. O entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre a titularidade do saneamento em Regiões Metropolitanas

A decisão do STF na ADI 1842, a respeito da titularidade do saneamento em regiões metropolitanas, apresenta as seguintes conclusões:

- a) Regiões Metropolitanas não são entes federados (não são entidades políticas);
- b) São instâncias voltadas ao exercício de funções públicas de interesse comum;
- c) Não possuem competência legislativa;
- d) A participação dos municípios na região é compulsória;
- e) Essa integração compulsória não ofende à autonomia municipal;
- f) Gestão associada compulsória não significa a transferência de competência para o Estado ou para o Município pólo da região;
- g) Exige uma personalidade jurídica aglutinadora e direção colegiada;
- h) O poder concedente das funções públicas de interesse comum passa ao colegiado interfederativo;
- i) Nesse colegiado nenhum ente pode deter o poder absoluto (embora não obrigatória a paridade na participação);

7 Decisão tomada no julgamento da ADI 1842/RJ, proposta pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT).

8 As Leis Estaduais Fluminenses, impugnadas na ADI 1842/RJ, foram a Lei Complementar n. 87/97 e a Lei Ordinária n. 2869/97.

- j) As decisões do colegiado não estão sujeitas à aprovação da Assembleia Legislativa Estadual.

Verifica-se que a posição do STF foi muito além do tema saneamento básico. Em realidade, a Corte estabeleceu um modelo de gestão das funções públicas de interesse comum em regiões metropolitanas.

Inovou ainda quando se afastou da tradicional dicotomia existente na doutrina a respeito da titularidade do saneamento básico. De acordo com a Excelsa Corte, o poder concedente para outorga dos serviços de interesse comum, após a instituição de regiões metropolitanas, não pertence mais, de forma isolada, aos Municípios, ou ao Estado-membro, mas sim ao colegiado diretivo da região.

Importante nesse sentido o entendimento de que as decisões do colegiado metropolitano não estão sujeitas à aprovação da Assembleia Legislativa Estadual. Isso reforça a autonomia da instância deliberativa metropolitana.

Em relação ao acórdão, foram opostos três embargos de declaração⁹ que buscam aclarar, em síntese, o seguinte:

- a) Deve o Estado-membro participar necessariamente do Colegiado Metropolitano?
- b) Omissão do acórdão em relação à critérios de governança que vedem a concentração de poder em um único Ente;
- c) Omissão em relação à abrangência do acórdão: se nacional ou apenas para o Estado do Rio de Janeiro;
- d) Falta de regras de transição para os ajustes em vigor ou procedimentos de contratação em andamento na data da decisão;
- e) Omissão da decisão quanto à participação da sociedade no colegiado metropolitano.¹⁰

9 Os Embargos foram opostos pelos seguintes partidos políticos: Partido dos Trabalhadores (PT), Partido Popular Socialista (PPS) e Partido Democrático Trabalhista (PDT). Até a data de submissão do presente artigo, em 16/01/2017, os aludidos embargos ainda não haviam sido julgados.

10 Esse direito de participação da sociedade civil no Colegiado Metropolitano acabou consagrado pelo inciso II, do art. 8º, do Estatuto da Metrópole.

Analisando o teor da decisão, resta claro o entendimento no sentido da participação do Estado-membro no Colegiado Metropolitano. Isso decorre da própria compreensão da Corte a respeito da titularidade do saneamento¹¹. Não há omissão do acórdão, portanto, nesse ponto.

Sobre a falta de estabelecimento de critérios de governança na decisão que vedem a concentração de poder em um único ente, entendemos não se tratar igualmente de omissão. Em realidade, trata-se de matéria afeta ao Poder Legislativo Estadual,¹² não cabendo ao Judiciário, nesse ponto, dispor sobre o tema.

Já em relação à falta de regras de transição para os procedimentos de contratação em andamento na data da decisão, parece-nos pertinente que a Corte venha a se pronunciar sobre esse ponto em razão da necessidade de se garantir segurança jurídica nas contratações. No que tange à abrangência da decisão, compreende-se que ela atinge apenas o Estado do Rio de Janeiro.

É que o art. 102, §2º, da CF, com redação dada pela Emenda Constitucional n. 45, de 2004, dispõe que:

As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo STF, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.¹³

Só que esse efeito vinculante mencionado no artigo 102, §2º, da Constituição e no parágrafo único do artigo 28 da Lei no 9.868/99, abarca tão somente a parte dispositiva da decisão¹⁴ e não a “*ratio decidendi*”¹⁵.

11 Entendimento no sentido de superar a dicotomia Estado-membro ou Município, definindo que a titularidade passa a ser do Colegiado Metropolitano.

12 Incumbe ao Poder Legislativo Estadual disciplinar, por meio de Lei Complementar, a organização da Região Metropolitana, nos termos do artigo 25, §3º, da Constituição Federal.

13 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. 49. ed. Brasília, Câmara dos Deputados, 2016. p. 46.

14 Como a parte dispositiva dispõe sobre a constitucionalidade de leis fluminenses a abrangência da decisão está adstrita ao Estado do Rio de Janeiro.

15 De acordo com a posição atual do STF, as razões de decidir não abarcam casos semelhantes não julgados pela Corte. O tema, no entanto, deverá ser analisado novamente pelo Tribunal em razão do advento do novo CPC que dispõe sobre os precedentes obrigatórios em seu artigo 927. Mais esclarecimentos sobre o tema em: MUDROVITSCH, Rodrigo de Bittencourt; NÓBREGA, Guilherme Pupe da. O que vincula no efeito vinculante? CPC/2015 e transcendência de motivos.

Isso impede que os motivos determinantes da decisão, por exemplo, sejam utilizados por parte interessada no manejo da Reclamação¹⁶.

Independentemente da abrangência da decisão, o posicionamento da mais alta Corte do País sobre o tema tende a influenciar os novos arranjos institucionais a serem moldados nas regiões metropolitanas brasileiras.

Espera-se, contudo, que esses novos arranjos não sejam reféns dos interesses patrimoniais da União e dos Estados-membros¹⁷. Sobre o tema da preponderância do Estado-membro nos arranjos metropolitanos, destaca Paulo Modesto:

A competência do Estado para instituição da região metropolitana não autoriza que o Estado assuma para si a execução dos serviços de saneamento nem a titularidade do serviço (Art. 25, §3º, da CF). Essa decisão deve ser entregue à deliberação dos municípios integrados, preservando a autonomia de cada qual, ainda que exercida no âmbito do colegiado da região. Não é correto dizer-se que, instituída a região metropolitana, o serviço de saneamento adquire a condição de serviço de interesse predominantemente regional e a titularidade é transferida para o Estado-membro¹⁸.

A preservação da autonomia municipal é *conditio sine qua non* para a constitucionalidade das soluções metropolitanas que venham a ser adotadas.

Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-set-03/observatorio-constitucional-vincula-efeito-vinculante-cpctranscendencia-motivos>. Acesso em: 14 de janeiro de 2017.

- 16 A Reclamação (RCL) é um instrumento jurídico com status constitucional que visa preservar a competência do Supremo Tribunal Federal (STF) e garantir a autoridade de suas decisões (artigo 102, inciso I, alínea “I”, da Constituição Federal).
- 17 Chama a atenção o avanço do programa de concessões em saneamento, capitaneado pela União (via BNDES), sem a participação ativa dos municípios na tomada de decisão. Ainda que as companhias de saneamento pertençam aos Estados-membros não é demais lembrar que a titularidade do saneamento é municipal. A decisão do STF apenas ressaltou que - em Regiões Metropolitanas - essa titularidade passa a ser exercida de maneira compartilhada. Sobre o tema das concessões ver: <http://oglobo.globo.com/economia/empresas-de-saneamento-de-oito-estados-serao-privatizadas-20773761>. Acesso em: 14 de janeiro de 2017.
- 18 MODESTO, Paulo. MODESTO, Paulo. Região Metropolitana, Estado e Autonomia Municipal: a governança interfederativa em questão. Revista Eletrônica de Direito do Estado. n. 66, 2016. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/paulo-modesto/regiao-metropolitana-estado-e-autonomia-municipal-a-governanca-interfederativa-em-questao>>. Acesso em: 14 de janeiro de 2017. p. 6.

A postura inovadora do legislador constituinte originário, erigindo o município à condição de integrante da Federação, conferiu ao ente local um alcance inédito até então na história dos sistemas federativos.

A Federação é invenção norte-americana. O constituinte estadunidense de 1787 conseguiu uma maneira engenhosa de criar uma aliança entre Estados soberanos que cederam parte de sua autonomia para o estabelecimento do pacto federal¹⁹. As características comuns das federações são a aliança entre unidades autônomas; a impossibilidade de ela ser desfeita ou a inexistência de direito de secessão; o fundamento constitucional do pacto; a descentralização política; a participação dos Estados no Poder Legislativo Federal; os órgãos representativos dos Estados-membros; a repartição rígida de competências; a possibilidade de intervenção federal, em casos excepcionais; a possibilidade de formação de Estados-membros e também a previsão de um órgão de cúpula do Poder Judiciário²⁰. Verifica-se, assim, que a federação brasileira apresenta certa peculiaridade em relação aos postulados históricos do modelo federal. Nesse ponto, estamos ainda em uma verdadeira construção da nossa identidade federal.

Podemos apontar, como exemplo dessa incompletude, o fato de que os municípios não possuem representatividade no poder central, afinal, o nosso sistema bicameral prevê a Câmara dos Deputados como representante do Povo e o Senado Federal como representante dos Estados-membros e do Distrito Federal.

De qualquer maneira, a partir desse *status* de ente federado, conferido pelo artigo 18 da Constituição, ganhou ainda mais valor a autonomia dos entes locais que, na lição de Hely Lopes Meirelles, se expressa no:

[...] a) poder de auto-organização (elaboração de lei orgânica própria); b) poder de autogoverno, pela eletividade do prefeito, do vice-prefeito e dos vereadores; c) poder normativo próprio, ou de autolegislação, mediante a elaboração de leis municipais na área de sua competência exclusiva e suplementar; d) poder de auto-administração: administração própria para criar, manter e prestar os serviços de interesse local, bem como legislar sobre seus tributos e aplicar suas rendas²¹.

19 BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

20 BULOS, Uadi Lammêgo. *Direito Constitucional ao alcance de todos*. São Paulo: Saraiva, 2009.

21 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Municipal Brasileiro*. 13 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p. 93.

Pode-se dizer, ainda sobre autonomia, que ela consubstancia exercício de poder limitado pela Constituição. Não se pode, por conseguinte, falar de hierarquia entre União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios; todos atuam sob o influxo de competências estabelecidas na Carta da República.

E nesse sentido, qual seja, de preservação da autonomia municipal desempenha o Estatuto da Metrópole um importante papel, afinal, veio corroborar e complementar o próprio entendimento do Supremo sobre a matéria²², reforçando a necessidade de planejamento e governança interfederativa nas ações metropolitanas, consoante minudenciado a seguir.

3. O Estatuto da Metrópole e a Governança Interfederativa

O Estatuto da Metrópole²³ é uma lei de caráter nacional que estabeleceu diretrizes para o planejamento, gestão e execução de funções públicas de interesse comum em regiões metropolitanas.

Merecem destaque os seguintes pontos trazidos pelo Estatuto:

- a) conceitos de metrópole, região metropolitana, aglomeração urbana e microrregião;
- b) definição de que as instâncias colegiadas deliberativas devem contar com representação da sociedade civil;
- c) a previsão de um plano de desenvolvimento integrado com governança interfederativa (PDUI);
- d) o estabelecimento de um sistema integrado de alocação de recursos e de prestação de contas.

22 O Estatuto ratificou pontos importantes da decisão do STF, tais como a preservação da autonomia dos entes federados no inciso III, do art. 6º, além de complementar a decisão da Corte Suprema quando, por exemplo, garantiu a participação da sociedade civil nos processos de planejamento e tomada de decisão (inciso V, art. 7º, da Lei 13.089/2015). Tema esse que, como vimos, foi objeto dos embargos de declaração opostos junto ao Supremo.

23 BRASIL. Lei 13.089, de 12 de Janeiro de 2015. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13089.htm>. Acesso em: 14 de janeiro de 2017.

Afirmou ainda a prevalência do interesse comum²⁴ sobre o local e o necessário compartilhamento de responsabilidades entre os entes no que diz respeito à gestão de funções públicas de interesse comum.

De fato o Estatuto estabeleceu um novo passo na construção de um marco regulatório mínimo para as Regiões Metropolitanas. Reafirmou a competência dos Estados-membros para a criação, além de estabelecer critérios para o apoio da União.

O desafio mais proeminente ao cumprimento do Estatuto, no entanto, é a organização e consenso dos integrantes das regiões metropolitanas em torno de problemas comuns, construindo a partir daí os alicerces para uma verdadeira governança interfederativa²⁵. Esses problemas comuns são diametralmente opostos às demandas eminentemente locais, pois não correspondem à soma das dificuldades de cada ente.

Outro problema reside nas diferenças orçamentárias e financeiras entre os integrantes das regiões, que não contam com fontes de recursos específicas para atender as demandas.

Em face disso, avulta em importância a necessidade de se incorporar novos partícipes no financiamento, de maneira que instituições de natureza pública convivam com empreendedores privados. Os investimentos em saneamento exigem altos montantes de recursos, nem sempre suportáveis pelos entes governamentais, de modo que a participação de atores privados pode ser decisiva na implantação de projetos específicos.

Para Rovená Negreiros, destacam-se os seguintes desafios político-institucionais para a cooperação interfederativa nas regiões metropolitanas: a) a fragmentação institucional, que gera impactos na gestão e implementação das FPICs, em que se sobressai a pulverização da repartição formal de atribuições entre os entes federados e a autonomia dos governos locais na solução de problemas de interesse comum; b) o baixo reconhecimento do papel e do peso na dinâmica metropolitana de um ou mais municípios (em geral o município sede), que tende a ser desconsiderado nas estruturas de governança metropolitana; c)

24 O Estatuto define função pública de interesse comum (art. 2º, II, da Lei 13.089/15) como sendo a “política pública ou ação nela inserida cuja realização por parte de um município, isoladamente, seja inviável ou cause impacto em Municípios limítrofes”.

25 O Estatuto, no inciso IV do art. 2º, define governança interfederativa como sendo o “compartilhamento de responsabilidades e ações entre entes da Federação em termos de organização, planejamento e execução de funções públicas de interesse comum.”

a dificuldade para implantar mecanismos e instrumentos que ampliem a participação do setor privado no financiamento de projetos e ações e d) as disputas políticopartidárias e a falta de identidade metropolitana²⁶. Está claro, portanto, que as políticas públicas para o desenvolvimento das metrópoles necessariamente devem integrar as políticas setoriais e isso só se viabilizará a partir de uma efetiva cooperação entre os níveis de governo, com a participação da iniciativa privada e da cidadania.

Merece, ao final, um destaque especial o PDUI²⁷. Esse plano integrado consiste num elemento fulcral da governança interfederativa. Sua construção é uma excelente ocasião para inserir o cidadão que mora na região metropolitana nos debates concernentes à execução das funções públicas de interesse comum. A presença da cidadania é fator de legitimação, além de auxiliar na implantação dos projetos e ações pactuadas.

Verifica-se, portanto, que a decisão do Supremo a respeito da gestão compartilhada do saneamento em regiões metropolitanas, aliada ao advento do Estatuto da Metrópole, formam um arcabouço jurídico apto a conduzir os novos arranjos institucionais metropolitanos a serem formatados nas diferentes regiões do País. São esses arranjos que encontrarão um panorama do saneamento, onde preponderam as Companhias Estaduais na prestação do serviço.

4. Panorama do Saneamento Básico em Espaços Metropolitanos

No que concerne ao serviço de saneamento²⁸ nas regiões metropolitanas, temos segundo o IPEA, o seguinte panorama descritivo:

26 NEGREIROS, Rovená. Governança Interfederativa: os desafios postos para as RM's brasileiras a partir do Estatuto da Metrópole. Revista Desafios do Desenvolvimento. n. 66, 2016. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/desafios/images/stories/ed87/pdfs/160616_revista_desafios_87.pdf>. Acesso em: 14 de janeiro de 2017. p. 19.

27 O Plano Urbanístico de Desenvolvimento Urbano Integrado está previsto no inciso VI, do artigo 2º, do Estatuto da Metrópole.

28 O Estudo do IPEA, analisado no presente artigo, enfoca na cobertura de abastecimento de água e de esgotamento sanitário. Sabe-se que o conceito de saneamento básico abrange outras atividades. Sobre o tema, consultar o artigo de Bruna Cavalcante Drubi Burger na presente obra.

Dos municípios que integram RMs, em aproximadamente 77% destes, a responsabilidade da prestação é de um prestador regional – as companhias estaduais de saneamento (CESBs); em 20% dos municípios, o serviço é prestado por uma empresa local de direito público, e o restante é dividido entre empresas de abrangência local de direito privado e empresas estritamente privadas²⁹. Os quadros, abaixo, elaborados a partir de dados obtidos no estudo Território Metropolitano do IPEA³⁰ revelam a distribuição dos prestadores de acordo com as regiões do País, a cobertura de abastecimento de água e de esgotamento sanitário nos municípios integrantes de regiões metropolitanas:

Tabela 1 – Distribuição dos prestadores de acordo com as regiões do País

Região	Prestador Local	Prestador Regional
Norte	45,45%	54,55%
Nordeste	11,72%	88,28%
Sudeste	24,22%	75,78%
Sul	26,89%	73,11%
Centro-Oeste	12,50%	87,50%

Fonte: Elaborada pelo autor, a partir dos dados do IPEA.

Tabela 2 – Cobertura de abastecimento de água, segundo o tipo de prestador em domicílios particulares permanentes

Região	Prestador Local	Prestador Regional
Norte	85,54%	23,41%
Nordeste	88,67%	77,09%
Sudeste	87,90%	82,23%
Sul	87,41%	88,89%
Centro-Oeste	82,40%	75,38%

Fonte: Elaborada pelo autor, a partir dos dados do IPEA.

29 INSTITUTO DE PESQUISAS ECONÔMICAS APLICADAS – IPEA. 40 Anos de Regiões Metropolitanas no Brasil. Brasília: IPEA, 2013. p. 238.

30 _____. Território Metropolitano, políticas municipais: por soluções conjuntas de problemas urbanos no âmbito metropolitano. Brasília: IPEA, 2013. p. 228.

Tabela 3 – Cobertura de esgotamento sanitário, segundo o tipo de prestador em domicílios particulares permanentes.

Região	Prestador Local	Prestador Regional
Norte	28,54%	20,32%
Nordeste	50,59%	44,97%
Sudeste	86,08%	78,61%
Sul	82,71%	82,26%
Centro-Oeste	43,94%	38,68%

Fonte: Elaborada pelo autor, a partir dos dados do IPEA.

Claramente existe uma preponderância das companhias estaduais de saneamento na prestação regionalizada em regiões metropolitanas, resquício direto do período do PLANASA³¹.

Segundo o IPEA, no entanto, as melhores coberturas pelo prestador local nos serviços de água e esgotamento sanitário se devem ao seguinte:

- i) a uma maior proximidade da gestão dos prestadores locais às características dos seus usuários, resultando em uma operação mais racional;
- ii) a um maior ajuste e integração ao planejamento municipal; e/ou;
- iii) a uma menor complexidade das redes de atendimento³².

Isso tudo revela que existe um campo aberto, considerando as dificuldades financeiras apresentadas pela grande maioria das companhias estaduais de saneamento, para se pensar noutros modelos de execução dos serviços.

Dentre as possibilidades existentes está, por exemplo, a da parceria público-privada, tema do artigo de Rodrigo Chauvet³³, nesta obra. Se levarmos em conta ainda que o saneamento engloba limpeza e drenagem urbana, manejo de resíduos sólidos e de águas pluviais resta mais espaço para a busca

31 Plano Nacional de Saneamento instituído em 1971. Para mais informações, ver: AEGEA. A História do Saneamento Básico no Brasil. Disponível em: <http://www.aegea.com.br/portfolios/a-historia-do-saneamento-basico-no-brasil/>

32 _____. Território Metropolitano, políticas municipais: por soluções conjuntas de problemas urbanos no âmbito metropolitano. Brasília: IPEA, 2013. p. 241.

33 O autor aborda com precisão a relação entre saneamento e parceria público-privada.

de alternativas que assegurem a realização do interesse público em nossas Regiões Metropolitanas.

Conclusões

Ao final do presente trabalho, pode-se verificar que as condições jurídicas para o desenvolvimento harmônico das regiões metropolitanas estão postas. Não há que se falar mais em ausência de parâmetros normativos. Temos, ao revés, problemas de ordem política que devem ser enfrentados para o melhor desempenho da gestão em nossas metrópoles. E nesse contexto, avulta em importância a participação da cidadania. Incumbe a ela vigilar pelo interesse público nas nossas Regiões Metropolitanas. Não se admite que interesses meramente secundários³⁴ de salvar as contas públicas estaduais ou mesmo evitar a privatização de autarquias, em muitos casos, reconhecidamente deficitárias, prevaleçam. E para que o interesse público seja preservado é condição indispensável a não concentração de poderes em um único ente.

No mesmo sentido, porém sob a ótica da regulação, merece destaque a reflexão de André Saddy³⁵ sobre a pertinência da separação do regulador e do prestador.

Resta claro, portanto, que os desafios a serem enfrentados pelas nossas regiões metropolitanas são complexos. Começam pela sobreposição de instrumentos de planejamento (PDUI, Planos Diretores Municipais, Planos Setoriais de Saneamento (Estadual, Metropolitano e Municipal) e mesmo de legislação (lei orçamentária estadual e municipais) exigindo um esforço de compatibilização e alinhamento entre os entes e sobretudo dos seus dirigentes que em muitos casos estão situados em campos opostos da arena político-partidária.

Aguarda-se, portanto, que a sociedade civil se aproprie do seu espaço de representação nesses novos colegiados metropolitanos de modo a evitar que o ideário de uma gestão metropolitana comprometida com o interesse público

34 Interesse secundário, na definição de Renato Alessi, diz respeito ao interesse patrimonial do Estado que nem sempre coincide com o interesse primário da sociedade. Sobre o tema, vide: SILVA, Julio César Bittencourt. O Princípio da Supremacia do Direito Público sobre o Privado: fundamentos e perspectivas. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=7f2776f553fe2d5f>. Acesso em: 12 de setembro de 2016.

35 Veja artigo, nesta obra, intitulado “Regulação do Saneamento Básico: obrigatoriedade de existência de uma entidade que preste e outra que regule e fiscalize os serviços de saneamento básico” de André Saddy.

sucumba em face das divergências políticas locais e que em última análise os serviços de saneamento básico, nesse contexto, atendam de fato aos anseios dos moradores das regiões metropolitanas.

Referências

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BULOS, Uadi Lammêgo. Direito Constitucional ao alcance de todos. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. 49. ed. Brasília, Câmara dos Deputados, 2016.

_____. Lei 11.079, de 30 de Dezembro de 2004. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/Lei/L11079.htm>. Acesso em: 14 de jan. de 2017.

_____. Lei 13.089, de 12 de Janeiro de 2015. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13089.htm>. Acesso em: 14 de jan. de 2017.

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Saraiva, 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Municipal Brasileiro. 13 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

INSTITUTO DE PESQUISAS ECONÔMICAS APLICADAS – IPEA. 40 Anos de Regiões Metropolitanas no Brasil. Brasília: IPEA, 2013.

_____. Território Metropolitano, políticas municipais: por soluções conjuntas de problemas urbanos no âmbito metropolitano. Brasília: IPEA, 2013.

MODESTO, Paulo. Região Metropolitana, Estado e Autonomia Municipal: a governança interfederativa em questão. Revista Eletrônica de Direito do Estado. n. 66, 2016. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/>>

paulo-modesto/regiao-metropolitana-estado-e-autonomia-municipal-a-governanca-interfederativa-em-questao.> Acesso em: 14. jan. 2017.

NEGREIROS, Rovená. Governança Interfederativa: os desafios postos para as RM's brasileiras a partir do Estatuto da Metrópole. Revista Desafios do Desenvolvimento. n. 66, 2016. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/desafios/images/stories/ed87/pdfs/160616_revista_desafios_87.pdf> Acesso em: 14. jan. 2017.

Consórcio Público em Matéria de Saneamento Básico: Gestão Associada de Cooperação Voluntária como Alternativa Viável ao Cenário Brasileiro

Laone Lago¹

Sumário: *Introdução; 1. Os números sobre saneamento básico no Brasil exigem uma nova dinâmica; 2. A conexão entre saneamento básico e consórcio público como alternativa viável; 2.1. A tríade legal do saneamento básico; 2.2. A titularidade dos serviços de saneamento básico; 2.3. Objetivos do consórcio público; 2.4. Regime jurídico público ou privado com derrogações; 2.5. Responsabilidades; 2.6. Criação do consórcio público, retirada, extinção e exclusão do ente consorciado; 2.7. Contrato de rateio e contrato de programa; 3. Planos Estaduais de Resíduos Sólidos e consórcio público, uma realidade; Conclusões; Referências.*

Introdução

As relações e as interações sociais dos dias atuais estão passando por um período de turbulência, o que faz a sociedade sacudir em todas as suas direções e sentidos, especialmente sob a perspectiva da interdependência que tanto conecta o individual quanto interliga o coletivo, fazendo com que resultados positivos e/ou negativos recaiam sobre tudo e todos. Cenário este que, ine-

¹ Doutorando em Ciências Jurídicas e Sociais na Universidade Federal Fluminense – UFF; Mestre em Direito pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro – UNIRIO; Especialista em Advocacia Pública pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ; Professor de Direito Público na Escola Nacional de Serviços Urbanos – ENSUR, e consultor jurídico no Programa de Qualificação da Gestão Ambiental – PQGA, ambos do Instituto Brasileiro de Administração Municipal – IBAM; Professor de *Consensualidade e Poder Público* no MEDIARE; Advogado colaborativo e consultor jurídico. laonelagoadv@gmail.com.

vitavelmente, alcança também a temática do saneamento básico² no Brasil, questão de inegável magnitude social, econômica, política e jurídica, para não dizer mais. Fato é que o atual, o contemporâneo, entendido aqui como pós-Modernidade, reflete o ponto mais alto da crise da Modernidade, logo o instante mais sensível e crucial em sua tentativa de superá-la. A dificuldade para que esse movimento de superação se efetive está justamente no fato de que a sociedade ainda espera colher os frutos das promessas que lhe foram ofertadas, quais sejam, o conforto, a convivência, a segurança, o alívio da dor e do sofrimento, o que envolve uma tentativa insistente e, muitas das vezes, perversa de forçar a natureza a servir obedientemente às necessidades, ambições e desejos humanos³. Os sinais de que a natureza foi obrigada a se curvar são diversos e de longa data, o que indica a emergência de uma nova era, a “era dos humanos”, a época do Antropoceno⁴, o que torna ainda mais complexo os desafios contem-

- 2 Em atenção ao que consta na Lei n.º 11.445, de 5 de janeiro de 2007 – Lei de Diretrizes Nacionais de Saneamento Básico – LDNSB, este trabalho adotará a expressão “saneamento básico”, ainda que inúmeros sejam os defensores de um “saneamento ambiental”, como é o caso de Ariovaldo Nuvolari (In: NUVOLARI, Ariovaldo. Dicionário de saneamento ambiental. São Paulo: Oficina de Textos, 2013, p. 281-282) que afirma ser o “[c]onjunto de ações para conservar e melhorar as condições do meio ambiente em benefício da saúde, do bem-estar e da melhoria da qualidade de vida de uma população, [visando] alcançar níveis crescentes de salubridade ambiental, por meio do abastecimento de água potável, coleta e disposição sanitária de resíduos líquidos, sólidos e gasosos, promoção da disciplina sanitária do uso e ocupação do solo, recuperação de áreas degradadas ou contaminadas, drenagem urbana, controle de vetores de doenças transmissíveis, e demais serviços e obras especializados.”
- 3 BAUMAN, Zygmunt; BORDONI, Carlo. Estado de crise. Tradução Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2016, p. 93. Nesta mesma linha, para citar apenas alguns dos autores que procuram refletir e tentar oferecer respostas às turbulências que sacodem as relações individuais, sociais e institucionais contemporâneas, vide: BAUMAN, Zygmunt. Modernidade líquida. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001. CAPRA, Fritjof; LUISI, Pier Luigi. A visão sistêmica da vida: uma concepção unificada e suas implicações filosóficas, políticas, sociais e econômicas. Tradução Mayra Teruya Eichemberg e Newton Roberval Eichemberg. São Paulo: Cultrix, 2014. GIDDENS, Anthony. Mundo em descontrol: o que a globalização está fazendo de nós. Tradução de Maria Luiza Borges. 3. ed. Rio de Janeiro: Record, 2003. NEGRI, Antonio; HARDT, Michael. Império. Tradução de Berilo Vargas. Rio de Janeiro: Record, 2001. VASCONCELLOS, Maria José Esteves de. Pensamento sistêmico: o novo paradigma da ciência. 10. ed. Campinas: Papyrus, 2013. VIRILIO, Paul. Velocidade e política. Tradução de Celso Mauro Paciornik. São Paulo: Estado Liberdade, 1996.
- 4 Durante o 35º Congresso Internacional de Geologia, encontro ocorrido na Cidade do Cabo, África do Sul, sustentou-se que as marcas deixadas pela humanidade no planeta Terra, desde meados do século XX, hoje são incontestes, o que permite falar, ao menos sob o ponto de vista geológico, na época do Antropoceno (“era do homem”, ou “era dos humanos”), o que significa dizer que a atuação humana sobre o planeta está geologicamente comprovada. Por essas razões, pode-se afirmar que o homem alterou, e continuará a alterar, sistemas e ecossistemas do planeta em que vive. In: LOPES, Reinaldo José. Cientistas querem criar oficialmente a era geológica do homem, Folha de São Paulo,

porâneos⁵. Emaranhado de ações e reações que é naturalmente potencializado em matéria de saneamento básico, especialmente por ter como foco, dentre outros, universalização, sustentabilidade econômica e controle social, além de objeto (pretencioso e desafiador) envolvendo abastecimento de água potável, esgotamento sanitário, limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos, sem deixar de considerar drenagem e manejo das águas pluviais, limpeza e fiscalização preventiva das respectivas redes urbanas⁶. Uma alternativa que vem conquistando espaço, especialmente entre os entes federativos menores (os Municípios), é a gestão associada de cooperação voluntária designada consórcio público. O raciocínio é simples, e até mesmo singelo, visa o ganho de escala para que se consiga oferecer respostas à sociedade em suas realidades administrativas supralocais, partindo-se de uma racional governança local⁷. Em suma, objetiva-se discutir neste trabalho uma realidade premente e muito carente no cenário brasileiro, qual seja, o saneamento básico, carreado por um amplo objeto e por uma enormidade de princípios fundamentais que exigem implementação. Para essa empreitada, focar-se-á em alternativas que envolvam a formatação e a instituição de arranjos jurídicos regionais de cooperação dotados de alguma identidade (características político-sociais e/ou urbano-geográficas) e guiados pela gestão associada (cooperação voluntária), sempre sob a perspectiva do respaldo jurídico existente – o consórcio público⁸.

São Paulo, 9 set. 2016. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/ciencia/2016/09/1811580-cientistas-querem-criar-oficialmente-a-era-geologica-do-homem.shtml>>. Acesso em: 12 set. 2016.

BAIMA, Cesar. Geólogos buscam marcas para adotar oficialmente o Antropoceno – últimos resultados das discussões sobre o assunto serão apresentados no Congresso Internacional de Geologia que começa amanhã na África do Sul, *O Globo*, Rio de Janeiro, 26 ago. 2016. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/sociedade/sustentabilidade/geologos-buscam-marcas-para-adotar-oficialmente-antropoceno-19997097>>. Acesso em: 12 set. 2016.

- 5 MORIN, Edgar. *Introdução ao pensamento complexo*. Tradução de Eliane Lisboa. 4. ed. Porto Alegre: Sulina, 2011.
- 6 BRASIL. Lei n.º 11.445, de 5 de janeiro de 2007. Estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico; altera as Leis n.ºs 6.766, de 19 de dezembro de 1979, 8.036, de 11 de maio de 1990, 8.666, de 21 de junho de 1993, 8.987, de 13 de fevereiro de 1995; revoga a Lei n.º 6.528, de 11 de maio de 1978; e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 8 jan. 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/l11445.htm>. Acesso em: 12 set. 2016.
- 7 GALVÃO, Ciro Di Benatti. *Consórcios públicos: uma nova perspectiva jurídico-política*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.
- 8 Não será objeto deste estudo a gestão compartilhada (entrosamento compulsório), a ser implementado via regiões metropolitanas, microrregiões e aglomerados urbanos para integrar o planejamento, a

Metodologicamente, trata-se de uma pesquisa descritiva-exploratória, pois visa tanto identificar características quanto ampliar o entendimento acerca do tema, reunindo informações pretéritas sobre o assunto para refinar a questão pesquisada⁹.

Suas bases legais serão percorridas, sua realidade fática será abordada, para que ao final seja possível uma avaliação concreta de como está a sua previsão nos Planos Estaduais de Resíduos Sólidos – PERS elaborados e disponíveis na página eletrônica do Ministério do Meio Ambiente – MMA, o que consistirá em verificar concretamente um dentre os quatro conjuntos de serviços, infraestrutura e instalações operacionais englobados e previstos para o saneamento básico no Brasil, qual seja, o manejo de resíduos sólidos.

1. Os números sobre saneamento básico no Brasil exigem uma nova dinâmica

Muitos são os estudos e diversas são as reflexões em matéria de saneamento básico, o que não poderia ser diferente, tendo em vista a relevância e os impactos envolvendo o tema no Brasil. Para se ter uma ideia, no ano de 2009, o Instituto Trata Brasil – ITB apresentou estudo com resultados preocupantes, o que fez ao publicar a *Cartilha de saneamento*¹⁰. Além de abordar o que seria o saneamento básico, quais seriam os seus serviços – questões relevantes naqueles dois primeiros anos da legislação –, referido estudo destacou (para exemplificar apenas dois modais) que o índice de atendimento da população brasileira em matéria de abastecimento de água potável alcançava 80,9%, o que significa dizer que o considerável percentual de 19,1% não era atendido, enquanto que 58% não possuía nem coleta, muito menos, tratamento de esgotamento sanitário.

organização e a prestação desses serviços, nos termos previstos no artigo 25, §3º, da Constituição da República Federativa do Brasil – “Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição: (...) Os Estados poderão, mediante lei complementar, instituir regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, constituídas por agrupamentos de municípios limítrofes, para integrar a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum.” In: BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 12 set. 2016.

9 GIL, Antonio Carlos. Como elaborar projeto de pesquisa. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

10 INSTITUTO TRATA BRASIL – ITB. Cartilha de saneamento. São Paulo, 2009, 13 p.

Em 2012, o Instituto Trata Brasil – ITB elaborou novo estudo, *O manual de saneamento básico – entendendo o saneamento básico ambiental no Brasil e sua importância socioeconômica*¹¹. De acordo com referida pesquisa (para se manter nos dois exemplos acima detalhados), pela primeira vez na história brasileira, mais da metade da população (50,1%) passou a ser atendida pela rede de esgotamento sanitário, ao passo que a rede de água potável só passou a alcançar 82% das residências. Referido estudo adentra, ainda, nos reflexos do saneamento básico sobre a sociedade, sendo possível identificar que o acesso ao saneamento reduz as enfermidades (saúde), enquanto que sua ausência impacta diretamente sobre áreas como educação (rede de ensino), produtividade e da renda (qualidade de vida do trabalhador), e mercado imobiliário (universalização do saneamento significa valorização média dos imóveis).

Recentemente, outro trabalho também elaborado pelo Instituto Trata Brasil – ITB resultou no *Ranking do Saneamento 2015*¹², estudo que avaliou os serviços de água e esgoto dos cem maiores municípios do País, concluindo que os avanços continuam tímidos em matéria de universalização dos serviços de água tratada, coleta e tratamento de esgoto. Com foco na universalização, fez-se uma simulação das vinte melhores e das vinte piores cidades do ranking, concluindo-se que as melhores alcançaram ou alcançarão a universalização nos próximos anos, enquanto que nas piores, nenhum município atingirá a universalização dos serviços até 2033 (prazo estabelecido pelo Plano Nacional de Saneamento Básico – PNSB 2014 a 2033), caso sejam mantidos os níveis de avanços alcançados entre 2009 e 2013.

Os números indicam que se nada mudar, o insucesso da universalização será uma realidade. Faz-se necessária uma nova perspectiva de pensamento e ação, que pode estar na união de forças (e esforços) para ganho de escala via consórcio público. Campo este com amplo potencial para crescimento, conforme revela estudo elaborado pela Confederação Nacional de Municípios – CNM – *Consórcios públicos intermunicipais: uma alternativa à gestão pública*¹³. Logo em sua

11 INSTITUTO TRATA BRASIL – ITB. *O manual de saneamento básico – entendendo o saneamento básico ambiental no Brasil e sua importância socioeconômica*. São Paulo, 2012, 62 p.

12 INSTITUTO TRATA BRASIL – ITB. *Ranking do Saneamento 2015*. Disponível em: <http://www.tratabrasil.org.br/ranking-do-saneamento-2015>>. Acesso em: 4.2.2017.

13 CONFEDERAÇÃO NACIONAL DE MUNICÍPIOS – CNM. *Consórcios públicos intermunicipais: uma alternativa à gestão pública*. Brasília: CNM, 2016, 108 p.

figura 1, constata-se que o percentual de consórcios públicos intermunicipais envolvendo saneamento básico alcança a casa dos singelos 14,7%, ficando atrás, por exemplo, dos consórcios voltados para saúde (78,8%), habitação (43,3%), educação (39%), meio ambiente (24,3%) e, até mesmo, turismo (15,7%).

2. A conexão entre saneamento básico e consórcio público como alternativa viável

Nos últimos anos, o entendimento tradicional sobre saneamento básico no Brasil tanto evoluiu quanto passou por uma verdadeira revolução, fazendo com que a sua concepção historicamente arraigada aos sistemas de abastecimento de água potável e de esgotamento sanitário, evoluísse para campos inicialmente inimagináveis como limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos, além da drenagem e manejo das águas pluviais, limpeza e fiscalização preventiva das respectivas redes urbanas¹⁴.

Segundo Édis Milaré, ao optar por uma “visão mais consentânea com a realidade, afastando-se do tradicional e restrito conceito de saneamento, como operação exclusiva dos sistemas de água e de esgotamento sanitário”¹⁵, o enfoque do legislador foi integrador. Nesta esteira, a figura do consórcio público, instituída pela Lei n.º 11.107, de 6 de abril de 2005, Lei de Consórcios Públicos – LCP¹⁶, regulamentando o artigo 241¹⁷, da Constituição da República Federa-

14 Previstos desde a instituição da Lei n.º 11.445, de 5 de janeiro de 2007, Lei de Diretrizes Nacionais de Saneamento Básico – LDNSB, sofrendo a drenagem e o manejo de águas pluviais recentes acréscimos – limpeza e fiscalização preventiva das respectivas redes urbanas – pela recente Lei n.º 13.308, de 6 de julho de 2016 (In: BRASIL. Lei n.º 13.308, de 6 de julho de 2016. Altera a Lei n.º 11.445, de 5 de janeiro de 2007, que estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico, determinando a manutenção preventiva das redes de drenagem pluvial. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 7 jul. 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13308.htm#art1>. Acesso em: 12 set. 2016. Ademais, para uma melhor compreensão e aprofundamento ao ponto, veja artigo, nesta obra, intitulado “O conceito de saneamento básico”, de Bruna Cavalcante Drubi Burger.

15 MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 1.073.

16 BRASIL. Lei n.º 11.107, de 6 de abril de 2005. Dispõe sobre normas gerais de contratação de consórcios públicos e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 7 abr. 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11107.htm>. Acesso em: 12 set. 2016.

17 Artigo 241, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – CRFB/88 – “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

tiva do Brasil de 1988 – CRFB/88, fez emergir uma nova forma de cooperação federativa de natureza voluntária chamada de gestão associada. Trata-se de via consensual, tendo por objetivo viabilizar a associação entre os entes federados para o desenvolvimento de competências próprias atreladas ao planejamento, a regulação, a fiscalização e a prestação de serviços públicos. Situação, esta, que pode envolver ou não a transferência dessas competências entre eles¹⁸.

2.1. A tríade legal do saneamento básico

Ao lado da Lei de Consórcios Públicos – LCP, tem-se a Lei n.º 11.445, de 5 de janeiro de 2007, Lei de Diretrizes Nacionais de Saneamento Básico – LDNSB, que positivou valores, princípios, objetivos, diretrizes e instrumentos próprios para o setor do saneamento básico, ainda que não tenha indicado o titular dos serviços de saneamento básico, trouxe atribuições claras. É o caso do desenvolvimento da política pública setorial em que se insere a designação de entidade para regular o setor de saneamento e a elaboração de plano de saneamento básico, em que se exige a devida compatibilização e consolidação entre esses planejamentos setoriais. A norma que instituiu a Lei n.º 12.305, de 2 de agosto de 2010, Lei da Política Nacional de Resíduos Sólidos – LPNRS¹⁹, também estatuiu valores, princípios, objetivos, diretrizes e instrumentos, voltados para o setor de resíduos sólidos, sem perder, porém, a interface com as normas da Lei de Diretrizes Nacionais de Saneamento Básico - LDNSB.

Percebe-se que a Lei de Consórcios Públicos – LCP, a Lei de Diretrizes Nacionais de Saneamento Básico – LDNSB e a Lei da Política Nacional de Resíduos Sólidos – LPNRS estabeleceram, entre si, uma relação de convergência e, ao mesmo tempo, de complementaridade. Enquanto a Lei de Consórcios Públicos – LCP trouxe a devida segurança jurídica para o ambiente da gestão associada de natureza voluntária, a Lei de Diretrizes Nacionais de

públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos.”

18 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 211-212.

19 BRASIL. Lei n.º 12.305, de 12 de agosto de 2010. Institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos; altera a Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998; e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 3 ago. 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12305.htm>. Acesso em: 12 set. 2016.

Saneamento Básico – LDNSB, por sua vez, não só a incorporou, como também se utilizou dos seus elementos para orientar a composição dos serviços de saneamento, a fim de ampliar a escala da oferta para a população com a redução de custos correspondentes. A Lei da Política Nacional de Resíduos Sólidos – LPNRS também seguiu essa via, aproximando-se da gestão associada, sem adentrar nos elementos da gestão integrada que são estabelecidos na Lei de Diretrizes Nacionais de Saneamento Básico – LDNSB.

Justamente por conta dessa lógica de interação e interdependência que se pode falar em tríade legal do saneamento básico. Referido movimento marca uma nova e inovadora forma de se olhar para o abastecimento de água potável e de esgotamento sanitário com as dimensões da limpeza urbana e do manejo de resíduos sólidos, além da drenagem e manejo das águas pluviais, limpeza e fiscalização preventiva das respectivas redes urbanas²⁰.

2.2. A titularidade dos serviços de saneamento básico

Os serviços de limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos, bem como a drenagem e manejo das águas pluviais, limpeza e fiscalização preventiva das respectivas redes urbanas sempre foram tradicionalmente vistos como de competência administrativa e legislativa dos Municípios. Porém, algumas dúvidas existiam quanto à titularidade dos serviços de abastecimento de água potável e de esgotamento sanitário, especialmente pelo fato de a Constituição brasileira não sinalizar expressamente.

A complexidade acerca da titularidade dos referidos serviços revela não ser esta uma tarefa trivial. Para Paulo de Bessa Antunes, a titularidade dos serviços públicos de saneamento “talvez seja o tema mais complexo da Lei em exame, pois sempre houve intensa controvérsia entre estados e municípios sobre a matéria, sobretudo em função do elevadíssimo potencial arrecadatório dos serviços de saneamento”²¹. Também para Édís Milaré, “o legislador deixou de enfrentar o mais polêmico e difícil tema do saneamento brasileiro: a titularidade dos serviços”²². Mesmo com o advento da Lei de Diretrizes Nacionais

20 Sem desprezar outros normativos aplicáveis, entende-se que a tríade aqui abordada se sustenta por ter em seu núcleo a cooperação federativa voluntária consagrada no consórcio público.

21 ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. 16. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014, p. 1046.

22 MILARÉ, Édís. *Direito do ambiente*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 1082.

de Saneamento Básico – LDNSB, o tema não restou pacificado. Fato é que a referida norma constitui lei ordinária, não podendo, por óbvio, dizer o que o texto constitucional não disse. Ainda que os dispositivos da norma em comento tenham tornado o sistema bastante aberto, foram instituídas atribuições ao titular (ainda um tanto obscuro) desses serviços, tendo vista um verdadeiro movimento em prol do aperfeiçoamento da gestão e do gerenciamento do setor.

Depois de longa data de verdadeiros debates e embates, coube ao Supremo Tribunal Federal – STF pacificar o tema, o que aconteceu ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1842²³. Entendeu-se que o Estado membro que vier a instituir gestão compartilhada (regiões metropolitanas, microrregiões e aglomerados urbanos) para integrar o planejamento, a organização e a prestação dos serviços de saneamento, deve observar e respeitar que a titularidade desses serviços caberá, ao mesmo tempo, ao Estado membro e aos Municípios. Consequentemente, os Municípios, que não fazem parte dessas aglutinações, estão investidos da referida titularidade, o que inevitavelmente alcança também a cooperação federativa voluntária por meio do consórcio público²⁴.

2.3. Objetivos do consórcio público

Segundo Diogo de Figueiredo Moreira Neto, o consórcio “é o ato administrativo complexo em que *uma entidade pública* acorda com *outra* ou com *outras entidades públicas da mesma natureza* o desempenho conjunto, por cooperação, de uma atividade cuja competência lhes é comum”²⁵. O Decreto n.º 6.017, de 17 de janeiro de 2007²⁶, que regulamentou a Lei de Consórcios Públicos – LCP, conceituou-o como pessoa jurídica formada exclusivamente por entes da Federação para estabelecer relações de cooperação federativa, inclusive a realização de

23 Para um maior e mais aprofundado debate, veja, nesta obra, artigo intitulado “*As regiões metropolitanas e o serviço regionalizado de saneamento*”, de Rodrigo Garrido Dias.

24 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1842/RJ, Pleno, Reator Ministro Maurício Corrêa. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 8 mar. 2013

25 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 211.

26 BRASIL. Decreto n.º 6.017, de 17 de janeiro de 2007. Regulamenta a Lei nº 11.107, de 6 de abril de 2005, que dispõe sobre normas gerais de contratação de consórcios públicos. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 18 jan. 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Decreto/D6017.htm>. Acesso em: 12 set. 2016.

objetivos de interesse comum²⁷. Não há dúvida de que o consórcio público é uma forma de parceria na qual os municípios, associando-se a outros entes federativos, visam contornar suas deficiências de recursos, infraestrutura e pessoal, tendo como objetivos, exemplificativamente, a gestão associada, a prestação de serviços, inclusive de assistência técnica, a execução de obras e o fornecimento de bens à Administração Pública direta ou indireta dos entes consorciados, além do compartilhamento ou uso comum de instrumentos e equipamentos, promoção do uso racional dos recursos naturais e a proteção do meio ambiente²⁸.

2.4. Regime jurídico público ou privado com derrogações

A Lei de Consórcios Públicos – LCP conferiu personalidade jurídica ao consórcio público, disciplinando sua constituição em associação pública ou pessoa jurídica de direito privado, o que implica falar em pessoa jurídica distinta dos entes federativos²⁹. Percebe-se que os consórcios públicos exigem a criação de uma pessoa jurídica. É neste sentido que a norma aborda que o consórcio público tanto poderá assumir personalidade jurídica de associação, mediante a vigência de leis de ratificação do protocolo de intenção, quanto terá personalidade jurídica de direito privado, observando-se os requisitos da legislação civil³⁰.

Miguel Reale, por exemplo, na época do projeto do que viria a se configurar na Lei de Consórcios Públicos – LCP, sustentou sua inconstitucionalidade, dizendo que se estaria a “criar, por vias transversas, uma nova entidade da administração indireta”³¹. Marçal Justen Filho, por sua vez, em parecer elaborado para o Ministério das Cidades – MC, sustentou que “se a vontade constitucional fosse negar ao consórcio público personalidade jurídica, o resultado seria uma modalidade de convênio. Logo, bastaria a Constituição ter-se referido

27 Artigo 2º, inciso I, do Decreto n.º 6.017, de 17 de janeiro de 2007.

28 Artigo 3º, do Decreto n.º 6.017, de 17 de janeiro de 2007.

29 Artigo 1º, §1º, da Lei n.º 11.107, de 6 de abril de 2005.

30 Artigo 6º, incisos I e II, da Lei n.º 11.107, de 6 de abril de 2005.

31 REALE, Miguel. Parecer. São Paulo. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/parecer.htm>>. Acesso em: 11 de setembro de 2016.

a convênios de cooperação”³². Ainda que divergências existam, este é o entendimento que restou sedimentado. Segundo José dos Santos Carvalho Filho, pode-se afirmar que a natureza jurídica dos consórcios públicos é de “*negócio jurídico plurilateral de direito público com conteúdo de cooperação mútua entre os pactuantes*”, podendo ser considerado, em sentido lato, “*contrato plurilateral*”³³. Ademais, observa o referido autor, caso o consórcio público venha a assumir forma de associação pública, ensejando a constituição de personalidade jurídica de direito público, integrará ela a Administração Pública indireta das pessoas federativas consorciadas. Por outro lado, se pessoa jurídica de direito privado for, não será considerada pessoa administrativa. Porém, considerando se tratar da prestação de serviço público, em uma ou outra hipótese, “não pode deixar de integrar a Administração Indireta”³⁴.

Nesta esteira, Maria Sylvia Zanella Di Pietro defende que seja o consórcio público personalidade de direito público (associação pública) seja de direito privado (associação civil), e mesmo que a Lei de Consórcios Públicos – LCP diga expressamente que somente o primeiro integrará a Administração Pública indireta, “não há como uma pessoa jurídica política (...) instituir pessoa jurídica para desempenhar atividades próprias do ente instituidor e deixá-la fora do âmbito de atuação do Estado”, como se instituída pela iniciativa privada fosse³⁵.

Em matéria de licitações, poderá o consórcio público ser contratado pela Administração Pública direta ou indireta dos entes consorciados, dispensada a licitação³⁶. Também será dispensável a licitação para fins de celebração de contrato de programa com ente ou com entidade de sua Administração Pública indireta, visando a prestação de serviços públicos de forma associada nos termos do autorizado em contrato de consórcio público ou em convênio de cooperação³⁷.

32 JUSTEN FILHO, Marçal. *Parecer*. Disponível em <<https://www.presidencia.gov.br/sri/consorcios/pareceres.htm>> Acesso em: 20 de setembro de 2016.

33 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2016, 237.

34 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 239.

35 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2012, 247.

36 Artigo 2º, §1º, inciso III, da Lei nº 11.107, de 6 de abril de 2005.

37 Artigo 24, inciso XXVI, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, Lei de Licitações e Contratos da Administração Pública – LLCA. In: BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta

Ainda que revestidos de personalidade jurídica de direito privado, em matéria de licitação, celebração de contratos, admissão de pessoal e prestação de contas, os consórcios públicos deverão observar as normas de direito público³⁸.

Na temática da prestação de contas, o consórcio público estará sujeito à fiscalização contábil, operacional e patrimonial pelo Tribunal de Contas que possuir competência para apreciar as contas do Chefe do Poder Executivo que representante legalmente o consórcio, inclusive quanto à legalidade, legitimidade e economicidade das despesas, atos, contratos e renúncia de receitas, sem prejuízo do controle externo a ser exercido em razão de cada um dos contratos de rateio³⁹.

A abordagem feita pela legislação em relação ao Tribunal de Contas competente, focada no Chefe do Poder Executivo representante legal do consórcio, deve ser entendida sob a perspectiva de que norma infraconstitucional não pode retirar atribuição constitucionalmente estabelecida, pois ao Poder Legislativo, com o auxílio do Tribunal de Contas, compete o controle externo⁴⁰. Neste sentido não há como se entender a previsão contida na Lei de Consórcios Públicos – LCP como exemplificativa, jamais restritiva, sob pena de inconstitucionalidade.

Em matéria de pessoal, se o consórcio público for de personalidade de direito privado, o regime será o previsto pela Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, e suas legislações específicas, devendo-se observar o concurso público. Ademais, a criação de empregos públicos depende de previsão do contrato de consórcio público que lhe fixe a forma e os requisitos de provimento e a sua respectiva remuneração, inclusive quanto aos adicionais, gratificações, e quaisquer outras parcelas remuneratórias ou de caráter indenizatório. Deve ser considerada a possibilidade de cessão de servidores, respeitada a forma e as condições da legislação do ente, sendo que referidos servidores permanecerão sob o regime originário⁴¹.

o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 22 jun. 1993, republicado 6 jul. 1994 e retificado 6 jul. 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 4 de janeiro de 2017.

38 Artigo 7º, §1º, do Decreto n.º 6.017, de 17 de janeiro de 2007.

39 Artigo 9º, parágrafo único, da Lei n.º 11.107, de 6 de abril de 2005.

40 Artigo 71, da CRFB/88.

41 Artigo 22, do Decreto n.º 6.017, de 17 de janeiro de 2007.

2.5. Responsabilidades

Independentemente da natureza jurídica do consórcio público, os agentes incumbidos da sua gestão não responderão pessoalmente pelas obrigações contraídas, porém, serão responsáveis pelos atos praticados em descompasso com a legislação aplicável ou mesmo com as disposições dos respectivos estatutos⁴². Advenha de ação ou resulte de omissão, tenha natureza dolosa ou culposa, constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário àquele que resultar em perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres da Administração Pública direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual. Neste campo de responsabilidade, também constitui ato de improbidade celebrar contrato ou outro instrumento que tenha por objeto a prestação de serviços públicos por meio da gestão associada sem observar as formalidades previstas na lei⁴³.

2.6. Criação do consórcio público, retirada, extinção e exclusão do ente consorciado

O consórcio público é naturalmente uma atividade de consenso, de plena negociação, tendo como necessidades, interesses e objetivos comuns. Estruturada essa etapa nitidamente negocial, o protocolo de intenções deverá ser subscrito pelos respectivos representantes legais dos entes consorciados. Ato seguinte, três poderão ser os resultados, quais sejam, a não participação do ente, a participar com reservas, restando necessária referida aprovação pelos

42 Artigo 9º, parágrafo único, da Lei n.º 11.107, de 6 de abril de 2005.

43 Artigo 10, inciso XIV, da Lei n.º 8.429, de 2 de junho de 1992, Lei de Improbidade Administrativa – LIA. In: BRASIL. Lei n.º 8.429, de 2 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 3 jun. 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429.htm>. Acesso em: 4 de janeiro de 2017.

demais subscritores, ou a participação integral, ratificando-se por lei o protocolo, ou disciplinando também por lei a sua participação, o que ensejará, na sequência, o contrato de consórcio propriamente dito, bem como a elaboração e aprovação dos estatutos.

Fato é que nenhum ente da Federação poderá ser obrigado a se consorciar ou a permanecer consorciado⁴⁴, o que, ao menos sob o ponto de vista normativo, objetiva evitar que o consorciado se veja em condição de submissão. É neste sentido que a sua participação poderá ocorrer com ressalvas, fazendo valer tanto a liberdade de se associar quanto de se retirar, observadas as responsabilidades pelas obrigações assumidas⁴⁵.

A constituição de consórcio público dependerá da prévia celebração de protocolo de intenções subscrito pelos representantes legais dos entes da Federação interessados⁴⁶, sendo referido protocolo legalmente definido como contrato preliminar que, ratificado, converte-se em contrato de consórcio público⁴⁷. Não por outra razão que o contrato de consórcio público será celebrado com a ratificação, mediante lei, do protocolo de intenções, sendo que sua recusa ou demora não poderá ser penalizada, além do fato de que a ratificação poderá ser realizada com reserva, desde que clara e objetiva⁴⁸.

A retirada do ente federativo do consórcio público dependerá de ato formal de seu representante na assembleia geral, na forma previamente disciplinada por lei, não afetando obrigações. Caso o recesso ocorra em consórcio público constituído por apenas dois, o resultado será a sua extinção⁴⁹. Em matéria de exclusão, só será admitida havendo justa causa, que deverá ser reconhecida em processo administrativo específico. É justa causa a não inclusão, pelo ente consorciado, em sua lei orçamentária ou em créditos adicionais, de dotações suficientes para suportar as despesas que, nos termos do orçamento do consórcio público, prevê-se devam ser assumidas por meio de contrato de rateio⁵⁰.

44 Artigo 24, do Decreto n.º 6.017, de 17 de janeiro de 2007.

45 NOHARA, Irene Patrícia. *Direito administrativo*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 616.

46 Artigo 4º, do Decreto n.º 6.017, de 17 de janeiro de 2007.

47 Artigo 2º, inciso III, do Decreto n.º 6.017, de 17 de janeiro de 2007.

48 Artigo 6º, do Decreto n.º 6.017, de 17 de janeiro de 2007.

49 Artigo 25, do Decreto n.º 6.017, de 17 de janeiro de 2007.

50 Artigo 26, do Decreto n.º 6.017, de 17 de janeiro de 2007.

2.7. Contrato de rateio e contrato de programa

Segundo previsão legal, o contrato de rateio consiste em instrumento por meio do qual os entes consorciados comprometem-se a fornecer recursos financeiros para a realização das despesas do consórcio público⁵¹. Em outras palavras, o contrato de rateio nada mais é do que a via jurídica estabelecida pela legislação de regência para que os entes Federativos consorciados se comprometam a entregar recursos ao consórcio público, viabilizando-o economicamente, desde que respeitada a legislação orçamentária de cada consorciado, sob pena de exclusão, ou mesmo de improbidade administrativa⁵².

O contrato de programa, segundo entendimento legalmente posto, consiste em instrumento pelo qual deverão ser constituídas e reguladas as obrigações que um ente da Federação, inclusive sua Administração Pública indireta, tenha para com outro, ou para com o próprio consórcio público, no âmbito da prestação de serviços públicos por meio de cooperação federativa⁵³. Segundo Alice Gonzalez Borges, trata-se de contrato celebrado entre dois entes da Federação, ou entre um ente da Federação e um consórcio público, observando-se a legislação das concessões e permissões de serviços públicos, inclusive quanto à regulação dos serviços e o cálculo de tarifas ou de preços públicos, sendo automaticamente extinto no caso de o contratado já não mais integrar a Administração Pública indireta do ente da Federação que autorizou a gestão associada⁵⁴.

51 Artigo 2º, inciso VII, do Decreto n.º 6.017, de 17 de janeiro de 2007.

52 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 253.

53 Artigo 2º, inciso XVI, do Decreto n.º 6.017, de 17 de janeiro de 2007.

54 BORGES, Alice Gonzalez. Consórcios públicos, nova sistemática e controle. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico. Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 6, mai./jun./jul., 2006, Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-6-MAIO-2006-ALICE%20GONZALES%20BORGES%20.pdf>>. Acesso em: 4 jan. 2017.

3. Planos Estaduais de Resíduos Sólidos e consórcio público, uma realidade⁵⁵

O saneamento básico no Brasil reclama urgentemente por novas e inovadoras ações, sob pena de o Plano Nacional de Saneamento Básico – PNSB não se efetivar, o que parece ser a realidade em curso. Visando apresentar estudo específico acerca da aplicação da figura do consórcio público em matéria de saneamento básico, neste tópico será realizada uma avaliação dos Planos Estaduais de Resíduos Sólidos – PERS sob a perspectiva da via voluntária da gestão associada, incumbência legalmente atribuída aos Estados membros, com vistas à elevação das escalas de aproveitamento e à redução dos custos envolvidos⁵⁶.

Nesta perspectiva, verifica-se que a União, nos termos da Lei da Política Nacional de Resíduos Sólidos – LPNRS, vem celebrando com os Estados membros convênios para fins de elaboração dos planos estaduais seja por meio da disponibilização de recursos financeiros seja via orientações técnicas e metodológicas. O Quadro 1, composto por informações contidas na página eletrônica do Ministério do Meio Ambiente – MMA⁵⁷, expressa que onze Estados membros já elaboraram seus planos estaduais de resíduos sólidos, outros onze estão em processo de elaboração, enquanto não há nenhuma informação acerca de outros quatro, restando um último que não está com o seu (possível) plano corretamente disponibilizado, ainda que a página do Ministério sinalize positivamente⁵⁸.

55 Os números e os resultados aqui apresentados fazem parte de um trabalho maior envolvendo dissertação de mestrado acadêmico defendida pelo autor no âmbito do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGD, da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro – UNIRIO. In: LAGO, Laone. Consórcio público como instrumento da política pública de destinação de resíduos sólidos e disposição de rejeitos. Rio de Janeiro, 2016, 139 p. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, 2016. Referido trabalho acadêmico encontra-se publicado: LAGO, Laone. Planos estaduais de resíduos sólidos: política pública, gestão associada e sustentabilidade. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

56 Artigo 8º, inciso XIX, da Lei n.º 12.305, de 2 de agosto de 2010.

57 MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE – MMA. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/cidades-sustentaveis/residuos-solidos/instrumentos-da-politica-de-residuos/item/10611#>>. Acesso em: 28 fev. 2016.

58 Ainda que conste a informação de plano elaborado, o link leva para outro plano estadual, de outro Estado membro, que não o do Piauí. No Portal do Governo do Estado do Piauí não foi possível encontrar informações acerca do Plano Estadual de Resíduos Sólidos.

Quadro 1 – Os planos estaduais de resíduos sólidos segundo o MMA.

	ELABORADO	EM ELABORAÇÃO	SEM INFORMAÇÃO	ERRO NA INFORMAÇÃO
ESTADO MEMBRO	Acre	Alagoas		
	Maranhão	Amazonas		
	Pará	Bahia		
	Paraná	Ceará		
	Pernambuco	Espírito Santo	Amapá	
	Rio de Janeiro	Goiás	Distrito Federal	Piauí
	Rio Grande do Norte	Mato Grosso	Paraíba	
	Rio Grande do Sul	Mato Grosso do Sul	Roraima	
	Santa Catarina	Minas Gerais		
	São Paulo	Rondônia		
	Sergipe	Tocantins		

Fonte: O autor (2016)

Avaliando-os, percebe-se uma nítida ênfase à cooperação centrada na gestão associada via consórcios públicos, o que significa dizer que os Estados membros, no exercício de suas atribuições, estão insistindo fortemente para que os Municípios trilhem a via da gestão associada voluntária. Percebe-se, ainda, que ao mesmo tempo em que os Planos Estaduais centram suas forças nos consórcios públicos, eles também adotam firmemente a previsão e a instituição da taxa como regra de sustentabilidade econômico-financeira do sistema, o que implica em relegar para um patamar secundário instrumentos de arrecadação como a tarifa e o preço público – referido tributo, a taxa, está fortemente prevista nos Planos Estaduais, sendo ela a principal opção em matéria de sustentabilidade.

Com isso, identifica-se que enquanto o foco dos Planos Estaduais avaliados está prioritariamente voltado para a gestão associada voluntária via consórcios públicos (ótica jurídica), a sua sustentabilidade e viabilidade (ótica econômico-financeira) encontra-se centrada na taxa, deixando-se, com isso, esmorecida a relação profícua que poderia ser melhor estabelecida entre o Poder Público e concessionários ou permissionários dos referidos serviços. Neste sentido, veja-se Tabela 1, que abaixo segue:

Tabela 1 – Gestão e sustentabilidade nos PERS.

GESTÃO	CITAÇÕES / ESTADOS										
	AC	MA	PA	PR	PE	RJ	RN	RS	SC	SP	SE
Compartilhada	0	2	2	0	0	2	2	2	1	0	2
Região metropolitana	1	1	6	3	0	0	0	0	3	10	0
Aglomerados urbanos	1	0	1	2	0	0	0	0	4	10	0
Microrregiões	1	1	1	0	0	1	5	7	3	10	2
Associada	20	2	2	3	0	4	2	1	1	0	16
Convênio de cooperação	3	1	0	0	0	1	14	0	2	3	3
Consórcio público	17	7	24	25	20	18	36	33	14	36	24
Taxa	17	7	16	4	3	6	0	42	39	2	19
Tarifa	11	1	1	2	0	5	1	1	6	7	8
Preço público	6	0	1	1	0	4	1	0	6	5	2

Fonte: O autor (2016)

Com isso, não há outra conclusão possível que não seja a necessidade de os Planos Estaduais de Resíduos Sólidos – PERS avaliados serem revisitados (revisão esta inclusive prevista na Lei da Política Nacional de Resíduos Sólidos – LPNRS), agora sob a perspectiva de consolidar a gestão associada via consórcios públicos, porém de ajusta-la às potencialidades econômico-financeiras inerentes às tarifas e/ou aos preços públicos, abrindo caminho para uma relação mais estreita entre Poder Público e iniciativa privada, o que significa melhor dialogar com toda a sociedade, suas demandas e necessidades.

Conclusões

O saneamento básico não é um tema trivial. Trata-se de assunto complexo. Se, por um lado, sua efetivação produz inúmeros resultados positivos, como, por exemplo, sobre a redução das enfermidades (melhoria nos índices de saúde), por outro, sua ausência, possui impacto fortemente negativo, o que se percebe em áreas como educação (rede de ensino), produtividade e renda (qualidade de vida do trabalhador), e mercado imobiliário (valorização média dos imóveis). A realidade brasileira não é louvável. Os números indicam que se o ritmo continuar no atual compasso, a pretendida e desejada universalização dos serviços

de saneamento básico continuará a ser uma ficção para expressiva parcela da população brasileira.

Novos elementos e iniciativas devem ser imediatamente pensados e, especialmente, postos em prática. É nesta lacuna que emerge a figura da cooperação voluntária via consórcio público como opção plausível, especialmente pela possibilidade de ganho de escala, o que implica otimização de recursos e maximização esforços e, conseqüentemente, redução de custos. Trata-se de negócio jurídico plurilateral de direito público, marcado pela cooperação mútua entre os pactuantes, que enseja a constituição de personalidade jurídica de direito público que integrará a Administração Pública indireta das pessoas federativas consorciadas.

Poderá o consórcio público ser contratado pela Administração Pública direta ou indireta dos entes consorciados, dispensada a licitação. Suas contas passarão pelo escrutínio do Tribunal de Contas que possuir competência para apreciar as contas do Chefe do Poder Executivo que representante legalmente o consórcio, entendida essa orientação legal como exemplificativa, jamais restritiva, sob pena de inconstitucionalidade. Seu pessoal será regido pela Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, caso não seja sua constituição a de associação pública. Os seus agentes não responderão pessoalmente pelas obrigações contraídas, porém, serão responsáveis pelos atos praticados em descompasso com a legislação aplicável ou mesmo com as disposições dos respectivos estatutos.

Sendo o consórcio público naturalmente uma atividade de consenso, de plena negociação, nenhum ente da Federação poderá ser obrigado a se consorciar ou a permanecer consorciado. Sua constituição dependerá da prévia celebração de protocolo de intenções. A retirada é ato formal, ressalvadas suas obrigações, enquanto que a exclusão só será admitida havendo justa causa, que deverá ser reconhecida em processo administrativo específico. Comprometem-se os entes consorciados a fornecer recursos financeiros para a realização das despesas do consórcio público por meio do contrato de rateio, enquanto que o contrato de programa estabelecerá obrigações que um ente da Federação tenha para com outro, ou para com o próprio consórcio público.

Ainda que o consórcio público seja uma realidade com bases estabelecidas, sua efetividade está longe de ser uma prática corriqueira em matéria de saneamento básico. Ao se avaliar os Planos Estaduais de Resíduos Sólidos – PERS elaborados e à disposição na página do Ministério do Meio Ambiente – MMA, verifica-se uma verdadeira contradição em termos, isto é, se, de

um lado, os Planos Estaduais enfatizam a via da cooperação voluntária por meio do consórcio público, em detrimento da versão compulsória, de outro lado, acabam por fortalecer a taxa, deixando tarifa e preço público para um patamar inferior. Contradição esta que deve ser revisitada, postura inclusive determinada pela própria legislação.

Enfim, o consórcio público é uma possibilidade que possui todos os elementos para se tornar uma realidade. Este é o desafio, que pode ser contornado pela via da cooperação voluntária, permitindo que os entes consorciados acelerem o ritmo do processo de universalização do saneamento básico no Brasil, tendo como norte a consensualidade no planejar e, especialmente, no agir, sob pena de a sua política pública nacional de saneamento básico ficar abaixo das metas estabelecidas.

Referências

ALCHIO, Luiz Henrique Antunes. Direito do saneamento: introdução à lei de diretrizes nacionais de saneamento básico (Lei Federal n.º 11.445/2007). 2. ed. Campinas: Millennium Editora, 2010.

ANTUNES, Paulo de Bessa. Direito ambiental. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

BAIMA, Cesar. Geólogos buscam marcas para adotar oficialmente o Antropoceno – últimos resultados das discussões sobre o assunto serão apresentados no Congresso Internacional de Geologia que começa amanhã na África do Sul, O Globo, Rio de Janeiro, 26 ago. 2016. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/sociedade/sustentabilidade/geologos-buscam-marcas-para-adotar-oficialmente-antropoceno-19997097>>. Acesso em: 12 set. 2016.

BLIACHERIS, Marcos Weiss; FERREIRA, Maria Augusta Soares de Oliveira. Sustentabilidade da Administração Pública: valores e práticas de gestão socio-ambiental. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BAUMAN, Zygmunt; BORDONI, Carlo. Estado de crise. Tradução Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2016.

_____. Modernidade líquida. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001.

BORGES, Alice Gonzalez. Consórcios públicos, nova sistemática e controle. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico. Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 6, mai./jun./jul., 2006, Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-6-MAIO-2006-ALICE%20GONZALES%20BORGES%20.pdf>>. Acesso em: 4 jan. 2017.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 12 set. 2016.

_____. Decreto n.º 6.017, de 17 de janeiro de 2007. Regulamenta a Lei nº 11.107, de 6 de abril de 2005, que dispõe sobre normas gerais de contratação de consórcios públicos. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 18 jan. 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Decreto/D6017.htm>. Acesso em: 12 set. 2016.

_____. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 4 jan. 2017.

_____. Lei n.º 11.107, de 6 de abril de 2005. Dispõe sobre normas gerais de contratação de consórcios públicos e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 7 abr. 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111107.htm>. Acesso em: 12 set. 2016.

_____. Lei n.º 11.445, de 5 de janeiro de 2007. Estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico; altera as Leis nos 6.766, de 19 de dezembro de 1979, 8.036, de 11 de maio de 1990, 8.666, de 21 de junho de 1993, 8.987, de 13 de fevereiro de 1995; revoga a Lei nº 6.528, de 11 de maio de 1978; e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 8 jan. 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/111445.htm>. Acesso em: 12 set. 2016.

_____. Lei n.º 12.305, de 2 de agosto de 2010. Institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos; altera a Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998; e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 3 ago. 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/112305.htm>. Acesso em: 12 set. 2016.

_____. Lei n.º 13.308, de 6 de julho de 2016. Altera a Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007, que estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico, determinando a manutenção preventiva das redes de drenagem pluvial. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 7 jul. 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13308.htm#art1>. Acesso em: 12 set. 2016.

CAPRA, Fritjof; LUISI, Pier Luigi. A visão sistêmica da vida: uma concepção unificada e suas implicações filosóficas, políticas, sociais e econômicas. Tradução Mayra Teruya Eichemberg e Newton Roberval Eichemberg. São Paulo: Cultrix, 2014.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Consórcios Públicos. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. Manual de direito administrativo. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DE MUNICÍPIOS – CNM. Consórcios públicos intermunicipais: uma alternativa à gestão pública. Brasília: CNM, 2016.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O consórcio público na lei n.º 11.107, de 6.4.2005. Revista Eletrônica de Direito do Estado, Salvador, n. 6, p. 1-14, jun./jul./ago. 2006. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-6-JUNHO-2006-MARIA%20SILVIA.pdf>>. Acesso em: 12 set. 2016.

_____. Parcerias na administração pública: concessão, permissão, terceirização, parceria público-privada e outras formas. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

GALVÃO, Ciro Di Benatti. Consórcios públicos: uma nova perspectiva jurídico-política. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

GIDDENS, Anthony. Mundo em descontrole: o que a globalização está fazendo de nós. Tradução de Maria Luiza Borges. 3. ed. Rio de Janeiro: Record, 2003.

GIL, Antonio Carlos. Como elaborar projeto de pesquisa. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

JUSTEN FILHO, Marçal. Parecer. Disponível em <<https://www.presidencia.gov.br/sri/consorcios/pareceres.htm>> Acesso em: 20 set. 2016.

LAGO, Laone. Planos estaduais de resíduos sólidos: política pública, gestão associada e sustentabilidade. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

LOPES, Reinaldo José. Cientistas querem criar oficialmente a era geológica do homem, Folha de São Paulo, São Paulo, 9 set. 2016. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/ciencia/2016/09/1811580-cientistas-querem-criar-oficialmente-a-era-geologica-do-homem.shtml>>. Acesso em: 12 set. 2016.

INSTITUTO TRATA BRASIL – ITB. Cartilha de saneamento. São Paulo, 2009.

_____. O manual de saneamento básico – entendendo o saneamento básico ambiental no Brasil e sua importância socioeconômica. São Paulo, 2012.

LAGO, Laone. Consórcio público como instrumento da política pública de destinação de resíduos sólidos e disposição de rejeitos. Rio de Janeiro, 2016, 139 p. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, 2016.

_____. Planos Estaduais de Resíduos Sólidos: política pública, gestão associada e sustentabilidade. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

MILARÉ, Édis. Direito do ambiente. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE – MMA. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/cidades-sustentaveis/residuos-solidos/instrumentos-da-politica-de-residuos/item/10611#>>. Acesso em: 28 fev. 2016.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

MORIN, Edgar. Introdução ao pensamento complexo. Tradução de Eliane Lisboa. 4. ed. Porto Alegre: Sulina, 2011.

NEGRI, Antonio; HARDT, Michael. Império. Tradução de Berilo Vargas. Rio de Janeiro: Record, 2001.

NOHARA, Irene Patrícia. Direito administrativo. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013

NUVOLARI, Ariovaldo. Dicionário de saneamento ambiental. São Paulo: Oficina de Textos, 2013.

REALE, Miguel. Parecer. São Paulo. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/parecer.htm>>. Acesso em: 11 set. 2016.

SANTOS, Angela Moulin S. Penalva. Município, descentralização e território. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

SILVA, Vasco Pereira da. Verde cor de direito: lições de direito do ambiente. Coimbra: Almedina, 2002.

VASCONCELLOS, Maria José Esteves de. Pensamento sistêmico: o novo paradigma da ciência. 10. ed. Campinas: Papirus, 2013.

VIRILIO, Paul. Velocidade e política. Tradução de Celso Mauro Paciornik. São Paulo: Estado Liberdade, 1996.

Regulação do Saneamento Básico: Obrigatoriedade da Existência de uma Entidade que Preste e Outra que Regule e Fiscalize os Serviços de Saneamento Básico

André Saddy¹

Sumário: Introdução; 1. Escassez de marco legal regulatório nos serviços públicos de saneamento básico até o advento da Lei n.º 11.445/2007 e a hipotrofia da função reguladora; 2. Obrigatoriedade de distinção entre os órgãos e entidades de regulação e os prestadores dos serviços de saneamento básico; 2.1 Regulação executada diretamente pelo titular, mediante órgão ou entidade de sua Administração direta; 2.2 Regulação executada diretamente pelo titular, mediante entidades da Administração indireta; 2.3 Regulação mediante delegação, por meio de convênio de cooperação, a órgão ou entidade de outro ente da Federação; 2.4 Regulação exercida diretamente ou mediante delegação, por consórcio público do qual o Município participe ou não; 3. Fortalecimento do modelo de autoridades reguladora independente (agências reguladoras); 4. Questionamentos para criação de autoridades reguladoras independentes para regular prestação direta dos serviços de saneamento básico; 5. O caso do Estado de Santa Catarina; Conclusões; Referências.

¹ Pós-Doutor pelo Centre for Socio-Legal Studies da Faculty of Law da University of Oxford; Doutor Europeu em "Problemas actuales de Derecho Administrativo" pela Facultad de Derecho da Universidad Complutense de Madrid, com apoio da Becas Complutense Predoctorales en España; Mestre em Administração Pública pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, com apoio do Programa Alþan, Programa de Bolsas de Alto Nível da União Europeia para América Latina; Pós-graduado em Regulação Pública e Concorrência pelo Centro de Estudos de Direito Público e Regulação (CEDIPRE) da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra; Professor da Faculdade de Direito, do Mestrado em Direito Constitucional e do Doutorado em Justiça Administrativa da Universidade Federal Fluminense (UFF); Diretor Presidente do Centro de Estudos Empírico Jurídico (CEEJ); Consultor e parecerista. andresaddy@yahoo.com.br.

Introdução

Não se pode confundir a regulação de uso dos recursos hídricos (bem público de uso coletivo) com a regulação dos serviços de saneamento básico. Com efeito, a atividade de saneamento básico é indissociável da utilização de água, seu principal insumo. Por isso, a análise da regulação estatal do saneamento básico passa, necessariamente, pela regulação do uso dos recursos hídricos. Apenas isso, pois não se pretende abordar a regulação decorrente do poder de polícia e do controle do uso da água (outorga e cobrança de uso), estudar-se-á, unicamente, a regulação dos serviços de saneamento básico.

Isso não significa que não exista uma inter-relação dessas diversas regulações, afinal, o saneamento básico envolve inúmeros aspectos, entre eles, econômicos, sociais e ambientais. Significa dizer que inúmeros aspectos poderiam ser abordados por um estudo sobre a regulação do saneamento básico, como, por exemplo: o controle da organização e condução do prestador; o direito de fixação dos *standards* de serviços; o modo de estabelecimento do valor das tarifas a serem cobradas; a estrutura financeira e seus métodos de contabilidade; a possibilidade de competitividade dentro de alguns dos serviços; os aspectos relacionados à universalização dos serviços e sua correlação com o direito ambiental e urbanístico; e, até mesmo, os aspectos relacionados à saúde pública.

Enfim, considerando esta inter-relação mencionada, dar-se-á enfoque a apenas um aspecto, qual seja, a imposição do regulador ser, necessariamente, diverso do prestador dos serviços de saneamento básico, regra expressamente estabelecida na Lei n.º 11.445, de 5 de janeiro de 2007 e em seu regulamento, o Decreto n.º 7.217, de 21 de junho de 2010.

Os serviços de saneamento básico são prestados por diferentes pessoas, dentre as quais, destacam-se: os órgãos da Administração direta, autarquias, consórcios, fundações, empresas estatais (ora estaduais, por delegação; ora do próprio titular dos serviços, no caso os Municípios) e, também, a iniciativa privada. Ora, sabe-se que não é o mesmo regular entidades da Administração, onde não existe contrato de prestação de serviços, mas apenas o plano de saneamento pelo qual o poder público tem de verificar seu cumprimento, do que regular um particular, em que exista um contrato de prestação de serviços pelo qual o poder público basicamente o controla e

fiscaliza². Por conseguinte, o que se pretende é demonstrar a pertinência da separação do regulador e do prestador, bem como os distintos modelos possíveis de regulação existentes que podem vir a ser implementados pelos poderes públicos municipais.

1. Escassez de marco legal regulatório nos serviços públicos de saneamento básico até o advento da Lei n.º 11.445/2007 e a hipotrofia da função reguladora

Antes do advento da Lei n.º 11.445/2007 e do Decreto n.º 7.217/2010, que estabeleceram as diretrizes nacionais para o saneamento básico, o principal marco regulador do setor em apreço foi o Plano Nacional de Saneamento Básico (PLANASA), implementado a partir da década de 1970.

O PLANASA tinha como escopo a expansão dos serviços de saneamento básico, basicamente água e esgoto, por meio de empresas estatais ligadas a cada estado-membro da federação, as chamadas Companhias Estaduais de Saneamento Básico (CESB).

O modelo regulatório do PLANASA combinava a regulação exercida sobre a verificação do cumprimento do plano, realizada pelos poderes públicos federal e estaduais, com a regulação exercida sobre a execução dos contratos administrativos celebrados entre os Municípios e as CESB. Nestes, os Municípios delegavam aos Estados a prestação dos serviços de água e esgoto; e os Estados, por sua vez, remetiam à União, por meio do Banco Nacional de Habitação (BNH), as atribuições de formulação da política de saneamento³. Com isso, as CESB

2 Sobre a possibilidade de ente autárquico regular à prestação direta de serviços público, vide: SADDY, André. Regulação da prestação direta de serviços públicos: divergências decorrentes do marco regulatório para o saneamento básico. *BDA - Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, Ano XXXII, n. 4, p. 344-359, abr. 2016.

3 Muito já se questionou sobre a possibilidade de entidade da Administração indireta estadual exercer atividade de competência municipal. Primeiro, porque fica a impressão aos usuários de que a competência é estadual, o que não é, a competência é municipal. Segundo, porque, como regra, inexistente regulação municipal nesses casos, restringindo-se, quando muito, a editar lei autorizando a concessão à empresa estadual. Terceiro, porque além de implantar, prestar e expandir os serviços de saneamento básico, essas empresas ditam as políticas de saneamento, elegendo as prioridades, direcionando os investimentos, entre outros, exercendo verdadeira autorregulação sobre a atividade sem qualquer gerenciamento dos Municípios. Quarto, porque alguns alegam a necessidade de licitação

acabavam que se autorregulavam e, assim como em outros setores, realizavam dita regulação de forma precária e casuística, o que, a longo prazo, levou à hipotrofia da sua função reguladora. Além disso, muitos Municípios não aderiram ao PLANASA, com isso, ocorrendo uma clara sobreposição entre os papéis de regulador e de prestador de tais serviços.

Desse modo, o controle da prestação dos serviços de saneamento básico dava-se de forma endógena, hierárquica e, dependendo da perspectiva, até mesmo de forma precária. Na verdade, a função regulatória, confundia-se, em certa medida, com o exercício do poder de polícia, ou seja, com o poder de ordenar, consentir, fiscalizar e sancionar qualquer atividade no que diz respeito à segurança, à higiene, às condições de trabalho, ao bem-estar do público, ao interesse social, entre outros⁴. Nesse sentido, são oportunas as ponderações de Floriano Azevedo Marques Neto⁵:

É fato que no período de forte intervencionismo direto do Estado na economia, com o seu envolvimento na produção de bens e serviços necessários à fruição pelos indivíduos, a regulação era feita, de forma precária e casuística, pelo próprio ente estatal incumbido da produção destas utilidades públicas. Segue daí que a regulação se desenrolava sempre a partir do ângulo de visão do gestor do serviço (empresa estatal ou órgão público incumbido da produção de utilidades públicas). Assim é que em grande parte dos serviços públicos federais o precário arcabouço regulatório era produzido no âmbito das empresas holdings (TELEBRÁS,

na outorga da concessão dos serviços públicos de saneamento básico às empresas estaduais e, também, eventual violação à livre iniciativa por delegar a empresa estatal e não as empresas privadas, já que atuam ou deveriam atuar em regime de igualdade, afinal, estas possuem personalidade jurídica de direito privado e deveriam ser tratadas como se privadas fossem (art. 173, §1.º, da CRFB). Sobre esses e outros questionamentos, vide: SUNDFELD, Carlos Ari. O saneamento básico e sua execução por empresa estadual. *Revista Diálogo Jurídico*. Salvador, v. I, n. 5, ago. 2001, Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_5/DIALOGO-JURIDICO-05-AGOSTO-2001-CARLOS-ARI-SUNDFELD.pdf>. Acesso em: 30 maio 2016.

4 Mesmo hoje, com a regulação mais sistemática e presente na realidade brasileira, ainda existem entidades que realizam o exercício do poder de polícia disciplinando indiretamente diferentes setores como a Secretaria da Receita Federal, a Polícia Federal, o Departamento Nacional de Estradas de Rodagem, o Procon, entre outros. O fato é que cada uma delas cumpre missões de fiscalização comuns a todas as atividades econômicas: tributos, segurança, tráfego rodoviário, relacionamento ao consumidor/usuário, etc.

5 MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. *A Nova Regulação Estatal e as Agências Independentes*. Direito Administrativo Econômico. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 76 e 77.

ELETROBRÁS) ou de órgãos autárquicos (DNAEE, DNER etc.), ou mesmo pela própria empresa prestadora dos serviços (como ocorreu até 1977 com a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos).

Alexandre Santos de Aragão⁶ também aduz que:

Durante o período de estatização no Brasil, o Estado era, dentro da idéia de “regulamentação direta pelo poder público”, ao mesmo tempo prestador e regulador do serviço, o que, na prática, levou à hipotrofia da sua função reguladora. Noutras palavras, como os serviços eram prestados por empresas do próprio Estado, não havia maiores preocupações em regulá-las.

Inferese, assim, que a regulação que se conhecia no Brasil, nos serviços de saneamento básico, não funcionava, principalmente porque se pautava em interesses próprios ou político-partidários, postos, muitas vezes, a frente de outros interesses, até mesmo quanto aos interesses públicos existentes⁷. Com a falência do PLANASA e a extinção do BNH, em 1986, o setor de saneamento básico viveu um vazio institucional, restando carente de diretrizes nacionais sólidas e bases institucionais, até a criação da Lei n.º 11.445/2007, que preencheu essa lacuna legislativa, uma vez que faltava, no setor, norma federal ordenadora, sistematizadora e que buscasse a efetiva universalização e integralização do acesso a tais serviços⁸. Hoje, o modelo que existia já não

6 PINTO, Bilac. Regulamentação efetiva dos serviços de utilidade pública. Rio de Janeiro: Forense, 1941, p. 35.

7 Floriano Azevedo Marques Neto (MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. A Nova Regulação Estatal e as Agências Independentes. Direito Administrativo Econômico. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 76 e 77) afirma que: “A regulação até então produzida pautava-se muito mais pelos interesses das operadoras dos serviços que os prestavam em regime de monopólio do que visando a atingir interesses gerais da coletividade ou mesmo dos usuários dos serviços. Daí por que poder-se-ia afirmar que a regulação praticada num contexto de forte intervencionismo estatal direto pautava-se muitos mais por interesses públicos secundários do que primários [...]”.

8 Percebe-se, assim, que o marco regulatório legal do saneamento básico sempre foi escasso. Atualmente, destacam-se, além da Lei n.º 11.445/2007, as seguintes leis: (i) Lei n.º 6.766/1979 (lei de parcelamento do solo), que veicula a obrigação de se planejarem e executarem obras referentes à implantação dos serviços de saneamento básico nos loteamentos urbanos; (ii) Lei n.º 8.080/1990 (lei orgânica da saúde), que prevê, dentre as atribuições do Sistema Único de Saúde, a participação na formulação e execução do saneamento básico; e (iii) Lei n.º 10.257/2001 (Estatuto da Cidade), em que há previsão de promoção universal do serviço de saneamento básico.

pode continuar, pois como se observará, o prestador do serviço não poderá exercer as funções de regulação e de fiscalização.

2. Obrigatoriedade de distinção entre os órgãos e as entidades de regulação e os prestadores dos serviços de saneamento básico

Especificamente se tratando do tema proposto, segundo o art. 9º, inciso II, da Lei n.º 11.445/2007, o titular do serviço de saneamento básico deverá definir o ente responsável pela sua regulação e fiscalização, bem como os procedimentos de sua atuação. Prevê, assim, que a regulação e a fiscalização sejam obrigatórias, mesmo que não tenha havido a delegação do serviço aos particulares.

Só não deixa claro se tal poderá ou não ser exercida pelo próprio prestador do serviço, como existia antes do surgimento do novo marco legal regulatório do setor, ou se tal deveria ser objeto de regulação e fiscalização por entidade diversa do prestador, mesmo na hipótese de prestação direta pelo titular⁹. O art. 2º, inciso IV, do Decreto n.º 7.212/2010, no entanto, parece deixar evidente a interpretação de que o regulador e o prestador devem ser pessoas distintas quando veda a possibilidade de que o agente de regulação e o agente de prestação do serviço se consubstanciem no mesmo ente público. O art. 23, do mesmo dispositivo legal, também deixa claro que o ordenamento não prevê a possibilidade de confusão entre o prestador e o ente regulador.

Além disso, a Lei n.º 11.445/2007, em seu art. 11, inciso III, condiciona a validade dos contratos que tenham por objeto a prestação de serviços públicos de saneamento básico à existência de normas de regulação que prevejam os meios para o cumprimento das diretrizes da lei, incluindo a designação da entidade de regulação e de fiscalização.

9 Vale ressaltar que no Projeto de Lei nº 5.296, de 23 de maio de 2005, a questão da regulação abrangendo a prestação dos serviços diretamente pelo titular estava posta de modo expresso, *in verbis*: “Art. 17. A prestação de serviço público de saneamento básico deve ser objeto de regulação e fiscalização permanente por órgão ou entidade de direito público do titular dos serviços ou de consórcio público de que participe.

§1º O prestador do serviço não poderá exercer as funções de regulação e de fiscalização”.

Tal projeto restou arquivado, em decorrência da declaração de prejudicialidade, em 16 de janeiro de 2007, pela Mesa Diretora da Câmara dos Deputados, em face da vigência da Lei nº 11.445/2007.

Vale recordar que tal função normativa e regulatória é uma imposição constitucional (art. 174 da CRFB), mas seu *modus operandi* será definido de forma discricionária pelo chefe do Poder Executivo. Caso entenda por montar uma estrutura administrativa própria, tem ele competência privativa (art. 84, II da CRFB), sendo, para a sua criação, necessária uma lei (art. 37, XIX e XX da CRFB), cabendo a este a iniciativa do processo legislativo (art. 61, §1º, II, e da CRFB).

Segundo o art. 31 do Decreto n.º 7.212/2010, as atividades administrativas de regulação, inclusive de organização e de fiscalização dos serviços de saneamento básico, poderão ser executadas pelo titular: (i) diretamente, mediante órgão ou entidade de sua administração direta ou indireta, inclusive consórcio público do qual participe; ou (ii) mediante delegação, por meio de convênio de cooperação, a órgão ou entidade de outro ente da Federação ou a consórcio público do qual não participe, instituído para gestão associada de serviços públicos.

Independentemente de quem será o regulador, fato é que este terá de obedecer os ditames da Lei n.º 11.445/2007 que, em seu art. 22, estabelece que os objetivos da regulação serão: (i) estabelecer padrões e normas para a adequada prestação dos serviços e para a satisfação dos usuários; (ii) garantir o cumprimento das condições e metas estabelecidas; (iii) prevenir e reprimir o abuso do poder econômico, ressalvada a competência dos órgãos integrantes do sistema nacional de defesa da concorrência; (iv) definir tarifas que assegurem tanto o equilíbrio econômico e financeiro dos contratos como a modicidade tarifária, mediante mecanismos que induzam a eficiência e eficácia dos serviços e que permitam a apropriação social dos ganhos de produtividade.

Desse modo, os serviços de saneamento básico estão sujeitos, em maior ou menor grau, à regulação, variando apenas a intensidade e profundidade da incidência regulatória, afinal, passou ela a ser necessária para que a ordem econômica-social se dirija às suas finalidades constitucionais. Passa-se, na sequência, a analisar cada uma das formas possíveis de regulação.

2.1. Regulação executada diretamente pelo titular, mediante órgão ou entidade de sua Administração direta

Essa forma de regulação é a tipologia clássica existente nas mais diversas atividades. Na verdade, trata-se de uma forma complementar à autorregulação do próprio ente estatal incumbido da prestação da atividade.

É certo que tal modelo possui vantagens em relação àqueles em que o ente se autorregula sozinho, afinal, é uma pessoa externa em comparação com o prestador que impõe, restringe e permite determinadas condutas. Mas é bem verdade que esse tipo de regulação não costuma surtir efeito satisfatório à população. O problema dessa forma de regulação é que a Administração direta não possui a especialização técnica devida e, pior, é titularizada por agentes políticos, o que, em muitos casos, ocasiona uma grande instabilidade e pouca racionalidade ao setor regulado. E tal ocorrência costuma levar a uma incapacidade de prever cenários e de desenhar políticas e diretrizes. Em suma, o mercado regulado pela Administração direta, em geral, fica sem instrumentos de coordenação e de controle e, por isso, acaba por possibilitar abuso dos prestadores.

Segundo Bilac Pinto¹⁰, a regulação realizada diretamente pelo poder público somente poderia ter aplicação satisfatória nos regimes de prestação direta dos serviços públicos, fossem estes prestados por empresas estatais ou pela Administração direta ou autárquica. No mesmo sentido comunga Floriano de Azevedo Marques Neto, que se manifestou no sentido da não obrigatoriedade da existência de autoridades regulatórias independentes (agências reguladoras) nos casos em que os serviços forem prestados por órgão da Administração indireta do ente titular, como ocorre com muitas das autarquias municipais de água e esgoto¹¹. Independentemente, fato é que esse modelo, hoje, é possível, desde que a separação entre o prestador e o regulador seja absoluta. Aqui,

10 PINTO, Bilac. Regulamentação efetiva dos serviços de utilidade pública. Rio de Janeiro: Forense, 1941, p. 34.

11 Vale citar a passagem que o autor assim defende: “Com relação ao serviço prestado pela Administração direta, seria mesmo irrazoável submetê-lo a uma regulação independente. Porém, no caso de descentralização, mesmo que para ente da Administração indireta, é de rigor que se crie um ente específico para exercer a regulação, pelas razões que já anunciamos.” (MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. A regulação no setor de saneamento. In: CORDEIRO, Berenice de Souza (Coord.). Instrumentos das políticas e da gestão dos serviços públicos de saneamento. Brasília: Secretaria Nacional de Saneamento Ambiental, 2009, p. 179, Livro I (Coletânea).

Outro autor que defende esse posicionamento com relação ao setor de saneamento básico é Alexandre dos Santos Cunha (CUNHA, Alexandre dos Santos. Saneamento básico no Brasil: desenho institucional e desafios federativos. Rio de Janeiro: IPEA, jan. 2011. Texto para discussão 1565, p. 13) ao referir que: “A prestação direta pode ocorrer por meio da própria administração pública ou de entes operadores descentralizados, tais como autarquias, fundações públicas, empresas públicas ou de economia mista vinculadas ao ente federado que detém a titularidade. Nesse caso, a figura do titular confunde-se com a do operador, e não há necessidade legal de conceber-se uma estrutura regulatória”.

pode o prefeito manter tais atribuições consigo, como também pode criar Secretaria Municipal específica de saneamento básico ou incluir tal competência em Secretaria já existente, atribuindo dita tarefa a tais órgãos por entender que há ganhos de eficiência e especialização advindos dessas atribuições de competências. Alternativamente, pode o prefeito adaptar Conselho Técnico e Administrativo existente e criado para discutir políticas públicas de saneamento básico, ou, até mesmo, criar um órgão colegiado, como os Conselhos Municipais de Saneamento, de preferência, com composição paritária e caráter deliberativo, apoiados tecnicamente por alguma entidade de ensino e/ou pesquisa, por profissionais capacitados e cedidos de outro órgão, por consultorias, ou por câmaras técnicas¹².

2.2. Regulação executada diretamente pelo titular, mediante entidades da Administração indireta

Outra modelo possível seria a delegação a ente da Administração indireta. Neste caso, pode-se ter tal atribuição outorgada a uma autarquia comum, afinal, possui esta atribuições típicas da Administração, ou, também, à autarquia especial que possua funções típicas de Estado. Nesse último caso, o que se pretende é evitar a contaminação política nas decisões regulatórias, o que só se alcançaria por meio da intervenção de ente autônomo, independente, com distância suficiente para se responsabilizar pela defesa dos interesses públicos na estipulação dos ditames do mercado. É dizer, criar uma entidade pública com ampla competência, autoridade, amplitude de poderes, alta especificação técnica, permeabilidade à sociedade e, principalmente, independência, em outras palavras, criar uma autoridade reguladora independente (agência reguladora) do próprio Município¹³.

12 Cita-se, como exemplo, o Conselho Municipal de Saneamento Ambiental de Alagoinhas (CMSA), criado pela Lei n.º 1.460/2001; o Conselho Municipal de Saneamento Básico de Chapadão do Céu, criado pela Lei n.º 1.111/2014; e o Conselho Municipal de Saneamento Básico (COMSAB), do município de São Mateus do Sul, criado pela Lei n.º 2.634/2015.

13 São exemplos de agências reguladoras municipais criadas para regular o serviço de saneamento básico: AMAE – Agência Municipal de Regulação dos Serviços de Água e Esgoto de Joinville; ARSBAN – Agência Reguladora de Serviços de Saneamento Básico do Município de Natal; ARSAE – Agência Reguladora dos Serviços de Água e Esgotos de Mauá/SP; ARSAEG – Agência Reguladora do Serviço de Água, Esgotos e Resíduos de Guaratinguetá; AGR – Agência Reguladora de Saneamento de

2.3. Regulação mediante delegação, por meio de convênio de cooperação, a órgão ou entidade de outro ente da Federação

O terceiro modelo possível é aquele em que se delega a regulação a outro ente da Federação. Nesses casos, a delegação ocorre para autoridade reguladora estadual, multissetorial ou não, com âmbito de atuação nos limites do estado-membro¹⁴. Vale ressaltar a possibilidade legal do exercício da função regulatória por outro ente para qual o titular da prestação do serviço delegue tal exercício. A própria Lei n.º 11.445/2007 prescreve, em seu art. 8º, que “os titulares dos serviços públicos de saneamento básico poderão delegar a organização, a regulação, a fiscalização e a prestação desses serviços, nos termos do art. 241 da Constituição Federal e da Lei nº 11.107, de 6 de abril de 2005”. Além disso, o art. 23, §1º, dispõe que “a regulação de serviços públicos de saneamento básico poderá ser delegada pelos titulares a qualquer entidade reguladora constituída dentro dos limites do respectivo Estado, explicitando, no ato

Tubarão – AGR – Tubarão (SC); ACFOR - Autarquia de Regulação, Fiscalização e controle dos Serviços Públicos de Saneamento Ambiental; entre outras.

Outros exemplos de agências reguladoras municipais que regulam não só os serviços de saneamento básico, mas também outros serviços públicos delegados são: AGERSA – Agência Municipal de Regulação dos Serviços Públicos Delegados de Cachoeiro de Itapemirim; ARSETE – Agência Municipal de Regulação de Serviços Públicos de Teresina-PI; ARSEC – Agência Municipal de Regulação de Serviços Públicos Delegados de Cuiabá; AR-ITU - Agência Reguladora de Serviços Delegados do Município da Estância Turística de Itu; AGERJI - Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados de Ji-Paraná; ARPF - Agência Reguladora de Serviços Públicos de Porto Ferreira; AGEREG - Agência Reguladora dos Serviços Público Delegados de Campo Grande; ARSAL - Agência Reguladora e Fiscalizadora dos Serviços Públicos de Salvador; e ARSEMA - Agência Reguladora de Serviços Públicos do Maranhão; entre outras.

14 São exemplos de agências reguladoras estaduais que possuem atribuições específicas e por vezes exclusivas de regular os serviços de saneamento básico: ADASA – Agência Reguladora de Águas, Energia e Saneamento Básico do Distrito Federal; AGENERSA – Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro; AGESAN – Agência Reguladora de Serviços de Saneamento Básico do Estado de Santa Catarina; ARSESP – Agência Reguladora de Saneamento e Energia do Estado de São Paulo; ARSAE-MG – Agência Reguladora de Serviços de Abastecimento de Água e de Esgotamento Sanitário do Estado de Minas Gerais; ARSI – Agência Reguladora de Saneamento Básico e Infraestrutura Viária do Espírito Santo; AGERSA - Agência Reguladora de Saneamento Básico do Estado da Bahia; entre outras.

de delegação da regulação, a forma de atuação e a abrangência das atividades a serem desempenhadas pelas partes envolvidas”¹⁵.

2.4 Regulação exercida diretamente ou mediante delegação, por consórcio público do qual o Município participe ou não

Além da expressa autorização para delegar a função regulatória à entidade reguladora constituída dentro dos limites do respectivo estado, também existe previsão de delegação à entidade reguladora consorciada (art. 31, §1º, do Decreto n.º 7.217/2010).

Dessa forma, pode existir regulação por meio de consórcio público do qual o Município participe. Frisa-se que esse, obrigatoriamente, tem de ser um consórcio público de direito público¹⁶, ou, por meio de delegação para autoridade reguladora independente intermunicipal, regional ou consorciada, criada por meio de consórcio público, também de direito público, do qual o Município não participe, instituído para gestão associada de serviços públicos¹⁷.

3. Fortalecimento do modelo de autoridades reguladoras independentes (agências reguladoras)

É importante que quem realize essa regulação logre elidir, ou, ao menos, reduzir, a interferência política na prestação dos serviços de saneamento básico. Sabe-se que, em âmbito municipal, os riscos políticos aumentam em função da

15 Sobre o tema, vide: MUKAI, Sylvio Toshiro (Coord.). Saneamento básico, diretrizes gerais: comentários à Lei 11.445 de 2007. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 66.

16 São exemplos de consórcios públicos, o Consórcio Público de Saneamento Básico da Bacia Hidrográfica do Rio dos Sinos e o Consórcio Público de Saneamento Básico do Sul e Centro Sul Sergipano.

17 São exemplos de agências reguladoras intermunicipais: ARIS – Agência Reguladora Intermunicipal de Saneamento; AGIR - Agência Intermunicipal de Regulação, Controle e Fiscalização de Serviços Públicos Municipais do Médio Vale do Itajaí; e ARES – PCJ - Agência Reguladora dos Serviços de Saneamento das Bacias dos Rios Piracicaba, Capivari e Jundiá.

maior volatilidade das normas municipais¹⁸, por isso, que se entende que existe na Lei n.º 11.445/2007 um claro fortalecimento da necessidade de participação das autoridades reguladoras independentes (agências reguladoras) nos serviços de saneamento básico sempre e quando o princípio da eficiência e da economicidade assim o exigirem¹⁹. Não existe, como alguns defendem, a utilização compulsória do modelo de agências reguladoras²⁰. Pelo contrário, a obrigatoriedade existente diz única e exclusivamente respeito à separação entre prestador e regulador. A obrigatoriedade de se optar por uma agência reguladora existiria única e exclusivamente quando outra opção violar os princípios mencionados²¹.

Afirma-se isso porque a discricionariedade inicialmente existente na definição do *modus operandi* da regulação poderá se reduzir a zero, haja vista o princípio da eficiência e da economicidade consagrado na CRFB. Ou seja, por mais que se possa parecer estranho que uma autoridade reguladora independente regule a prestação direta de um determinado serviço de saneamento básico, por exemplo; como a regulação, mediante órgão ou entidade de sua Adminis-

18 SCHIRATO, Victor Rhein. Setor de saneamento básico: aspectos jurídico-administrativos e competências regulatórias. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n. 237, p. 119-141, jul./set., 2004, p. 136.

19 Independentemente da forma de regulação, discute-se, muito, se os Municípios teriam capacidade técnica de exercer a atividade regulatória, bem como se tais entes teriam recursos humanos e financeiros para regular com eficiência. Para maiores críticas sobre a competência regulatória municipal, vide: BORGES, Alice Gonzalez. Concessões de serviço público de abastecimento de água aos municípios. *Revista trimestral de direito público*. São Paulo, n. 17, p. 45-46, 1997.

20 Alexandre dos Santos Cunha (CUNHA, Alexandre dos Santos. *Saneamento básico no Brasil*: desenho institucional e desafios federativos. Rio de Janeiro: IPEA, jan. 2011, Texto para discussão 1565, p. 13): “a utilização compulsória do modelo de agências reguladoras pode obrigar a criação e manutenção de mais de 5 mil órgãos de regulação. Além de extremamente oneroso para o poder público, esse milagre da multiplicação das agências reguladoras provavelmente esbarraria na impossibilidade de encontrarem-se quadros técnicos qualificados a operá-las em todo território nacional”.

21 Segundo Alessandra Ourique de Carvalho (CARVALHO, Alessandra Ourique de. A regulação e a normatização dos serviços de saneamento básico interdependentes. In: GALVÃO JUNIOR, Alceu de Castro; XIMENES, Marfisa Maria de Aguiar Ferreira (Coords.). *REGULAÇÃO*: Normatização da Prestação de Serviços de Água e Esgoto. Fortaleza: Associação Brasileira de Agências de Regulação – ABAR, 2009. v. II, p. 75): “as Agências Reguladoras ganham especial função nos serviços de saneamento básico, sendo essenciais e obrigatórias para todos os serviços de saneamento básico, independentemente de quem os presta. Aliás, a definição da entidade de regulação e fiscalização é exigível tanto para os novos contratos quanto para os contratos já existentes à época da vigência da Lei Federal nº 11.445/07, primeiro porque os arts. 9º e 11 e a própria lei em nenhum momento apresentaram qualquer ressalva nesse sentido, e segundo pela impossibilidade de se invocar a intangibilidade do ato jurídico perfeito, consagrado na Constituição da República de 1988, art. 5º, inciso XXXVI, para as cláusulas de serviço nos contratos, ao contrário do que ocorre com as cláusulas econômicas”.

tração direta, em geral, apresenta-se como insuficiente, por serem integradas por agentes escolhidos por critérios políticos e demissíveis *ad nutum*, além de exercerem atribuições relacionadas única e exclusivamente à anulação de atos administrativos (controle de legalidade), fato é que sempre que se demonstrar melhor resultado (eficiência e economicidade), ter-se-á de criar uma autoridade reguladora independente.

Segundo a Associação Brasileira de Agências de Regulação (ABAR), em 2013, 2.716 municípios brasileiros eram regulados por autoridade reguladora independente, número bem superior ao registrado do ano de 2009, quando apenas 883 municípios tinham este tipo de regulação. Fato este que revela forte tendência de expansão da regulação por meio de autoridade reguladora independente.

São diversos os tipos de autoridades reguladoras independentes: (i) as municipais (multissetoriais ou exclusivas de saneamento básico); (ii) as estaduais (multissetoriais ou exclusivas de saneamento básico); e (iii) as intermunicipais, regionais ou consorciadas.

O importante, frisa-se, não é a natureza do operador. Da mesma forma que poderá haver uma empresa privada prestando os serviços, também será possível que uma empresa estatal ou uma autarquia operem tais serviços. O que se buscará regular não é a entidade que os presta, mas sim o segmento ou setor, é dizer, algum ou todos os serviços de saneamento básico.

A ideia é que essas autoridades sejam criadas como entes administrativo-técnicos, altamente especializados e, sobretudo, imunes de obrigações e oscilações típicas de um processo político que, como se sabe, influenciam, demasiadamente, as decisões de órgãos situados em cada escala hierárquica da Administração. Por esse motivo, deve ser concebida como um tipo de entidade que, mesmo mantendo o vínculo com a Administração central, possua independência. Quanto mais, melhor!

4. Questionamentos para criação de autoridades reguladoras independentes para regular prestação direta dos serviços de saneamento básico

Como já mencionado, à primeira vista, soa estranha a existência de uma autoridade reguladora independente (agência reguladora) em um cenário no

qual o poder público opere diretamente o serviço de saneamento básico, afinal, a regulação é tradicionalmente vista, pela doutrina brasileira, como uma forma de intervenção nas escolhas da iniciativa privada, e não nas escolhas do próprio poder público.

É certo que criar autoridades reguladoras independentes para regular prestação direta dos serviços de saneamento básico levantará questionamentos. Tais dificuldades se encontram de acordo com Luís Alberto Aragão Sabóia²² em três pontos:

1) a dificuldade de se justificar o controle indireto do Estado, via agência reguladora, em um setor onde já há o controle direto, via cadeia de comando, nas empresas estatais ou de economia mista que operam no setor, o que causaria uma redundância desnecessária; 2) a possibilidade de ingerências políticas na administração das empresas reguladas, quando estatais ou de economia mista, que tragam conseqüências indesejadas à prestação do serviço público, e; 3) manifestação de interesses corporativistas que se revelam na resistência dos quadros dessas empresas, em se submeterem às competências de uma agência reguladora.

Segundo o autor:

O primeiro ponto levantado configura-se em um sofisma. Imaginar que o fato de ser uma empresa do Estado por si só consagraria a defesa do interesse público, é um equívoco. A formação do espírito de corpo, e os interesses da corporação, muitas vezes apontam para direção diversa daquela trilhada pelo interesse público. A corporação opera em uma racionalidade empresarial, mais afeta aos interesses dos seus stakeholders, portanto na defesa do interesse público justifica-se a presença de um ente regulador com forte atuação fiscalizatória, inclusive com poder sancionatório.

O segundo ponto revela a dificuldade adicional das agências quanto ao tratamento de possíveis ingerências políticas na condução das empresas reguladas, quando estas são controladas pelo Estado. A contraposição, por parte das agências, a essas ingerências políticas requer mais do que

22 SABÓIA, Luís Alberto Aragão. Desafios para a consolidação da regulação de serviços públicos no Estado do Ceará: o caso ARCE. 2007. 170fls. Dissertação (Mestrado em Avaliação de Políticas Públicas) - Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, ago. de 2007, p. 153.

nunca independência do ente regulador, e rigor por parte da direção dessas instituições.

O terceiro ponto refere-se às resistências corporativistas das empresas reguladas, controladas pelo Estado, a submeter-se à competência das agências reguladoras. Esse fato requer uma dose extra, não somente de rigor, mas principalmente de habilidade dos reguladores, em fazer ver que a regulação pode ser algo benéfico para a empresa, uma vez que concorre para o aperfeiçoamento de suas atividades.

É certo que dificuldades existiram quando os serviços foram prestados diretamente por meio de empresas estatais, mas, dentro do ordenamento jurídico hoje existente, são estas pessoas jurídicas de direito privado, logo, poder-se-ia entender que se está intervindo nas escolhas de privados, pelo menos, ficticiamente, afinal, tais devem ser tratadas como se privado o fossem (art. 173, §1º, da CRFB). Pior, seria se tais serviços fossem prestados pela Administração direta, ou por autarquia ou fundações autárquicas, pessoas jurídicas de direito público, pois nesses casos tal construção jurídica não poderá ser feita.

Não existe, porém, qualquer impedimento jurídico para a criação de uma autoridade reguladora independente (agência reguladora). *É fato que a regulação da prestação direta de serviços de saneamento básico pode se reverter, a princípio, de dificuldades, quer seja por interesses públicos secundários de quem presta tais serviços, por uma questão cultural, ou até por potenciais interferências políticas. No entanto trata-se de um mandamento constitucional e legal categórico (art. 174 da CRFB e art. 9º, inciso II, da Lei n.º 11.445/2007) que não pode ser esquecido no que diz respeito à prestação direta do Estado na economia. A falta de regulação efetiva, existente para ditas formas de prestação, nada mais é que carência de decisão política. Urge, portanto, regulá-los. As razões políticas de levar avante a regulação dos serviços prestados diretamente pelo Estado são ordenadas pela Constituição e pelo principal marco legal regulatório dos serviços de saneamento básico e essa regulação deve ser feita de acordo e da melhor forma existente, caso a caso, e sempre que possível, via autoridade reguladora independente (agência reguladora).*

Essas entidades, quando estruturadas adequadamente, observando os requisitos essenciais que as caracterizam, engendram um novo modelo de administração pública, que separa as políticas públicas dos aspectos técnicos. Além disso, para os operadores e usuários, esse novo modelo institucional confere segurança jurídica, além de gerar melhoria da qualidade dos serviços. É, quiçá,

a melhor forma, hoje, de exercer a regulação sobre a exploração de serviços de saneamento básico sem que sua prestação se oriente em sentido contrário aos interesses públicos.

5. O caso do estado de Santa Catarina

A Associação Brasileira de Agências de Regulação (ABAR)²³, em diagnóstico sobre o setor de saneamento básico, demonstrou que existem 47 agências reguladoras com competência legal para regular o setor e, entre essas, pesquisou 23. A partir de tal pesquisa, evidenciou-se que essas 23 agências exercem suas funções em relação a 84 prestadores de serviços de abastecimento de água e de esgotamento sanitário²⁴, verificando-se uma predominância da regulação de autarquias, no formato de Departamentos Autônomos e de Serviços Autônomos Municipais, com 63% (sessenta e três por cento), especialmente em virtude da Agência Reguladora Intermunicipal de Saneamento - ARIS e da Agência Reguladora de Serviços de Saneamento Básico do Estado de Santa Catarina - AGESAN, seguido das sociedades de economia mista, no formato de Companhias Estaduais de Saneamento Básico, com 24% (vinte e quatro por cento). Estes percentuais, na pesquisa 2011, eram de 24% (vinte e quatro por cento) e 38% (trinta e oito por cento), respectivamente. Apenas 13% eram empresas privadas²⁵.

É paradigmático o caso do estado de Santa Catarina. Trata-se do único estado-membro da Federação em que todos os prestadores de serviços de saneamento básico são regulados por agências reguladoras. O estado conta com cinco diferentes autoridades reguladoras independentes (agências reguladoras): uma es-

23 ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE AGÊNCIAS DE REGULAÇÃO – ABAR. Saneamento Básico: Regulação 2012. Fortaleza: Expressão Gráfica e Editora, 2012, p. 15.

24 Ressalta-se que, em pesquisa do Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento 2010 (SNIS), divulgada em junho de 2012, foram detectados mais de 4.500 prestadores de saneamento dos mais diferentes tipos.

25 Segundo a pesquisa: “Em conformidade com o modelo predominante de prestação dos serviços de saneamento básico, as sociedades de economia mista da amostra pesquisada atendem a 96% (noventa e seis por cento) das delegações reguladas. Nos demais participantes da pesquisa, observa-se que 53 (cinquenta e três) municípios regulados (2,7% do total) são operados por departamentos e autarquias municipais e, 17 (dezessete) municípios (0,7%) por empresas privadas” (ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE AGÊNCIAS DE REGULAÇÃO – ABAR. Saneamento Básico: Regulação, 2012. Fortaleza: Expressão Gráfica e Editora, 2012, p. 16).

radual, a Agência Reguladora de Serviços de Saneamento Básico do Estado de Santa Catarina (AGESAN); duas municipais, no caso, a Agência Reguladora de Saneamento de Tubarão (AGR) e a Agência Municipal de Regulação dos Serviços de Água e Esgoto de Joinville (AMAE); e outras duas consorciadas, quais sejam, a Agência Reguladora Intermunicipal de Saneamento (ARIS) e a Agência Intermunicipal de Regulação, Controle e Fiscalização de Serviços Públicos Municipais do Médio Vale do Itajaí (AGIR). Existe um predomínio em termos de abrangência da agência reguladora estadual, realizada por meio de convênios delegatários, no entanto as duas agências consorciadas atendem a uma quantidade expressiva de municípios. Além disso, ambas regulam a Companhia Catarinense de Água e Saneamento (CASAN), criando um caso de regulação múltipla.

Conclusões

Pelo exposto, é possível depreender que a atividade reguladora deve, necessariamente, ser realizada por ente diverso daquele que presta o serviço. Corroborando tal assertiva, tem-se a análise histórica realizada e a atual disciplina legal estabelecida, tanto a Lei n.º 11.445/2007 como seu regulamento, o Decreto n.º 7.217/2010, quando registram o entendimento de que as figuras do prestador e do regulador não devem se confundir.

Sabe-se que os titulares de serviços de saneamento básico possuem inúmeros desafios para implementar órgãos ou entes regulatórios; e um deles é evitar repetir problemas do passado. Os Municípios, titulares dos serviços de saneamento básico, podem e devem criar, inovar, ou seja, adequar essa obrigação às suas realidades.

Há aqueles que possuem recursos humanos e financeiros para tanto, mas, na maioria dos casos, os Municípios nem sequer sabem por onde começar. Ampliar o aparelhamento público via a criação de autoridade reguladora independente (agência reguladora), pode não ser a melhor solução, motivo pelo qual a legislação autorizou outras formas.

Porém entende-se que o melhor modelo existente para implementar a norma jurídica, que obrigue distinguir os órgãos e as entidades de regulação dos prestadores de serviços de saneamento básico, é a criação desses tipos de autoridades independentes que, a depender da realidade de cada município, poderão ser

criadas por descentralização, como uma autarquia especial municipal, ou por delegação ao ente regulador estadual e, dependendo do caso, até mesmo, por meio de consórcio público.

Hoje, tem-se uma predominância de autoridades reguladoras independentes municipais, algumas quantas estaduais, em sua maioria, multissetoriais, mas algumas exclusivas para o setor de saneamento básico e, por último, ainda que em pequena quantidade, há autoridades reguladoras independentes intermunicipais, regionais ou consorciadas que, apesar de poucas, ao que tudo indica, podem ser uma excelente solução em um cenário de escassez de recursos humanos e financeiros.

Referências

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE AGÊNCIAS DE REGULAÇÃO – ABAR. Saneamento Básico: Regulação 2012. Fortaleza: Expressão Gráfica e Editora, 2012.

BORGES, Alice Gonzalez. Concessões de serviço público de abastecimento de água aos municípios. Revista trimestral de direito público. São Paulo, n. 17, p. 45-46, 1997.

CARVALHO, Alessandra Ourique de. A regulação e a normatização dos serviços de saneamento básico interdependentes. In: GALVÃO JUNIOR, Alceu de Castro; XIMENES, Marfisa Maria de Aguiar Ferreira (Coords.). REGULAÇÃO: Normatização da Prestação de Serviços de Água e Esgoto. Fortaleza: Associação Brasileira de Agências de Regulação – ABAR, 2009. v. II.

CUNHA, Alexandre dos Santos. Saneamento básico no Brasil: desenho institucional e desafios federativos. Rio de Janeiro: IPEA, jan. 2011. Texto para discussão 1565.

MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. A Nova Regulação Estatal e as Agências Independentes. Direito Administrativo Econômico. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. A regulação no setor de saneamento. In: CORDEIRO, Berenice de Souza (Coord.). Instrumentos das políticas e da gestão dos serviços públicos

de saneamento. Brasília: Secretaria Nacional de Saneamento Ambiental, 2009, Livro I (Coletânea).

MUKAI, Sylvio Toshio (Coord.). Saneamento básico, diretrizes gerais: comentários à Lei 11.445 de 2007. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

PINTO, Bilac. Regulamentação efetiva dos serviços de utilidade pública. Rio de Janeiro: Forense, 1941.

SABÓIA, Luís Alberto Aragão. Desafios para a consolidação da regulação de serviços públicos no Estado do Ceará: o caso ARCE. 2007. 170fls. Dissertação (Mestrado em Avaliação de Políticas Públicas) - Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, ago. de 2007.

SADDY, André. Regulação da prestação direta de serviços públicos: divergências decorrentes do marco regulatório para o saneamento básico. BDA - Boletim de Direito Administrativo, São Paulo, Ano XXXII, n. 4, p. 344-359, abr. 2016.

SCHIRATO, Victor Rhein. Setor de saneamento básico: aspectos jurídico-administrativos e competências regulatórias. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, n. 237, p. 119-141, jul./set., 2004.

SUNDFELD, Carlos Ari. O saneamento básico e sua execução por empresa estadual. Revista Diálogo Jurídico. Salvador, v. I, n. 5, ago. 2001, Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_5/DIALOGO-JURIDICO-05-AGOSTO-2001-CARLOS-ARI-SUNDFELD.pdf>. Acesso em: 30 maio 2016.

Desestatização do Setor de Saneamento Básico: uma Nova Perspectiva de Reorganização e Desenvolvimento do Setor a fim de Atrair Investimentos de Capital Privado

Marcelo Lesniczki Martins de Campos Ferreira¹

Sumário: *Introdução; 1. Breve Histórico Legislativo da Desestatização no Brasil; 1.1 – A Experiência Privada no Saneamento Brasileiro; 2. Necessidade de atratividade dos investimentos de capital privado para implementação de competição em setor considerado monopólio natural; 3. Possibilidade de reorganização das etapas do setor de saneamento básico diante do avanço das tecnologias e das novas formas de negócio. 3.1. Segmento Upstream; 3.2. Segmento Midstream; 3.3. Segmento Downstream; 3.4. Segmento Outstream; Conclusões; Referências.*

Introdução

Setor da economia com alto déficit nos serviços públicos prestados e um dos últimos a ser regulado², o saneamento básico, nos derradeiros 10 (dez) anos, continua sofrendo grandes transformações pelos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário e até pela Organização das Nações Unidas – ONU.

Importante destacar as seguintes mudanças jurídicas ocorridas nos últimos anos: (i) a edição da Lei Federal n.º 11.445/2007, onde foram estabelecidas as diretrizes nacionais do marco regulatório do setor do saneamento básico; (ii) a

1 Pós-graduado em Direito Financeiro e Tributário pela Universidade Federal Fluminense (UFF/RJ); Membro da Comissão de Direito Urbanístico da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB/RJ); Membro da Câmara de Comércio e Indústria Brasil-Alemanha do Rio de Janeiro (AHK/RJ); Membro do Grupo de Estudos de Direito Administrativo do Rio de Janeiro (GDA/RJ); Ex-Assessor Jurídico do Órgão Julgador do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJ/RJ); Ex-Assessor Jurídico da Companhia Estadual de Águas e Esgotos (CEDAE/RJ); Advogado e Parecerista. marcelolescampos@gmail.com.

2 Disponível em: <<http://www.revistatae.com.br/11319-noticias>>. Acesso em 07 de agosto de 2017.

edição do Decreto Federal n.º 7.217/2010, que regulamentou as diretrizes nacionais do setor de saneamento; (iii) a edição da Resolução A/RES/64/292, em julho de 2010, pela Assembleia Geral da ONU, reconhecendo o acesso à água potável e saneamento como direitos humanos; (iv) a edição da Lei Federal n.º 12.305/2010, que instituiu a Política Nacional de Resíduos Sólidos; (v) a edição do Decreto Federal n.º 7.535/2011, que instituiu o Programa Nacional de Universalização do Acesso e Uso da Água – “Água para Todos”; (vi) o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal das Ações Diretas de Inconstitucionalidade 1842/RJ e 2077/BA, em março de 2013, que concluiu, em linhas gerais, pela gestão compartilhada entre Municípios e Estado em relação aos serviços públicos de saneamento básico; (vii) a edição do Decreto Federal n.º 8.141/2013, que dispôs sobre o Plano Nacional do Saneamento Básico – PLANSAB, visando a universalização dos serviços de saneamento básico no território nacional; (viii) a edição das Leis Federais n.ºs 13.089/2015, 13.116/2015 e 13.146/2015, que alteraram o Estatuto das Cidades³, para dar tratamento prioritário a infraestrutura de abastecimento de água e saneamento; (ix) a edição da Resolução A/RES/70/183, em dezembro de 2015, pela Assembleia Geral da ONU, reconhecendo explicitamente o direito humano ao saneamento como um direito distinto ao direito humano à água potável; (x) a edição da Lei Federal n.º 13.334/2016, criando o Programa de Parceria de Investimentos – PPI, que instituiu uma nova modelagem jurídica de parcerias.

As referidas transformações ocorridas deveriam, em tese, ter atraído novos *players* para o setor do saneamento básico. Porém, devido a uma forte insegurança jurídica na atual modelagem, ainda não se obteve a efetiva atratividade dos investidores privados⁴, muito menos a universalização do acesso aos direitos humanos da água potável e do saneamento básico⁵.

Isto porque, o Plano Nacional de Saneamento Básico – PLANSAB⁶, concluído em dezembro de 2013, previu que seria necessário o investimento, entre

3 Lei Federal n.º 10.257/2001.

4 LOHBAUER, Rosane Menezes – Workshop: Segurança Jurídica para Atrair Investimentos Privados em Saneamento. Jun/2017 – Disponível em: <<http://www.fiesp.com.br/noticias/para-atrair-investimento-privado-saneamento-precisa-de-seguranca-juridica/>>. Acesso em : 07 de agosto de 2017.

5 Veja artigo, nesta obra, intitulado “O Conceito de Saneamento”, de Bruna Cavalcante Drubi Burger.

6 HELLER, Léo (Coordenador). PLANSAB - Plano Nacional de Saneamento Básico: Mais Saúde com Qualidade de Vida e Cidadania. Ministério das Cidades. Secretaria Nacional de Saneamento Ambiental,

o período de 2014-2033, da quantia de R\$ 508,4 bilhões para o referido setor, o que significaria uma média anual de R\$ 25,4 bilhões para se conseguir atingir a universalização dos serviços até 2033.

Ocorre que, segundo pesquisas realizadas pela Associação Brasileira das Empresas Estaduais de Saneamento – AESBE⁷, entre o período de 1970-2005, e pela Confederação Nacional das Indústrias – CNI⁸, entre o período de 2007-2014, o investimento anual no setor de saneamento nunca ultrapassou o valor médio de R\$11 bilhões (sendo apenas de R\$1,5 bilhões/ano de recursos advindos das empresas privadas). Tal fato levaria, nesse ritmo, o atingimento da universalização do serviço de saneamento, segundo o estudo da CNI, somente no ano de 2054, ou seja, bem distante do prévio planejamento governamental. O quadro mantém o gargalo da atividade com um atraso de mais de 20 (vinte) anos em investimentos, prejudicando, assim, o desenvolvimento nacional, urbano e social do País.

Em que pese o bom avanço legislativo ter contribuído para o aprimoramento parcial do setor de saneamento, torna-se imprescindível a desestatização do setor, através da segmentação das fases e mensuração econômica das etapas da cadeia interna de valores da atividade de saneamento básico, de forma a trazer maior competitividade, como se demonstrará adiante no presente artigo. Como se procurará demonstrar, é possível a aplicação de um modelo no qual se permita a atuação híbrida e/ou compartilhada por diferentes agentes privados e públicos, bem como a criação de entidades reguladoras independentes, como nos ensina André Saddy⁹, definindo, assim, uma nova modelagem jurídica que

Brasília 2014, pag. 170. Disponível em: <https://www.cidades.gov.br/images/stories/ArquivosSNSA/PlanSaB/plansab_texto_editado_para_download.pdf>. Acesso em : 07 de agosto de 2017.

- 7 SAIANI, Carlos César Santejo; TONETO JUNIOR, Rudinei. Evolução do acesso a serviços de saneamento básico no Brasil (1970 a 2004). Econ. soc., Campinas , v. 19, n. 1, p. 79-106, Apr. 2010 . Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-06182010000100004&lng=en&nrm=iso>. access on 12 Jan. 2017. <http://dx.doi.org/10.1590/S0104-06182010000100004>. Acesso em: 07 de agosto de 2017.
- 8 FRISCHTAK, Claudio; NORONHA, Júlia. O Financiamento do Investimento em Infraestrutura no Brasil: uma agenda para sua expansão sustentada. Confederação Nacional das Indústrias - CNI, Brasília 2016, pags. 38 e 50. Disponível em: <http://www.portaldaindustria.com.br/media/filer_public/54/52/5452c65a-3f9f-43f8-950f-043cf0e8db95/18_07_-_estudo_financiamento_do_investimento_em_infraestrutura.pdf>. Acesso em : 07 de agosto de 2017.
- 9 Veja artigo, nesta obra, intitulado “Regulação do Saneamento Básico: obrigatoriedade da existência de uma entidade que preste e outra que regule e fiscalize os serviços de saneamento básico”, de André Saddy.

atenda todos os *players* do setor de saneamento, garantindo, portanto, uma maior segurança jurídica ao mercado, culminando na tão desejada universalização dos serviços de saneamento.

Isto porque, a desestatização busca reduzir ao máximo a participação do Estado em diversos setores da economia, inclusive, nos serviços públicos, devido a crescente demanda da sociedade por investimentos cada vez mais custosos ao Estado.

1. Breve Histórico Legislativo da Desestatização no Brasil

Inicialmente, convém ressaltar que não é objetivo desse tópico, desenvolver toda a evolução histórica sobre a Desestatização no Brasil, mas somente traçar os principais momentos históricos que levaram à redução da participação do Estado em diversos setores da economia.

Nesse contexto, importante destacar que foi através do Decreto Federal n.º 83.740/79, que se instituiu o Programa Nacional de Desburocratização – criado basicamente para reduzir a interferência do Estado nas atividades do cidadão e do empresário, melhorar o atendimento aos usuários dos serviços públicos, descentralizar decisões, simplificar o trabalho administrativo, eliminar formalidades e intensificar a execução dos trabalhos da Reforma Administrativa estabelecida pelo Decreto-lei n.º 200/67 – que iniciou esse movimento de melhoria do agigantamento do Estado, trazido pelo Estado Providência/Intervencionista, especialmente, devido a incapacidade do Estado em alocar recursos na expansão e manutenção de diversos serviços públicos.

Posteriormente, através dos Decretos Federais n.ºs 86.215/81 e 91.991/85, estabeleceu-se a Política e o Programa de Privatização no Brasil, fixando normas para transferência, transformação e desativação de empresas estatais, cuja manutenção do controle tivesse se tornado desnecessária e/ou injustificável para o Estado, sem qualquer resultado prático.

Da mesma forma, coube ao Decreto Federal n.º 95.886/88 instituir o Programa Federal de Desestatização, cujo conceito englobava não só as Privatizações, mas a Desregulamentação, com intuito de transferir para a iniciativa privada algumas atividades econômicas exploradas pelo setor público, estimulando mecanismos competitivos de mercado através de execução indireta de serviços públicos por meio de concessões ou permissão, com o objetivo maior de reduzir

o déficit público, sem contudo lograr êxito em seu desiderato, já que a ditadura se encontrava na iminência do seu perecimento.

Todavia, com a promulgação da Constituição Federal de 1988 e as famosas recomendações econômicas do Consenso de Washington de 1989, para os países da América Latina, através das Teorias de Hayek¹⁰, Mises e Friedman¹¹, passou-se a implementar medidas neoliberais nos países emergentes a partir da década de 1990, com o intuito de acelerar o seu desenvolvimento econômico.

Com isso, surge no Brasil, através da Lei Federal n.º 8.031/90 – já sob a égide da democracia – o Programa Nacional de Desestatização, com os objetivos de reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público, de forma a atrair os investimentos empresariais, ampliando a competitividade, permitindo que a administração pública concentre seus esforços nas atividades em que a presença do Estado seja fundamental para a consecução das prioridades nacionais, bem como contribuir para a redução da dívida pública, saneando as finanças do Estado, trazendo os primeiros passos para aplicação dos princípios da eficiência e da subsidiariedade, na busca de novas mudanças almejadas pela sociedade, conforme nos ensina Baracho¹².

Já a segunda onda do movimento de desestatização, teve pujança através da Teoria de Nash¹³, ganhando força no Brasil a partir da Lei Federal n.º 9.491/97, alterando, significativamente, grandes setores da economia – anteriormente monopolizados – tais como: telecomunicações, petróleo, ferroviário, bancário, energia elétrica, portos e transportes.

Em que pese o Programa Nacional de Desestatização não ter atingido o setor do saneamento básico – devido a polêmica então existente acerca da titularidade da prestação dos serviços – tal movimento foi iniciado pelos Estados/Municípios, através de inúmeras concessões dos serviços de água/esgoto (Ex.: Municípios de Limeira/SP e Niterói/RJ).

10 Vencedor do Prêmio Nobel de Economia de 1974;

11 Vencedor do Prêmio Nobel de Economia de 1976;

12 BARACHO, José Alfredo de Oliveira. O Princípio de Subsidiariedade. Conceito e Evolução, Ed. Forense. Rio de Janeiro. 2000, pag. 57.

13 Vencedor do Prêmio Nobel de Economia de 1994;

De qualquer forma, ao que tudo indica, poderemos ter uma nova onda de desestatização, aproximando-se dos estudos da Teoria de Jean Tirole¹⁴, que se refletem no Brasil, através da Lei Federal n.º 13.334/2016, que criou o Programa de Parceria de Investimentos – PPI, pretendendo ampliar a interação entre o Estado e a iniciativa privada, por meio de parcerias e medidas de desestatização, que buscam expandir a infraestrutura pública, fortalecendo o papel do Estado Regulador, o que atingirá, especialmente, o setor de saneamento básico.

Isto porque, por não ser a União Federal o ente titular da prestação dos serviços de saneamento – mas apenas o instituidor das diretrizes gerais, por força da Lei Federal n.º 11.445/2007, visará estabelecer parcerias com outros entes federativos, com intuito da universalização desses serviços, conforme se depreende da Resolução n.º 01/2016 do Conselho do Programa e Parcerias de Investimento – CPPI, que ao absorver as atribuições do antigo Conselho Nacional de Desestatização – CND, determinou que o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES seja o órgão competente para firmar esse ajuste, por solicitação dos Estados ou Municípios, supervisionando, assim, o processo de desestatização de empresas controladas por estes entes federais.

Dessa forma, caberá ao BNDES a elaboração, estruturação e supervisão das etapas de planejamento, licitação, celebração e execução/acompanhamento dos empreendimentos de parceria referentes ao processo de desestatização das empresas estaduais e/ou municipais de saneamento – outrora criadas com intuito de atender o extinto Plano Nacional de Saneamento – PLANASA, estabelecido por força da Lei Federal n.º 5.318/67.

Releva salientar, inclusive, que a nova onda do processo de desestatização do setor de saneamento já se iniciou, na medida em que o BNDES, através do Edital de Pré-Qualificação n.º 01/2016, recentemente selecionou 20 consórcios que estariam aptos a participar de futuras licitações para estruturação de projetos das seguintes Companhias Estaduais de Saneamento Básico – CESB's: CASAL (Alagoas) – Pregão Eletrônico n.º 14/2017; CAESA (Amapá) – Pregão Eletrônico n.º 15/2017; CAEMA (Maranhão) – Pregão Eletrônico n.º 16/2017; COSANPA (Pará) – Pregão Eletrônico n.º 17/2017; COMPESA (Pernambuco) – Pregão Eletrônico n.º 18/2017; DESO (Sergi-

14 Vencedor do Prêmio Nobel de Economia de 2014, estudou os monopólios naturais e os oligopólios, com a ideia de que é possível oferecer diferentes opções, cardápios e menus de contratos para gerar os incentivos corretos para os setores, não havendo uma solução padrão e/ou única para cada setor;

pe) – Pregão Eletrônico n.º 19/2017; DEPASA (Acre) – Pregão Eletrônico n.º 30/2017; CAGECE (Ceará) – Pregão Eletrônico n.º 31/2017; CAGEPA (Paraíba) – Pregão Eletrônico n.º 32/2017; CAERN (Rio Grande do Norte) – Pregão Eletrônico n.º 33/2017; CASAN (Santa Catarina) – Pregão Eletrônico n.º 34/2017; CEDAE (Rio de Janeiro – Pregão Eletrônico n.º 49/2017; e CAER (Roraima - Pregão Eletrônico n.º 63/2017).

Da mesma forma, já declararam a intenção de firmar o referido ajuste de estruturação pelo BNDES, aguardando somente o lançamento do edital dos respectivos Pregões Eletrônicos, as seguintes empresas estaduais de saneamento: COSAMA (Amazonas), EMBASA (Bahia), SANEPAR (Paraná), AGESPISA (Piauí) e SANEATINS (Tocantins). Diante disso, em tempos de crise financeira e fiscal dos Estados da Federação, percebe-se o surgimento de novas possibilidades de investimentos pela iniciativa privada em busca da universalização dos serviços públicos de saneamento básico, cuja modelagem econômico-financeira dos negócios será diagnosticada e estruturada a partir dos estudos técnico-jurídicos dos projetos que serão contratados pelo BNDES, razão pela qual o presente trabalho busca sugerir uma perspectiva de nova reorganização e desenvolvimento dos serviços a fim de atrair novos investimentos de capital privado para o setor.

1.1. A Experiência Privada no Saneamento Brasileiro

Segundo os dados da Associação Brasileira de Concessionárias Privadas de Serviços de Água e Esgoto – ABCON¹⁵, colhidos do Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento – SNIS¹⁶, do Ministério das Cidades, até o ano de 2017, dos 5.570 municípios existentes no Brasil, apenas em 322 há presença de operadores da iniciativa privada. Trata-se da existência de 264 modalidades de contratos administrativos, distribuídos da seguinte forma: (i) 139 Concessões Plenas; (ii) 27 Concessões Parciais; (iii) 16 Parcerias Público Privadas (PPPs); 3 Locação de Ativos; 1 Subdelegação de Serviços; 78 Assistências Técnicas, beneficiando um total aproximado de 30,64 milhões de pessoas das 207,81 milhões existentes.

15 Disponível em: <<https://www.abconsindcon.com.br/sobre-o-saneamento/numero-do-segmento-privado/>>

16 BRASIL – Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento. Ministério das Cidades. Disponível em: <<https://www.snis.gov.br>>

Dessa forma, nota-se que a iniciativa privada está em apenas 5,78% dos municípios brasileiros, atendendo apenas 14,74% da população brasileira, comprovando, assim, a forte presença estatal no setor do saneamento.

Além dessas espécies de modalidades contratuais, outras formas de desestatização passaram a ser adotadas no setor de saneamento. São os casos das Companhias Estaduais de Saneamento Básico – CESBs, com natureza jurídica de sociedades de economia mista, que optaram por fazer a abertura de capital social, com a chamada Oferta Inicial de Ações (*Initial Public Offering* – IPO) com negociação nas Bolsas de Valores. Podemos citar o caso da SABESP (atende 364 municípios no Estado de São Paulo), que abriu o capital em 2002, negociando 49,7% de suas ações nas Bolsas de São Paulo e Nova Iorque, bem como o caso da COPASA (atende 576 municípios no Estado de Minas Gerais), que abriu o capital em 2006, negociando 46,6% de suas ações nas BM&FBOVESPA.

Ressalte-se, ainda, outro caso de desestatização, consistente na própria privatização das CESBs, onde se faz a alienação da participação societária, inclusive do controle acionário. Esse é o caso, ao que tudo indica, da CEDAE (atende 64 municípios no Estado do Rio de Janeiro), por força da Lei Estadual n.º 7.529/2017, aprovada recentemente, que autorizou o Poder Executivo Estadual a alienar a totalidade das suas ações representativas do capital social, importando na transferência do seu controle acionário, como contrapartida exigida como garantia de um empréstimo do Governo Federal no valor de R\$ 3,5 bilhões.

Todavia, convém destacar que, segundo Marcelo José das Neves do Instituto de Advogados do Brasil – IAB, tal condicionamento à uma contrapartida exigida como garantia de um empréstimo, violaria o princípio constitucional da moralidade administrativa, além de violar o pacto federativo, por ausência de manifestação prévia dos 64 municípios que são atendidos pela prestação de serviços de saneamento da CEDAE, o que culminou no ajuizamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADIN n.º 5.683/RJ, em trâmite no Supremo Tribunal Federal.

Por fim, vale relembrar que outrora, em 1995, se tentou incluir, sem êxito, a CEDAE no Programa Estadual de Desestatização – PED, através da Lei Estadual n.º 2.470/1995, regulamentada pelo Decreto Estadual n.º 21.916/1995, por força de decisão do Supremo Tribunal Federal, que ao julgar a Suspensão de Segurança n.º 1.315/RJ, tornou válido o Decreto Legislativo n.º 17/98, que sustava o processo de desestatização da CEDAE, culminando, posteriormente, na edição da Lei Estadual n.º 3.125/1998, que a retirou do PED,

2. Necessidade de atratividade dos investimentos de capital privado para implementação da competição em setor considerado monopólio natural

Segundo Frederico Araújo Turolla e Thelma Harumi Ohira¹⁷, o setor de saneamento básico é considerado um verdadeiro monopólio natural, em razão dos altíssimos custos fixos para implantação de todo o sistema – altamente complexo –, ganhando-se economia de escala caso prestado por agente único, em função de trazer maior eficiência econômica na prestação dos serviços. Todavia, o monopólio natural não é definitivo, passando, basicamente, por 4 (quatro) grandes estágios: (i) início - invenção do sistema; (ii) crescimento – o sistema cresce substituindo o serviço antigo¹⁸, com economias de escala intensas; (iii) maturidade – o sistema se torna completo tanto em tecnologia quanto em saturação do mercado, tornando as economias de escala menos significativas pelo avanço da tecnologia; (iv) reversão à competição convencional – sistema se reverte para a competição, deixando de ser serviço público e perdendo as características de monopólio natural.

Foi o que se tentou fazer na expansão do setor entre as décadas de 1970 e 1990, com a implementação do Plano Nacional do Saneamento – PLANASA¹⁹, cujo foco era, basicamente, o crescimento das etapas de abastecimento de água e esgotamento sanitário e, excepcionalmente, a drenagem urbana, incentivando os Municípios a realizarem convênios, com um operador único estadual, através das chamadas Companhias Estaduais de Saneamento Básico (CESB), recém-criadas por cada estado-membro da federação, não só para terem acesso às verbas públicas federais do BNH e da CEF, aos orçamentos estaduais dos Fundos de Financiamentos para Água e Esgotos (FAE) e, ainda, ao FIDREN – Financiamento para Drenagem –, mas para que o setor ganhasse em economia de escala na prestação dos serviços, formando-se, assim, um modelo regulatório *sui generis*, com um misto de atuação entre as 3 (três) esferas do Poder, onde a

17 TUROLLA, Frederico Araujo; OHIRA, Thelma Harumi. A Economia do Saneamento Básico. III Ciclo PUC-SP, São Paulo 2016, pag. 4. Disponível em: <http://www.pucsp.br/eitt/downloads/III_CicloPUCSP_TurollaeOhira.pdf>. Acesso em: 07 de agosto de 2017.

18 No saneamento básico, podemos citar o antigo serviço público de distribuição de água através de chafarizes.

19 Lei Federal n.º 6.528/78, regulamentado pelo Decreto federal n.º 82.587/78.

União Federal concedia o grosso dos recursos financeiros, os Estados proviam os recursos financeiros complementares e, através das CESB, executavam os serviços públicos de saneamento básico em diversas cidades do País, desde que autorizados por instrumentos jurídico-administrativos firmados com os Municípios (convênios, parcerias, e concessões), pelo período de 20 e/ou 30 anos, já que a grande maioria dos Municípios não tinha sequer condições financeiras de implantar, executar e manter o sistema de saneamento básico²⁰.

Entretanto, com a extinção do Banco Nacional de Habitação – BNH e o colapso do PLANASA, o setor do saneamento básico ficou sujeito, entre outros, a financiamentos não tão vultosos, tais como: Programa de Ação Social em Saneamento – PASS/PROSEGE²¹ do BIRD/BID; Programa de Saneamento para Núcleos Urbanos - PRONURB, transformado em Programa Pró-Saneamento²² e, posteriormente, em Pró-Sanear, todos da Caixa Econômica Federal – CEF, bem como as ações da Fundação Nacional de Saúde - FUNASA, especialmente, para aqueles Municípios que se encontravam até então fora do PLANASA.

Convém destacar, ainda, os Programas de Modernização do Setor de Saneamento (PMSS I e II)²³ que até iniciaram um novo movimento para atrair os investimentos de capital privado, de forma bem estruturada, mas foram sendo substituídos com as transformações do setor.

20 Nesse ponto específico é que se iniciaram as discussões e debates sobre a titularidade do poder concedente, se seria de interesse local (competência dos Municípios) e/ou de interesse comum (competência dos Estados).

21 Decreto Federal n.º 481/92, posteriormente revogado pelo Decreto Federal n.º 1.675/95.

22 Resolução CC/FGTS n.º 250/96.

23 Vol. 1 – Fundamentos e Proposta de Ordenamento Institucional; Vol. 2 - Novo Modelo de Financiamento para o Setor Saneamento; Vol. 3 - Flexibilização Institucional na Prestação de Serviços de Saneamento - Implicações e Desafios; Vol. 4 - Demanda, Oferta e Necessidades dos Serviços de Saneamento; Vol. 5 - Proposta de Regulação da Prestação de Serviços de Saneamento; Vol. 6 - Regulação da Prestação de Serviços de Saneamento - Análise Comparada da Legislação Internacional; Vol. 7 - Diagnóstico do Setor Saneamento: Estudo Econômico e Financeiro; Vol. 8 - Avaliação Contingente em Projetos de Abastecimento de Água; Vol. 9 - Saneamento: Modernização e Parceria com o Setor Privado; Vol. 10 - Instrumentos para a Regulação e o Controle da Prestação dos Serviços de Saneamento; Vol. 11 - Proposta Metodológica de Classificação e Avaliação Ambiental de Projetos de Saneamento; Vol. 12 - Diretrizes e Procedimentos para Reassentamentos Involuntários de Famílias em Projetos de Saneamento; Vol. 13 - Metodologia de Avaliação Econômica e Financeira de Projetos - A Experiência do PMSS II; Vol. 14 - Metodologia de Avaliação Econômico-Financeira do Prestador de Serviços de Saneamento - A Experiência do PMSS II; Vol. 15 - Resíduos Sólidos: Propostas de Instrumentos Econômicos Ambientais; Vol. 16 - O Pensamento do Setor Saneamento no Brasil: Perspectivas Futuras.

Os Programas de Aceleração do Crescimento (PAC 1 e 2)²⁴ também trouxeram pujança para o investimento no setor, porém, devido o alto custo dos financiamentos, seguidos de vários escândalos de corrupção, tais programas foram lentamente se esvaziando, perdendo a atratividade e emperando cada vez mais o setor.

Marcelo Coutinho Vargas e Roberval Francisco Lima²⁵, apesar de alertarem alguns aspectos sobre alguns riscos da entrada de empresas privadas nas atividades ligadas ao saneamento destacam positivamente o Programa de Modernização do Setor de Saneamento e as primeiras concessões privadas no setor (Limeira/SP, PROLAGOS/RJ e Niterói/RJ):

As propostas de reordenamento institucional do setor emanadas do PMSS, consubstanciadas nos 16 volumes da série Modernização do Setor de Saneamento, coordenada pelo IPEA, orientaram-se para a meta de universalização dos serviços de água e esgotamento sanitário até 2010, com base em investimentos estimados na época em R\$40 bilhões. A estratégia para alcançá-la repousaria sobre o aumento do investimento privado e da eficiência global do setor, mediante ampliação das concessões ao capital privado, novas regras contratuais e mecanismos concorrenciais de mercado. Para viabilizar essa estratégia, deveria ser criado um novo marco regulatório para o setor, baseado na separação de funções entre entidades reguladoras (necessariamente públicas) e prestadoras de serviços (preferencialmente privadas). Além disso, o novo marco regulatório precisaria regulamentar a questão da titularidade dos serviços de interesse comum (i.e.: a definição de quem é o poder concedente, o Estado ou os Municípios) nas aglomerações metropolitanas para viabilizar a privatização das companhias estaduais. (...)

Começando pelas oportunidades, a possibilidade de atrair capital privado para investir na melhoria e ampliação da infraestrutura, numa época de recursos públicos escassos e comprometidos com o pagamento de dívidas, é sem dúvida a principal vantagem potencial da concessão dos serviços a companhias privadas nacionais ou estrangeiras.

24 Decretos Federais n.º 6.025/2007, 6.394/2008 e 7.470/2011.

25 VARGAS, Marcelo Coutinho; LIMA, Roberval Francisco. Concessões Privadas de Saneamento no Brasil: Bom negócio para quem ?. Revista Ambiente & Sociedade – Vol. III. N.º 2. – Jul/Dez – 2004.

Além do investimento, outra vantagem de uma ampliação da participação privada na prestação dos serviços de saneamento bastante citada na literatura diz respeito ao aumento da eficiência global do setor que seria incentivada pelo aumento da competição entre operadores públicos e privados.

Além disso, a problemática de definição quanto à titularidade do poder concedente para prestação dos serviços públicos de saneamento não só demorou a ser decidida pelo STF, conforme observa Rodrigo Garrido Dias²⁶, como não esgotou o tema, desagradando grande parte do mercado, permanecendo, assim, uma forte insegurança no setor, atravancando novos negócios com tecnologia altamente avançada.

Nessa linha, convém citar Marcos Juruena Villela Souto²⁷, que assim discorreu sobre o instrumento jurídico denominado “Termo de Reconhecimento de Direitos e Obrigações”, firmado entre o Estado do Rio de Janeiro, Companhia Estadual de Águas e Esgotos – CEDAE e o Município do Rio de Janeiro, antes do julgamento definitivo pelo Supremo Tribunal Federal²⁸ acerca da questão:

Havendo dúvidas sobre quem seria a parte legítima para firmar um contrato de concessão do serviço (nesse contexto de Reforma do Estado), os investimentos, simplesmente, deixaram de ocorrer por falta de credibilidade dos agentes financeiros e dos empresários especializados no ramo. Ninguém se meteria numa aventura de financiar ou se endividar para um contrato que poderia ser reputado nulo porque firmado por parte incapaz, não detentora da competência constitucional para delegar o serviço. Não é demais lembrar que um dos principais formatos de financiamentos de serviços públicos é o *project finance*, calcado nas receitas (recebíveis) que um projeto (serviço) pode gerar para satisfazer o direito de retorno dos investimentos (dos credores). Se o projeto não gerar re-

26 Veja artigo, nesta obra, intitulado “As Regiões Metropolitanas e o Serviço Regionalizado de Saneamento”, de Rodrigo Garrido Dias.

27 SOUTO, Marcos Juruena Villela. A Solução do Rio de Janeiro para a Polêmica do Saneamento Básico na Região Metropolitana. E-Revista Questões Municipais da Procuradoria Municipal de Vila Velha do Estado do Espírito Santo, N.º 0 – Mar/Mai – 2008, Vila Velha/ES – Brasil – ISSN 1983-0181.

28 BRASIL – Acórdãos do STF nas ADI 1842/RJ – Voto do Min. Nelson Jobim: “Os Municípios que não tenham condição de arcar isoladamente com os custos da implantação e manutenção de um SISTEMA DE SANEAMENTO fiquem ao lado de MUNICÍPIOS mais ricos, que tornem essa prestação viável do ponto de vista financeiro” e ADI 2077/BA.

ceitas, por que o contrato não pode ser executado, se afasta, de plano, a chance de se obter o investimento. (...)

Num contexto de notórias dificuldades financeiras por parte de todos os poderes públicos, é imperioso, em função dos princípios da subsidiariedade e da economicidade, não só privilegiar o investimento privado (decorrência lógica do princípio da livre iniciativa – fundamento da República, com se vê do art. 1º, IV), como não alocar recursos públicos onde podem ser obtidos investimentos privados, para que os recursos públicos sejam afetados a situações onde o capital privado não é admitido ou nos setores onde não haja lucratividade a oferecer.

Diante disso, percebe-se, atualmente, que o saneamento básico se encontra caminhando lentamente entre o fim do 2º estágio (crescimento) e o início do 3º estágio (maturidade), precisando ser reavaliado e muito bem compreendido em suas diversas fases e várias etapas da cadeia de valores, para que se possa ingressar no seu 4º e último estágio para universalização dos serviços, ou seja, torná-lo um setor atrativo e competitivo aos investidores privados.

Isto porque, segundo dados coletados pelo Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento – SNIS²⁹, do Ministério das Cidades, apenas 5,78% dos prestadores de serviços são empresas privadas, permanecendo o setor ainda com forte presença estatal, necessitando a entrada de novos investidores para fomentar a competição.

Para tanto, torna-se imprescindível o desmembramento das fases ou segmentos de uma mesma atividade prestacional, ou seja, a desintegração vertical (*unbundling*), para melhor reorganização do setor, iniciando, assim, a implantação da concorrência/competição nos monopólios naturais.

Neste sentido, são oportunas as ponderações de Aline Reis de Souza Jatahy^{30e31}:

O Direito, como se sabe, não é imune às transformações da sociedade. A modificação do papel do Estado impõe transformações na es-

29 BRASIL – Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento. Ministério das Cidades. Disponível em: <<https://www.snis.gov.br>. Acesso em : 07 de agosto de 2017.

30 JATAHY, Aline Reis de Souza. A Norma Regulatória e A Legalidade Tributária: Uma Convivência Possível. Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, Vol. 57, pags. 42/60.

31 JATAHY, Aline Reis de Souza. A Competição nos Monopólios Naturais. Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, Vol. 42, pags. 38/44.

truturação desse Estado, com reflexos inevitáveis no modelo jurídico que lhe corresponde. (...)

Indispensável que sejam criadas estruturas favoráveis à competição e estímulos à manutenção do ambiente competitivo. Três foram as principais medidas legais adotadas para a reorganização da forma de exploração dos serviços públicos estatais:

1º) Desmembramento das diversas fases ou segmentos de uma mesma atividade prestacional, distinguindo infraestrutura de outras fases ou segmentos que possam ser desenvolvidos em competição;

2º) Estabelecimento de concorrência em fases de exploração de atividades econômicas (petróleo, por exemplo) e da prestação de serviços (como o de telecomunicações e energia elétrica), possibilitando aos clientes, consumidores ou usuários a opção entre diferentes fornecedores e prestadores.

3º) Regramento para evitar a concentração ou monopolização de mercados.

Na mesma seara, e indo até além, são as lições de César A. Guimarães Pereira³²:

Em estudo publicado em 1997, GASPAR ARIÑO ORTIZ defendeu que a compreensão adequada da evolução do papel do Estado deve conduzir à adoção de um modelo de serviços públicos competitivos – em que se afasta a noção de titularidade estatal dos serviços (que está na base, inclusive, da concessão de serviços públicos) e se premia a sua regulação aberta e a sua prestação em regime de concorrência (com liberdade de prestação do serviço mediante autorização, liberdade de investimentos e liberdade de fixação de preços, como em qualquer atividade economicamente privada). Os serviços públicos competitivos, portanto, nem mesmo seriam objeto de concessão: não haveria titularidade do Estado sobre o serviço, que poderia ser prestado mediante mera autorização administrativa (no exercício do poder de polícia).

Segundo o doutrinador – e aqui está a chave para a compreensão do seu raciocínio –, deve-se reconhecer a distinção entre o serviço (como um setor de atividades) e as diversas atividades que o compõem. E mais: deve-se promover uma desintegração vertical (*unbundling*) da

32 PEREIRA, César A. Guimarães. Participação Privada nos Serviços de Limpeza Urbana. Revista de Direito Administrativo, N.º 216, Abr/Jun de 1999, Rio de Janeiro, pags. 75/108.

prestação, identificando as atividades relacionadas com a infraestrutura e os serviços propriamente ditos, passíveis de prestação em regime competitivo. Para Gaspar Ariño, os objetivos dessa desintegração vertical são “1) a distinção entre as atividades potencialmente competitivas e não competitivas, com aplicação de um regime jurídico distinto a umas e outras como veremos adiante, e 2) a transparência informativa que é conditio sine qua non para uma correta regulação, com eliminação de subvenções cruzadas entre os distintos serviços”.

Com base nessas premissas, o doutrinador afirma ser possível identificar, em cada setor, atividades competitivas e atividades não competitivas. O objetivo dessa identificação consiste sempre no aperfeiçoamento dos instrumentos para a atuação do Estado na garantia de obtenção, pelos particulares, de serviços públicos caracterizados pela eficiência, suficiência, continuidade e regularidade. (...)

Diogo de Figueiredo Moreira Neto³³ também aduz que:

Uma coisa era, no começo do século passado, abastecer de água um Município: captava-se uma fonte, fazia-se uma tubulação, fazia-se um tanque de decantação e distribuição para as casas; hoje, já não é mais assim.

O saneamento básico e os conceitos exigem que essa captação, esse tratamento e a entrega de água estejam cercados por um sem-número de elementos tecnológicos, desde a captação até o tratamento da água. Tem que fluoretar, tem que fazer exames. Não sei quantos milhares de litros têm que fazer um exame específico, exame fisiológico, exame bacteriológico, exame mineralógico, etc. Então, hoje em dia, a prestação desse simples serviço de abastecimento de água para megalópoles de milhões de habitantes... é realmente um empreendimento! O lixo: não é mais pegar a lata de lixo e levar; o tratamento do lixo, toda a parafernália tecnológica demanda um investimento, um suporte econômico que exige que o Poder Público, em lugar de executar ele próprio essas tarefas, transfira a sua execução a particulares, porque tem que se exonerar de gastar e, como aquelas atividades têm um viés econômico, podem produzir lucro, vale mais a pena que produzam lucros dentro da própria sociedade, gerando empregos, do que o Estado tributando novamente. Ainda, porque – e isso os economistas nos ensinam – o dinheiro da tri-

33 NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. Serviços Públicos Concedidos. BDA – Boletim de Direito Administrativo n.º 09, Setembro/05, Editora NDJ, pags. 987/1000.

butação não é aplicado integralmente no serviço público, só é aplicada uma pequena parte, pois se perde na própria burocracia estatal. E se perde porque o Estado, não tendo a visão do lucro, também não tem a visão do desperdício.

Percebe-se, nitidamente, a imediata necessidade da mensuração econômica das etapas da cadeia interna de valores da atividade de saneamento básico, de forma a trazer maior competitividade ao setor, reorganizando suas etapas, sob uma nova perspectiva administrativo-regulatória, para que haja uma atuação híbrida e/ou compartilhada por diferentes agentes privados e públicos, atendendo, assim, todos os *players* do mercado.

Neste tópico, merecem destaques os ensinamentos Claudécir Bleil, Marcos Antônio de Souza e Carlos Alberto Diehl³⁴:

A idéia central da cadeia de valor surge a partir do entendimento de que a empresa é, segundo Porter (1989:33), “uma reunião de atividades que são executadas para projetar, produzir, comercializar, entregar e sustentar seu produto”. Tem-se então, que a cadeia de valor é a visão desagregada de uma empresa nas suas atividades estrategicamente mais relevantes, para que se possa conhecer e compreender o comportamento dos custos e das receitas de cada uma dessas atividades, bem como o potencial de desenvolver vantagens competitivas em cada uma delas. (...)

Nota-se que valor não é medido somente pelo custo, mas também pela receita total que pode auferir, e de cuja relação surge a agregação de valor. (...)

Se todos os produtos possuem uma cadeia de valor que é formada por um conjunto de etapas, então é necessário identificar e analisar todas as suas atividades, pois este tipo de análise pode fornecer informações capazes de reconfigurar as atividades de valor que vêm sendo desenvolvidas pelas organizações. Essa relação de dependência e flexibilidade foi destacada por Bertalanfy (1977), para quem o sistema empresa é considerado um sistema aberto e dinâmico, devido à sua constante troca de energias com o ambiente externo, pois os sistemas abertos não são auto-suficiente e necessitam desse intercâmbio. (...)

34 BLEIL, Claudécir; SOUZA, Marcos Antônio de; DIEHL, Carlos Alberto. Mensuração Econômica da Cadeia Interna de Valor do Segmento Madeireiro de Pinus: um estudo de caso. Revista Gestão & Regionalidade, Vol. 24 – N.º 70, mai-ago/2008.

Para Binder (2003:3), cadeia de valor significa “a busca pela eficiência na geração de valor em cada etapa do processo que o negócio possui”, ou seja, esse tipo de análise desagrega a empresa em atividades relevantes que ela possui para produzir seus produtos e serviços, avaliando o desempenho de cada uma.

Aliás, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento, em conjunto, das Ações Diretas de Inconstitucionalidade n.ºs 1842/RJ e 2077/BA, apesar do voto do então Ministro Nelson Jobim³⁵ entender inicialmente pela viabilidade técnica da divisão das etapas – como ocorre, por exemplo, em diversas cidades, tais como: Niterói/RJ, Araçatuba/SP, Itu/SP, Jaú/SP, Jundiá/SP, Matão/SP, Mauá/SP, Ribeirão Preto/SP, etc.³⁶ – e admitir a existência de doutrinadores que entendam ser possível a sua divisão sob a ótica financeira, preferiu destacar que tal divisibilidade, poderia trazer confusão e mais complexidade ao setor,

Porém, percebe-se que o então Ministro Nelson Jobim, do Supremo Tribunal Federal, não se aprofundou acerca da existência de uma modelagem jurídica divisível em diversas cidades do país, e, felizmente, não vedou expressamente sua possibilidade, possibilitando, assim, trazer uma nova perspectiva de reorganização das etapas para o setor de saneamento básico.

É justamente nesse ponto, que será demonstrado ser possível, atualmente, realizar a segmentação das fases e etapas do setor do saneamento, de modo que atenda especificamente os avanços da tecnologia e a entrada de novos

35 BRASIL – Acórdãos do STF na ADI 1842/RJ – Voto do Min. Nelson Jobim: “(...) Alguns alegam que os serviços de SANEAMENTO BÁSICO poderiam ser divididos em etapas de forma a atribuir certas etapas à competência do Município. Para os que sustentam essa posição, as etapas de DISTRIBUIÇÃO, RESERVATÓRIO e, mesmo, algumas ADUTORAS MENORES poderiam ficar sob a administração de cada município isolado. Já a CAPTAÇÃO e as ADUTORAS MAIORES somente poderiam ficar sob o gerenciamento da COMPANHIA ESTADUAL. O debate, entretanto, não parece poder gerar soluções adequadas. É que nos serviços de SANEAMENTO BÁSICO há dois principais juízos que devemos considerar para a viabilidade do serviço, conforme tenteis deixar claro: (1) o juízo técnico da prestação de cada etapa; e (2) o juízo financeiro da possibilidade econômica de prestação das etapas. Obviamente, em alguns casos, a DISTRIBUIÇÃO poderia ser tecnicamente separada da CAPTAÇÃO e do ARMAZENAMENTO. Entretanto, a cisão do serviço apenas contribuiria para trazer mais confusão ao setor e dificuldades irreconciliáveis de divisão dos recursos financeiros entre os ‘titulares’. O ponto é que, se o serviço pode ser dividido sob o ponto de vista técnico, não há absolutamente essa possibilidade do ponto de vista financeiro. (...) Se o serviço pudesse ser dividido, seria necessária a criação de um sistema extremamente complicado de repasse e repartição de recursos entre todos os envolvidos e um cálculo minucioso dos valores de gastos a cada etapa da circulação da água. (...)” e ADI 2077/BA.

36 BRASIL - Dados fornecidos pela Associação Brasileira das Concessionárias Privadas de Serviços Públicos de Água e Esgotos – ABCON.

players da iniciativa privada, visando, assim, a universalização dos serviços públicos de saneamento básico, e, conseqüentemente, o desenvolvimento nacional, urbano e social.

3. Possibilidade de reorganização das etapas do setor de saneamento diante do avanço da tecnologia e das novas formas de negócios

Para demonstrar a reorganização que se deseja, torna-se necessário destacar todas as etapas, incluindo os segmentos e/ou fases da prestação do serviço público considerado como saneamento básico, segundo o marco regulatório instituído pela Lei Federal n.º 11.445/2007, regulamentado pelo Decreto Federal n.º 7.217/2010. São elas:

A 1ª Etapa - Abastecimento de Água Potável³⁷ – contempla as seguintes fases dos serviços públicos de: (i) captação (construção e bombeamento de água dos mananciais superficiais ou subterrâneos); (ii) adução (construção e manutenção de centenas de quilômetros de canalização de adutoras e elevatórias de água); (iii) tratamento de água (envolve diversos equipamentos gigantesco de desarenação, floculação, decantação, sedimentação, filtração, reservação de água bruta e de água tratada, sem contar uma série de gastos com toneladas de produtos químicos de purificação da água, tais como: cloro, sulfato de alumínio, sulfato de cobre, sulfato de ferro, barrilha, flúor, etc.) e (iv) distribuição, que pode ser canalizada comum e/ou direta (envolve a distribuição através de ligações prediais para as residências, comércios, indústrias, órgãos públicos e comunidades carentes), avulsa e/ou indireta (envolve a distribuição através de carros-pipa e/ou galões d'água) e canalizada especial e/ou exclusiva (envolve a distribuição canalizada específica para grandes usuários e/ou consumidores de água), fazendo-se a medição e cálculo da tarifa da metragem cúbica de água fornecida, através de hidrômetros.

37 Art. 3º, inciso I, alínea "a", da Lei Federal n.º 11.445/2007 c/c Art. 4º, incisos I a VI do Decreto Federal n.º 7.217/2010.

A 2ª Etapa – Esgotamento Sanitário³⁸ – traz em seu bojo as seguintes fases dos serviços públicos de: (i) coleta (ligações prediais – residências, comércios, indústrias, órgãos públicos e comunidades carentes – dos resíduos líquidos à rede de esgotamento sanitário); (ii) transporte, que pode ser direto (envolve o transporte de resíduos líquidos – também denominado efluentes e/ou águas residuais/servidas – através de canalização e elevatórias de esgotamento) ou indireto (envolve o transporte dos efluentes através de caminhões limpa-fossa); (iii) tratamento de esgoto (envolve diversos equipamentos gigantescos de desarenação, floculação, decantação, sedimentação, filtração, sem contar uma série de gastos com toneladas de produtos químicos, visando a remoção de toxicidades, tais como: chumbo, cobre, arsênio, cádmio, cromo, fósforo, pesticidas, etc.) e (iv) destinatário final dos efluentes (envolve a construção e manutenção de sistemas de emissários submarinos para que se dê um direcionamento final dos resíduos líquidos para o meio ambiente, tais como: mar, lagos, rios, fossas sépticas, valas e/ou sumidouros, bem como dos resíduos sólidos para os aterros sanitários).

A 3ª Etapa – Limpeza Urbana e Manejo dos Resíduos Sólidos³⁹ – prevê as seguintes fases dos serviços públicos de: (i) coleta (envolve a coleta dos resíduos sólidos urbanos domésticos ordinários e extraordinários e dos resíduos comerciais, industriais e serviços públicos); (ii) transporte; (iii) transbordo (envolve o serviço de triagem para fins de reutilização ou reciclagem); (iv) tratamento (inclusive compostagem) e (v) destino final do lixo doméstico e do lixo originário da varrição e limpeza de logradouros e vias públicas (envolve os serviços de: (v.1) varrição, capina, roçada, poda e atividades correlatas em vias e logradouros públicos; (v.2) asseio de túneis, escadarias, monumentos, abrigos e sanitários públicos; (v.3) raspagem e remoção de terra, areia e quaisquer materiais depositados pelas águas pluviais em logradouros públicos; (v.4) desobstrução e limpeza de bueiros, bocas de lobo e correlatos; e (v.5) limpeza de logradouros públicos onde se realizem feiras públicas e outros eventos de acesso aberto ao público).

38 Art. 3º, inciso I, alínea “b”, da Lei Federal n.º 11.445/2007 c/c Art. 9º, incisos I a IV do Decreto Federal n.º 7.217/2010.

39 Art. 3º, inciso I, alínea “c” c/c Art. 7º, incisos I a III, ambos da Lei Federal n.º 11.445/2007 c/c Art. 12, incisos I a III do Decreto Federal n.º 7.217/2010.

A 4ª Etapa – Drenagem e Manejo de Águas Pluviais, Limpeza e Fiscalização das Redes Urbanas⁴⁰ – prevê as seguintes fases dos serviços públicos de: (i) drenagem urbana de águas pluviais; (ii) transporte de águas pluviais urbanas; (iii) detenção ou retenção das vazões cheias; e (iv) tratamento e disposição final das águas pluviais drenadas nas áreas urbanas.

Importante ressaltar que, antes do marco regulatório, os serviços públicos de saneamento básico englobavam apenas o chamado “ciclo da água”, ou seja, apenas as etapas de abastecimento de água e esgotamento sanitário, razão pela qual, para fins de melhor compreensão, estes poderão ser denominados como saneamento básico *stricto sensu*, enquanto a conceituação do saneamento básico, prevista na Lei Federal n.º 11.445/2007, denominar-se-á saneamento básico *lato sensu* ou, como preferem os ambientalistas, saneamento ambiental.

Diante dessa complexa e custosa atividade, bem como pelo avanço de inúmeras tecnologias e novos negócios, importante trazer uma visão holística das etapas economicamente viáveis da cadeia de valor do setor, de forma esquemática, para que uma nova modelagem jurídica – vislumbrada, em parte, com alguma similaridade às etapas do setor do petróleo⁴¹ – se desenvolva com uma nova divisão das etapas, com os seguintes segmentos: *Upstream*, *Midstream*, *Downstream* e *Outstream*.

A cadeia de valores do início do “ciclo da água”, definida pelo legislador federal como a 1ª Etapa - Abastecimento de Água Potável - considerado o chamado “filé mignon” do setor de saneamento básico, seria dividida em dois grandes segmentos: (i) o primeiro denominado *Upstream* e (ii) o segundo denominado *Midstream*, que serão explicados mais adiante.

40 Art. 3º, inciso I, alínea “d”, da Lei Federal n.º 11.445/2007 c/c Art. 15, incisos I a IV do Decreto Federal n.º 7.217/2010.

41 Setor de Petróleo: *Upstream*, caracteriza-se pelas atividades de exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e gás, onde a exploração envolve estudos de todas as informações geológicas/geográficas disponíveis para a identificação/localização das fontes de óleo e gás, dividindo-se em duas fases: pesquisa e perfuração preliminar. Já o desenvolvimento se refere à instalação da infraestrutura necessária para permitir a produção, que envolve a extração de hidrocarbonetos e sua preparação para o transporte. A fase do transporte é onde se leva o óleo cru extraído até as refinarias; *Midstream*, caracteriza-se pelas atividades de refino, onde as matérias-primas (hidrocarbonetos) são transformadas em produtos prontos para uso específico (gasolina, diesel, querosene, GLP, nafta, óleo lubrificante); *Downstream*, caracteriza-se pelo transporte, distribuição e comercialização dos derivados do petróleo, ou seja, a fase logística de transporte dos produtos transformados da refinaria até os locais de consumo.

Já a cadeia de valores do final do “ciclo da água”, definida pelo legislador federal como a 2ª Etapa - Esgotamento Sanitário – considerado o chamado “patinho feio” do setor de saneamento básico, seria denominado como segmento *Downstream*.

Finalmente, o segmento da cadeia de valores denominado *Outstream*, estaria ligado a duas etapas autônomas, que apesar de não terem uma sequência natural no chamado “ciclo da água” (potável, servidas, reuso e residuais), tem forte imbricação nas demais fases do setor de saneamento.

O primeiro segmento autônomo dessa cadeia de valor – *Outstream* – seria constituído pela 3ª Etapa (Limpeza Urbana e Manejo dos Resíduos Sólidos) e o segundo segmento autônomo, seria a 4ª Etapa (Drenagem e Manejo de Águas Pluviais, Limpeza e Fiscalização das Redes Urbanas), justamente por estarem, aparentemente, fora do chamado “ciclo da água”.

Importante ressaltar que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento das ADI 1842/RJ e 2077/BA, através do voto condutor do então Ministro Nelson Jobim, mesmo sem adentrar profundamente no tema, deu brecha para a divisibilidade que ora se sugere, na medida em que, de forma sutil, nas entrelinhas, trouxe tal solução para o setor de saneamento, senão vejamos:

No Brasil, historicamente, o problema do SANEAMENTO BÁSICO esteve, pelo seu custo e pela exigência de universalidade da população beneficiada, relacionado ao ABASTECIMENTO DE ÁGUA e a COLETA E TRATAMENTO DE ESGOTO.

A lógica, portanto, é o “ciclo da água”.

Ou seja, a entrega da água limpa e saudável por meio de redes de distribuição, reservatórios, adutoras e estações de tratamento de água (ETAs) e a retirada de água suja e poluída por meio da rede coletadora de esgoto, emissários e estações de tratamento de esgoto (ETEs).

Excluímos de pronto, a LIMPEZA URBANA e a DRENAGEM DE ÁGUAS PLUVIAIS como elementos integrantes do SANEAMENTO BÁSICO.

É que além de só fazerem parte do conceito maior de SANEAMENTO AMBIENTAL, o tema LIMPEZA URBANA e de DRENAGEM PLUVIAIS se inserem com muito mais pertinência, na noção de INTERESSE PECULIAR ou MUNICIPAL – e não INTERESSE COMUM ou METROPOLITANO.

Tal reorganização do setor, como se verá detalhadamente, proporcionará uma modelagem jurídica não só com a possibilidade de investimentos mais pulverizados e estanques, por diferentes agentes operadores públicos e privados, mas com ampla possibilidade de geração de novos negócios, e, via de consequência, de novas receitas.

3.1. Segmento *Upstream*

Na reorganização da etapa de abastecimento de água potável, esta seria dividida em dois segmentos: (i) o denominado *Upstream*, por estar localizada à montante da cadeia de valores do início do “ciclo da água”, figurariam apenas as fases da: (i) captação; (ii) adução e (iii) tratamento de água bruta.

Essa divisão da etapa de abastecimento de água, com apenas 3 (três) fases é perfeitamente viável técnico-economicamente, na medida em que tal modelo já se encontra em utilização há 20 (vinte) anos, quando, por decisão judicial, tais fases ficaram sob a responsabilidade da Companhia Estadual de Águas e Esgotos - CEDAE, enquanto que coube à Águas de Niterói, concessionária privada integrante do Grupo Águas do Brasil, a responsabilidade pelas fases do restante do “ciclo da água”, conforme estabelecido através de procedimento licitatório pelo poder concedente – Município de Niterói/RJ⁴² – por um período de 30 (trinta) anos, ou seja, até 2027.

Convém ainda ressaltar que as fases de captação, adução e tratamento da água bruta, vulgarmente conhecida como fases da “produção da água potável”, permaneceriam estrategicamente nas mãos do titular do poder concedente, não só por atender aos ditames e princípios constitucionais de relevante interesse coletivo ou segurança nacional, previstos no art. 173 da Magna Carta⁴³, mas também em razão do Brasil deter 14% de toda a água potável do planeta, o que

42 Importante destacar que, posteriormente, por força de um convênio firmado entre o Município de Niterói/RJ, o Estado do Rio de Janeiro, a CEDAE, e a Águas de Niterói, ficou-se estabelecido que pelo fornecimento de água potável, devidamente tratada, seria cobrada a quantia de R\$ 0,30/m³, com atualização anual pelo índice do IGP-M

43 Art. 173 – Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definido em lei.

atrai diversos conflitos armados em muitos países da África, Oriente Médio e Ásia Central, conforme ressalta Barroso⁴⁴.

Nesse ponto, uma vez mais, convém citar o entendimento do César A. Guimarães Pereira⁴⁵:

O Estado não pode realizar atividades econômicas em sentido estrito senão nos termos precisos do art. 173 da Constituição Federal (que autoriza a exploração de atividade econômica em sentido estrito pelo Estado “quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definido em lei”). A transferência ao setor privado das atividades não enquadráveis no conceito constitucional de atividade econômica em sentido estrito ocorre sob o regime da privatização, mediante o reconhecimento da ausência dos motivos de interesse coletivo que justificariam a sua realização diretamente pelo Estado. As atividades econômicas privatizáveis confundem-se, portanto, com as atividades assumidas pelo Estado sem vínculo com o interesse coletivo definido constitucionalmente. Não há possibilidade de concessão ou permissão de exploração dessas atividades econômicas precisamente porque não há decisão constitucional (definidora do interesse coletivo) acerca da sua prestação direta ou indireta pelo próprio Estado.

Isso, inclusive, acomodaria os interesses dos ativistas e defensores contrários a “privatização do setor da água”, tais como: sindicatos e associações do setor; vedando, assim, que tal atividade econômica fique nas mãos dos grandes investidores estrangeiros do setor.

Por outro lado, nessa modelagem, o titular do poder concedente poderia se preocupar apenas com investimentos do segmento *Upstream* que visassem a construção e/ou ampliação de novas adutoras para captação de novos mananciais e até mesmo da água do mar (ao invés de só captar água doce), evitando-se a eventualidade de um desabastecimento e ou racionamento de água potável, como vimos acontecer recentemente em São Paulo e no Rio de Janeiro.

Além disso, abriria um espaço para que se desenvolvesse, no Brasil, a tecnologia para implantação da prestação do serviço público de dessalini-

44 BARROSO, Luis Roberto; Água: a Próxima Crise. Revista da Associação dos Magistrados do Estado do Rio de Janeiro – AMAERJ – Rio de Janeiro – 2001, pags. 307/313.

45 PEREIRA, César A. Guimarães. Participação Privada nos Serviços de Limpeza Urbana. Revista de Direito Administrativo, N.º 216, Abr/Jun de 1999, Rio de Janeiro, pags. 75/108.

zação (praticada largamente nos países da África e Oriente Médio, porém, de alto custo inicial).

E mais. O segmento *Upstream* faria com que o Estado ainda pudesse gerar novos negócios e, via de consequência, originar novas receitas, através de um possível ingresso no mercado comercial de água mineral, vez que perfeitamente viável técnico-financeiramente, concorrer, em competição, com as grandes empresas do mercado de água, gerando novos negócios de produtos no comércio de bebidas aos consumidores, bem como, inclusive, ingressar com venda avulsa de água potável, através de caminhões carro-pipa.

Abre-se aqui um destaque, para esclarecer que desde 1997, o modelo jurídico imposto judicialmente no Município de Niterói/RJ, apesar de questionado inicialmente pela CEDAE, sempre foi enaltecido pela população local devido aos altos índices alcançados pelo operador privado, em especial, após estudo técnico minucioso feito por Vargas e Lima⁴⁶, que assim destacaram:

Contando com uma população de cerca de 460 mil habitantes em 2000, o município de Niterói, situado na ponta direita da entrada da Baía de Guanabara, decidiu conceder os serviços de distribuição de água, coleta e tratamento de esgotos da cidade à iniciativa privada em 1997, contra a vontade do governo estadual e da CEDAE, cujo contrato de concessão vencera em 1992 e havia sido prorrogado diversas vezes até então. O que motivou a nova concessão foi a ausência de investimentos da concessionária estadual nos bairros populares e de classe média da região oceânica que, constituindo a área de expansão da cidade, sequer dispunham de redes de água e esgotos, além da expectativa de melhorar a qualidade dos serviços, comprometida pela irregularidade do abastecimento de água nas regiões atendidas e a incipiência do tratamento de esgotos.

(...)

Prevendo metas de atendimento elevadas, face às condições de partida (fornecimento regular de água a 90% da população, incluídos todos os bairros, no prazo máximo de 36 meses; coleta e tratamento de esgotos de 60% da população, nas mesmas condições; 90% de coleta e tratamento de esgotos em sete anos), além de outras obrigações de resultados, o

46 VARGAS, Marcelo Coutinho Vargas; LIMA, Roberval Francisco. Concessões Privadas de Saneamento no Brasil: Bom negócio para quem ?. *Revista Ambiente & Sociedade* – Vol. III. N.º 2. – Jul/Dez – 2004.

contrato, cujo valor total foi estimado em R\$ 1,65 bilhão, envolve investimentos orçados em cerca de R\$ 200 milhões ao longo da concessão, dos quais cerca de 60% teriam de ser investidos nos três primeiros anos de vigência desta.

Após quatro anos de concessão à iniciativa privada, o balanço desta é globalmente positivo, seja em termos de desempenho operacional e investimentos, seja no que se refere ao diálogo/negociação com o poder concedente, especialmente quando comparado ao desempenho prévio da CEDAE no município. A Cia. Águas de Niterói vem cumprindo as principais metas operacionais e de investimentos previstas no contrato, cujo cronograma foi antecipado mediante negociações com a prefeitura, tendo ultrapassado as metas de atendimento referentes à distribuição de água. Também merece destaque a performance da empresa no tratamento de esgotos pois, apesar do atraso na conclusão da ETE Toque-Toque, a concessionária assumiu por conta própria a conclusão das obras de ampliação da ETE de Icaraí,⁴⁷ construiu a primeira estação de tratamento de esgotos de nível terciário do Estado do Rio em Camboinhas e está construindo outra semelhante em Piratininga. Tais obras deverão contribuir significativamente para a despoluição da Baía da Guanabara e a recuperação da qualidade da água das lagoas de Piratininga e Itaipu.

Atualmente, a cidade de Niterói/RJ, cresce ano a ano nos dados coletados pelo SNIS, se encontrando em 6º lugar do ranking das 100 melhores cidades em saneamento básico do país, segundo informações prestadas pelo Instituto Trata Brasil⁴⁷, estando bem perto de alcançar a universalização dos serviços, pois que a distribuição de água atinge 100% da população da cidade e 92,8% da população tem coleta e tratamento de esgoto sanitário.

Talvez, com base nesses argumentos, o Banco Nacional de Desenvolvimento – BNDES, apoiado no Programa de Parceria de Investimentos – PPI, instituído pela Lei Federal n.º 13.334/2016, tem noticiado na mídia que pretende traçar uma nova modelagem de parceria visando a desestatização do setor de saneamento básico, onde se transferiria, de forma parcial, a operação à iniciativa privada, tomando, inclusive, como base, a concessão feita por Niterói/RJ, cujo operador é a Águas de Niterói, encaixando-se como uma luva na sugestão ora apresentada.

47 BRASIL, Instituto Trata Brasil. 2015. Disponível em: <<http://www.tratabrasil.org.br/tratamento-dos-esgotos-em-niteroi-avancam-e-municipio-esta-perto-da-universalizacao>>. Acesso em : 07 de agosto de 2017.

3.2. Segmento *Midstream*

Entre os segmentos *Upstream* e *Downstream*, teríamos um segmento intermediário do “ciclo da água”, denominado *Midstream*, que abrangeria a etapa do Reúso das Águas Residuais, ou seja, contendo novas fases do setor e não só a conhecida fase dos serviços públicos de: (i) distribuição canalizada de água potável (para as residências, comércios, indústrias, serviços públicos e comunidade carente), mas também as seguintes novas fases, que foram surgindo ao longo do tempo, seja pelo avanço da tecnologia, como pelas demandas surgidas pelo próprio mercado do setor de saneamento, por necessitar de um investimento menor e que compreenderia as seguintes novas etapas e serviços públicos na cadeia de valor: (ii) ligações prediais internas; (iii) coleta de águas servidas e/ou residuais; (iv) tratamento de águas servidas e/ou residuais, esgotamento sanitário ou efluentes industriais (a nível primário, secundário e/ou terciário, dependendo do produto que se almeja, transformando-a em água de reuso); (v) reservação de água de reuso; (vi) distribuição de água de reuso; (vii) medições.

Importante destacar que a demanda de água de reuso vem crescendo significativamente, na medida em que a precificação da tarifa é bem mais reduzida, por ter um custo menor na aplicação dos produtos químicos ao se realizar o tratamento das águas residuais, podendo, inclusive, ser muito utilizada em diversos setores, tais como: a) reuso doméstico – reutilização em sanitários, lavagem de veículos, casas, etc. –; b) reuso urbano – reutilização para irrigação paisagística, lavagem de logradouros públicos, feiras públicas, veículos, desobstrução de tubulações, construção civil, edificações e combate a incêndio –; c) reuso agropecuário na produção agrícola e pecuária (limpeza de defensores agrícolas, lavagem dos centros produtivos, etc); d) reuso florestal na aplicação de cultivos de espécies florestais (irrigação dos cultivos); e) reuso industrial nos processos produtivos de indústrias de inúmeros setores – metalurgia, aço, refinarias, etc –; f) reuso aquícola no processo de criação de animais ou cultivo de vegetais aquáticos e g) reuso ambiental para reutilização na implantação de projetos de recuperação ambiental (por exemplo, a tragédia ocorrida na cidade de Mariana/MG), propiciando, assim, uma diversificação de novos negócios, e, consequentemente, novas receitas que demonstram a possibilidade de autonomia dessa nova etapa, em razão da mesma ser viável técnico-economicamente, que passem, até então foi completamente inobservada pelo Poder Legislativo

(na implementação do marco regulatório do setor), Poder Executivo (na regulamentação do tema) e pelo Poder Judiciário (no julgamento das ADI 1842/RJ e 2077/BA), mas que já se encontra sendo utilizada há anos em diversos países europeus, e, até mesmo, em Portugal.

Somente agora, após a “descoberta” dessa nova demanda, surgida internamente no próprio setor de saneamento, o Congresso Nacional, percebendo sua importância, vez que se trata de uma cadeia de valores altamente rentável e viável economicamente, sugeriu e passou a tramitar o Projeto de Lei do Senado – PLS n.º 58/2016⁴⁸.

3.3. Segmento *Downstream*

No que tange a etapa do esgotamento sanitário, por estar localizada à jusante da cadeia de valores do início do “ciclo da água”, compreenderia todas as fases conhecidas dos serviços públicos, acrescidas de mais uma nova fase, ficando dessa forma a etapa: (i) ligações prediais externa; (ii) coleta; (iii) transporte; (iv) tratamento de esgotamento sanitário ou efluentes industriais; (v) aproveitamento dos resíduos e rejeitos; (vi) lançamento ou disposição final.

Esse segmento da cadeia de valor seria denominado *Downstream*, ou seja, compreenderia a fase final do “ciclo da água”, de custo elevado, considerado, portanto, o “patinho feio” do setor, mas que com aplicação da nova doutrina global, denominada “economia circular”, explicada mais adiante, poder-se-iam desenvolver novos negócios com o aproveitamento dos resíduos líquidos e sólidos, gerando novas receitas através de uma interrelação com vários setores da economia (construção civil, energia renovável, etc), bem como protegendo o meio ambiente e mantendo-o ecologicamente equilibrado.

Vale destacar, portanto, a conceituação de “economia circular”, trazida por Ribeiro e Kruglianskas⁴⁹:

48 BRASIL, Senado Federal. 2015. Disponível em: <<http://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getPDF.asp?t=187959&tp=1>>. Acesso em : 07 de agosto de 2017.

49 RIBEIRO, Flávio de Miranda; KRUGLIANSKAS, Isak. A Economia Circular no Contexto Europeu: conceito e potenciais de contribuição na modernização das políticas de resíduos sólidos. Disponível em: <<http://www.engema.org.br/XVIENGEMA/473.pdf>>. Acesso em : 07 de agosto de 2017.

Entende-se por “economia Circular”(EC) aquele modelo econômico que *“se afasta do modelo atual da economia linear (fabricar – usar – dispor), em direção a um no qual os produtos, e os materiais que o compõe, são valorados de forma diferenciada, criando uma economia mais robusta”* (House of Commons, 2014, p.5).

Segundo a Fundação Ellen MacArthur (EMF, 2012), trata-se de um modelo de economia industrial intencionalmente “restaurador”, projetado para recuperar de forma circular o produto de suas atividades.

Para viabilizar os objetivos da EC, a EMF (2012) enuncia alguns “princípios”, tendo como base os sistemas biológicos. Estes podem ser resumidos como:

- Projetar a não-geração de resíduos (“design out waste”): se observarmos o mundo natural, veremos que não existe a ideia de resíduos – tudo que é descartado por algum organismo é aproveitado por outro. Surge assim a noção de que o conceito de resíduo é uma criação humana, e, portanto podemos evoluir o projeto dos produtos e sistemas para que este seja desconstruído. A proposta seria emular sistemas naturais, escolhendo materiais que possam ser totalmente recuperados, diferentemente das alternativas de reciclagem atuais, que operam sobre bens de consumo que não foram projetados com este cuidado;
- Criar resiliência por meio do estímulo à diversidade: os ecossistemas se tornam mais resilientes (capazes de se adaptar às alterações sem perder suas características) conforme se diversificam. O mesmo deve-se aplicar aos produtos tecnológicos. Por exemplo, um produto será mais apto a ter maior vida útil na economia (sendo reutilizado, atualizado, reparado, remanufaturado) conforme forem concebidas estratégias de projeto como a modularidade, a versatilidade e a adaptabilidade, ao contrário da tendência de padronização propagada pela produção em massa e pela obsolescência programada;
- Pensar de forma sistêmica: assim como na ecologia a EC recomenda que não se deva restringir as análises à compreensão do funcionamento de cada elemento, mas sim à avaliação da inter-relação das partes, com foco nos fluxos de matéria e energia, e em como cada parte se relaciona com outras e como estas se relacionam com o todo;
- Conectar os elementos dos sistemas pelos fluxos: fazer com que os produtos, subprodutos e resíduos de um elemento do sistema possam ser recuperados e utilizados por outros (“waste is food”) - seja no caso de sistemas biológicos (compostagem de restos de comida

para uso fertilizante, por exemplo), seja no caso dos sistemas tecnológicos (reciclando materiais para novo uso na economia). Neste caso, é essencial assegurar a manutenção ou agregação de valor, o chamado “upcycling”; e

- Promover o uso racional dos recursos: quando não for possível reduzir o consumo, ou reusar / reformar um produto, deve-se buscar o uso em cascata dos materiais, fazendo com que estes permaneçam o maior tempo possível na economia.

A economia circular pode, assim, ser utilizada no segmento *Downstream* (etapa remodelada do esgotamento sanitário), especialmente, na fase de tratamento, com a geração dos seguintes novos negócios: (i) água de reuso para distribuição específica para o setor industrial, conforme já explicado anteriormente; (ii) tijolos e telhas ecológicas, advindos da transformação do lodo decantado, que poderão ser utilizados no setor da construção civil; (iii) biofertilizantes, advindos da espuma e do próprio lodo residual, que poderão ser utilizados no solo, para correção do PH e/ou melhoria das características físicas, como forma de nutrientes, para os setores da agricultura e florestal; (iv) biogás, advindos dos gases (odores), através de termelétricas, que seriam verdadeiras energias renováveis, a serem utilizadas na matriz do setor de energia elétrica. (v) medicamento para tratamento dos portadores do mal de Alzheimer, produzido após estudos das bactérias que crescem no processo do esgotamento sanitário, que serviriam de insumo para o setor farmacológico. (vi) elaboração de projetos de Mecanismos de Desenvolvimento Limpo – MDL, conforme previsto no Protocolo de Kyoto, gerariam créditos de carbono a serem inseridos no mercado financeiro, tais como: Bolsa de Nova Iorque, ao ponto de reduzir-se a tarifa de esgoto, tornando-a, no futuro, até mesmo gratuita, quando a etapa se encontrar totalmente estabilizada, equilibrada e autossuficiente, já que tem função protetora do meio ambiente.

Por fim, lembre-se que o modelo de tarifação utilizado no Brasil para o saneamento básico (50% da tarifa de água e 50% da tarifa de esgoto), pode ser perfeitamente dividido em duas etapas, como já o é na própria conta de consumo, não se precisando fazer nenhuma grande engenharia de repasses financeiros aos operadores. Até porque, assim já é feito quando os serviços são concedidos de forma parcial pelos municípios, adotando a modelagem ora sugerida.

3.4. Segmento *Outstream*

Para o segmento *Outstream*, ter-se-ia a primeira etapa autônoma – limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos – onde estariam compreendidas as seguintes fases e serviços públicos na cadeia de valor: (i) coleta; (ii) remoção; (iii) transporte de resíduos sólidos (lixos, entulhos, volumes, etc.); (iv) limpeza do logradouro e vias públicas; (v) triagem; (vi) compostagem; (vii) transbordo; (viii) tratamento dos resíduos sólidos (ix) destinação final do lixo doméstico e de varrição.

Já a segunda etapa autônoma do segmento *Outstream*, seria a de drenagem e manejo de águas pluviais urbanas, compreendendo os seguintes serviços públicos: (i) drenagem urbana de águas pluviais; (ii) transporte; (iii) detenção ou retenção de vazões cheias; (iv) disposição final das águas pluviais drenadas nas áreas urbanas.

Tais etapas, apesar de estarem inseridas no conceito de saneamento, estão fora da cadeia de valores do denominado “ciclo da água”, não podendo ser consideradas como monopólios naturais, sendo passíveis, portanto, de atuação competitiva pelos seus operadores, se possível por agentes públicos e privados para se estimular a concorrência.

Nesse sentido, são as lições do César A. Guimarães Pereira⁵⁰:

Para além dos serviços universais e das atividades de infraestrutura, restam inúmeras atividades relacionadas com a limpeza urbana passíveis de atuação competitiva dos operadores. De certo modo, isso já corresponde à realidade das atividades de limpeza urbana. Serviços especiais como o de remoção e destinação de lixo industrial e de estabelecimentos de saúde ou de coleta e separação de material reciclável já são prestados por pessoas privadas independentemente de concessão municipal.

Além disso, da mesma forma, pode-se aplicar a economia circular no segmento *Outstream*, na medida em que todos os resíduos líquidos e sólidos poderiam ser transformados em energia renovável, através dos processos de incineração e pirólise, com a construção de diversas usinas termoeletricas no país.

⁵⁰ PEREIRA, César A. Guimarães. Participação Privada nos Serviços de Limpeza Urbana. Revista de Direito Administrativo, N.º 216, Abr/Jun de 1999, Rio de Janeiro, pags. 75/108.

Estima-se que a produção de energia, apenas dos lixos e aterros sanitários do Estado de São Paulo, seja capaz de gerar 300MW de energia por dia, com a incineração de 12mil toneladas por dia, o que permitira abastecer aproximadamente 1 milhão de habitantes⁵¹, trazendo enorme potencial de desenvolvimento para o Brasil, demonstrando, assim, ser tal etapa, autossuficiente economicamente.

Conclusões

Pelo exposto, é possível depreender que mesmo com o avanço das transformações ocorridas nos últimos 10 (dez) anos, o setor de saneamento básico permanece emperrado por inexistir atratividade aos grandes investidores globais do referido setor, pelo menos sob a ótica da modelagem jurídica atual.

A reorganização das etapas das cadeias de valores, bem como uma melhor divisão dos segmentos e fases da atividade prestacional do saneamento básico, possivelmente tornará o setor mais competitivo, criando a possibilidade de um maior incremento de investimentos e tecnologias no setor, fazendo com que haja geração de novos negócios e novas receitas, atingindo-se, assim, a tão esperada universalização dos serviços de saneamento, através do envolvimento de todos os atores do setor⁵², bem como a consagração dos direitos humanos, arduamente defendido pela Organização das Nações Unidas - ONU⁵³.

Sabe-se, ainda, que por se tratar de um setor altamente complexo, onde se deve buscar incessantemente sua ampla redução – conforme nos ensina Niklas Luhmann, citado por André Trindade⁵⁴ – inúmeros desafios são postos aos governantes, pois que precisam acomodar uma série de divergências jurídico-políticas, em especial, as divergências político-partidárias de inúmeros municípios que detém várias fases estanques e isoladas do setor de saneamento, as quais não se convergem para o objetivo final que é o desenvolvimento nacional,

51 BRASIL. ECOMAPA – Engenharia Ambiental. Disponível em <<http://www.ecomapa.com.br/blog/ler.asp?cod=35>>. Acesso em : 08 de agosto de 2017.

52 Em especial, os maiores conglomerados globais do setor, os quais podemos citar: o Grupo Suez Lyonnais des Eaux, o Grupo Veolia Environnement, o Grupo RWE AG – Thames Water, o Grupo Bouygues e o Grupo Bechtel

53 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, Resoluções da Assembléia Geral. Disponível em <<http://www.un.org/es/comum/docs/?symbol=A/RS/70/183>>. Acesso em : 08 de agosto de 2017.

54 TRINDADE, André Fernando dos Reis. Para Entender Luhmann; e o direito como sistema autopoietico. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2008, pag. 40.

urbano e social e até mesmo a proteção ambiental, como bem observado por Patrícia Campos Borja e Luiz Roberto Santos Moraes⁵⁵, necessitando, assim, que tal reorganização seja uma diretriz a ser incluída no Plano Nacional de Saneamento - PLANSAB, bem como que haja as devidas alterações legislativas necessárias à sua implementação governamental.

Considerando, por fim, que o Supremo Tribunal Federal não vedou expressamente tal reorganização e remodelagem do setor, torce-se para que o governo federal, em conjunto com os titulares do poder concedente dos serviços públicos de saneamento básico, inovem e se adequem à realidade fática do avanço das tecnologias do setor e a imprescindibilidade de alto grau de investimento pelos agentes privados, eis que o Estado Brasileiro se encontra, pelos próximos 20 (vinte) anos, sob a batuta rigorosa de novo regime fiscal, que limita o teto de seus gastos⁵⁶.

Referências

BARROSO, Luis Roberto; Água: a Próxima Crise. Revista da Associação dos Magistrados do Estado do Rio de Janeiro – AMAERJ – Rio de Janeiro – 2001, pags. 307/313.

BLEIL, Claudécir; SOUZA, Marcos Antônio de; DIEHL, Carlos Alberto. Mensuração Econômica da Cadeia Interna de Valor do Segmento Madeireiro de Pinus: um estudo de caso. Revista Gestão & Regionalidade, Vol. 24 – N.º 70, mai-ago/2008.

BORGES, Alice Gonzalez. Concessões de serviço público de abastecimento de água aos municípios. Revista trimestral de direito público. São Paulo, n. 17, p. 45-46, 1997.

CUNHA, Alexandre dos Santos. Saneamento básico no Brasil: desenho institucional e desafios federativos. Rio de Janeiro: IPEA, jan. 2011. Texto para discussão 1565.

55 PEREIRA, César A. Guimarães. Participação Privada nos Serviços de Limpeza Urbana. Revista de Direito Administrativo, N.º 216. Abr/Jun 1999. Rio de Janeiro. Págs 75/108.

56 Emenda Constitucional n.º 95/2016.

FRISCHTAK, Claudio; NORONHA, Júlia. O Financiamento do Investimento em Infraestrutura no Brasil: uma agenda para sua expansão sustentada. Confederação Nacional das Indústrias - CNI, Brasília 2016, pags. 38 e 50. Disponível em: <http://www.portaldaindustria.com.br/media/filer_public/54/52/5452c65a-3f9f-43f8-950f-043cf0e8db95/18_07_-_estudo_financiamento_do_investimento_em_infraestrutura.pdf>. Acesso em : 07 de agosto de 2017.

HELLER, Léo (Coordenador). PLANSAB - Plano Nacional de Saneamento Básico: Mais Saúde com Qualidade de Vida e Cidadania. Ministério das Cidades. Secretaria Nacional de Saneamento Ambiental, Brasília 2014, pag. 170. Disponível em: <https://www.cidades.gov.br/images/stories/ArquivosSNSA/PlanSaB/plansab_texto_editado_para_download.pdf>. Acesso em : 07 de agosto de 2017.

JATAHY, Aline Reis de Souza. A Norma Regulatória e A Legalidade Tributária: Uma Convivência Possível. Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, Vol. 57, pags. 42/60.

_____. A Competição nos Monopólios Naturais. Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, Vol. 42, pags. 38/44.

MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo Marques. Aspectos Regulatórios em Um Novo Modelo Para o Setor de Saneamento Básico. Revista de Direito Administrativo – RDA 224/79-94.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. Serviços Públicos Concedidos. BDA – Boletim de Direito Administrativo, n.º 09, Setembro/05, Editora NDJ, pags. 987/1000.

MUKAI, Sylvio Toshiro (Coord.). Saneamento básico, diretrizes gerais: comentários à Lei 11.445 de 2007. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

PEREIRA, César A. Guimarães. Participação Privada nos Serviços de Limpeza Urbana. Revista de Direito Administrativo, N.º 216, Abr/Jun de 1999, Rio de Janeiro, pags. 75/108.

RIBEIRO, Flávio de Miranda; KRUGLIANSKAS, Isak. A Economia Circular no Contexto Europeu: conceito e potenciais de contribuição na modernização

das políticas de resíduos sólidos. Disponível em: <<http://www.engema.org.br/XVIENGEMA/473.pdf>>. Acesso em : 07 de agosto de 2017.

SADDY, André. Regulação da prestação direta de serviços públicos: divergências decorrentes do marco regulatório para o saneamento básico. BDA - Boletim de Direito Administrativo, São Paulo, Ano XXXII, n. 4, p. 344-359, abr. 2016.

SAIANI, Carlos César Santejo; TONETO JUNIOR, Rudinei. Evolução do acesso a serviços de saneamento básico no Brasil (1970 a 2004). *Econ. soc., Campinas*, v. 19, n. 1, p. 79-106, Apr. 2010 . Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-06182010000100004&lng=en&nrm=iso>. Acesso em : 07 de agosto de 2017.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. A Solução do Rio de Janeiro para a Polêmica do Saneamento Básico na Região Metropolitana. E-Revista Questões Municipais da Procuradoria Municipal de Vila Velha do Estado do Espírito Santo, N.º 0 – Mar/Mai – 2008, Vila Velha/ES – Brasil – ISSN 1983-0181.

SUNDFELD, Carlos Ari. O saneamento básico e sua execução por empresa estadual. Revista Diálogo Jurídico. Salvador, v. I, n. 5, ago. 2001, Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_5/DIALOGO-JURIDICO-05-AGOSTO-2001-CARLOS-ARI-SUNDFELD.pdf>. Acesso em: 30 maio 2016.

TUROLLA, Frederico Araujo; OHIRA, Thelma Harumi. A Economia do Saneamento Básico. III Ciclo PUC-SP, São Paulo 2016, pag. 4. Disponível em: <http://www.pucsp.br/eitt/downloads/III_CicloPUCSP_TurollaeOhira.pdf>. Acesso em: 30 junho 2016.

TRINDADE, André Fernando dos Reis. Para Entender Luhmann; e o direito como sistema autopoietico. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, pag. 40.

VARGAS, Marcelo Coutinho Vargas; LIMA, Roberval Francisco. Concessões Privadas de Saneamento no Brasil: Bom negócio para quem ?. Revista Ambiente & Sociedade – Vol. III. N.º 2. – Jul/Dez – 2004.

Concessões Tradicionais e Parcerias Público Privadas no Setor de Saneamento Básico

Rodrigo da Fonseca Chauvet¹

Sumário: *Introdução; 1. A concepção econômica por trás das concessões comuns e das PPPs; 2. Aspectos gerais das concessões comuns; 2.1. A questão dos riscos contratuais nas concessões comuns; 2.2. Não obrigatoriedade de assunção de contraprestação financeira pelo ente público concedente nas concessões comuns; 2.3. Inexistência de imposição legal de prazos contratuais mínimos e máximos; 3. Aspectos gerais das PPPs; 3.1. Modalidades de PPPs e a contraprestação do parceiro público; 3.2. Divisão de riscos entre os parceiros público e privado; 3.3. O prazo contratual; 3.4. As garantias contratuais; Conclusões; Referências.*

Introdução

Existe certo consenso quanto à caótica realidade referente ao saneamento básico no Brasil. De uma maneira geral, faltam investimentos, falta planejamento, falta vontade política, falta infraestrutura.

A atividade, que engloba (i) abastecimento de água potável; (ii) esgotamento sanitário; (iii) limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos; e (iv) drenagem e manejo de águas pluviais urbanas (art. 3º, inciso I, da Lei nº 11.445/2007) é fundamental para a saúde dos cidadãos e para o bom funcionamento das

¹ Doutorando em Direito pela Universidade Federal Fluminense (UFF); Mestre em Direito pela Universidade Cândido Mendes (UCAM); Pós-graduado em Direito Administrativo Empresarial pela Universidade Cândido Mendes (UCAM) Graduado em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ); Professor de Pós-graduação da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC/Rio); Membro do Instituto de Direito Administrativo do Estado do Rio de Janeiro (IDAERJ); Fundador e Coordenador Geral do Grupo de Estudos de Direito Administrativo (GDA); Membro do Centro de Estudos Empírico Jurídico (CEEJ); Sócio de Trigueiro Fontes Advogados. rodrigochaulet@gmail.com.

idades em si.² Isso sem falar na importância em termos de sustentabilidade e proteção ao meio ambiente.

A prestação de serviços de saneamento básico, no Brasil, é majoritariamente desenvolvida por capital público e conduzida, de uma maneira geral, por entidades integrantes da Administração Pública - em especial autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista.³

No entanto, atualmente, percebe-se que a Administração Pública, em suas três esferas, vem buscando, a despeito de reações variadas de diversos grupos de interesse em sentido contrário, criar iniciativas para aumentar os investimentos no setor, dentre as quais por meio da captação de recursos privados.⁴

Seguindo o caminho da busca de atração de capital privado para realização de investimentos no setor, o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES) lançou, em 2016, o Edital de Pré-qualificação de consórcios para participação em licitações futuras destinadas a contratações de serviços técnicos especializados para processos de desestatização no setor de saneamento básico, tais como concessões comuns, subconcessões e parcerias público-privadas (PPPs).⁵

A captação de recursos privados mostra-se, portanto, como um dos caminhos possíveis para a majoração de investimentos em saneamento básico. E os dois principais modelos utilizados para se permitir a exploração privada da atividade de saneamento básico consistem na concessão comum – objeto de Lei

2 Para um maior detalhamento sobre o conceito de saneamento básico, vide, na presente obra, o artigo “Conceito de saneamento básico como conjunto de serviços, infraestruturas e instalações operacionais de abastecimento de água potável, esgotamento sanitário, limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos, drenagem e manejo das águas pluviais urbanas”, da autoria de Bruna Cavalcante Drubi Burger.

3 De acordo com dados da Associação Brasileira das Concessionárias Privadas de Serviços Públicos de Água e Esgoto (ABCON) e do Sindicato Nacional das Concessionárias Privadas de Serviços Públicos de Água e Esgoto (SINDCON), em 70% dos municípios o serviço de saneamento é conduzido por prestadores regionais públicos, em 24% por prestadores locais públicos e apenas em 6% pelo setor privado. Disponível em: <http://abconsindcon.com.br/sobre-o-saneamento/panorama-do-setor/>. Acesso em 16 de junho de 2017.

4 A edição do dia 14 de janeiro de 2017, do Jornal O Globo, por exemplo, trouxe reportagem dando destaque à possível privatização de empresas de saneamento de ao menos oito Estados (o número, de acordo com a matéria, poderia chegar a 18. Disponível em: <http://oglobo.globo.com/economia/empresas-de-saneamento-de-oito-estados-serao-privatizadas-20773761>. Acesso em 16 de junho de 2017.

5 Informações disponíveis em: <http://www.bndes.gov.br/wps/portal/site/home/transparencia/licitacoes-contratos/licitacoes/pre-qualificacao>. Acesso em 16 de junho de 2017.

nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995 – ou na criação de uma PPP (objeto de Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004).

De acordo com dados da Associação Brasileira das Concessionárias Privadas de Serviços Públicos de Água e Esgoto (ABCON) e do Sindicato Nacional das Concessionárias Privadas de Serviços Públicos de Água e Esgoto (SINDCON), há, pelo menos, 166 concessões comuns e 16 PPPs em curso no Brasil cujo principal objeto consiste na prestação de serviços de saneamento básico.⁶

O que se pretende demonstrar no presente estudo são as principais características de cada um dos modelos⁷, ambos capazes de, se bem executados, dar a segurança necessária para a atração de investimentos privados ao setor de saneamento básico.⁸

1. A concepção econômica por trás das concessões comuns e das PPPs

A abordagem do tema concessões comuns e PPPs requer uma reflexão prévia sobre um aspecto relevante que pode influenciar o administrador público na escolha de um ou outro modelo, trazendo consequências diretas para o usuário do serviço prestado pelo concessionário.

Como será detalhado adiante, na concessão comum de serviço público, o serviço oferecido aos cidadãos em geral (usuários) é remunerado mediante o pagamento de tarifa paga pelo usuário do serviço. O ônus recai, portanto, sobre o usuário-pagador.

6 Informações disponíveis em: <http://abconsindcon.com.br/sobre-o-saneamento/numero-do-segmento-privado/>. Acesso em 16 de junho de 2017.

7 Não se pretende com o presente trabalho avaliar cada uma das características das concessões comuns e das parcerias público-privadas. Foram selecionados temas de cada um dos institutos que, dada sua importância, traçam notas distintivas de realce entre as concessões comuns e as PPPs, tais como a questão da alocação de riscos, a avaliação da assunção de contraprestação pelo ente público cedente e a fixação de prazo contratual. Optou-se ainda por abordar temas adicionais das PPPs, tal como o sistema de garantias contratuais, já que apresentam um traço característico marcante do instituto e uma evolução trazida pela Lei nº 11.079/2004 em relação aos modelos legais anteriores.

8 Não é objeto deste estudo apontar eventuais vantagens ou desvantagens da execução de atividades de saneamento básico pelo setor privado comparando tal execução com aquela desenvolvida pela própria Administração Pública. O que se pretende demonstra é apenas a viabilidade da adoção dos modelos da concessão tradicional e das PPPs como forma de atrair investimentos privados para o segmento quando optar a Administração Pública por delegar a prestação de tais atividades pelo setor privado.

Há, nos dizeres de Marçal Justen Filho e Rafael Wallbach Schwind⁹, “uma decisão política relevante que espelha uma espécie de segregação entre a sociedade (como um todo) e o conjunto de usuários de um determinado serviço público. Há uma transferência dos encargos da sociedade para os usuários (...).”

Se nas PPPs a remuneração do particular decorrerá, ao menos parcialmente¹⁰, de recursos públicos, isto é, da contraprestação pecuniária assumida diretamente pelo ente concedente, o mesmo não ocorre nas concessões tradicionais. Nessas, como já mencionado, a remuneração do concessionário decorre da tarifa paga pelos usuários. É o usuário-pagador do serviço o responsável direto pela remuneração do particular.

Ainda dentro dessa perspectiva econômica, a atratividade do capital privado pressupõe segurança jurídica e a efetiva viabilidade do objeto a ser concedido.

Todas as concessões privadas pressupõem, portanto, sua sustentabilidade econômica e financeira, capaz de gerar não apenas novos investimentos, como também um resultado minimamente estimado para as concessionárias, além de benefícios à população com a implantação de sistemas de água e esgoto que hoje são inexistentes.

2. Aspectos gerais das concessões comuns

A concessão comum de serviço público, objeto da Lei nº 8.987/1995, é tradicionalmente definida¹¹ como a delegação temporária, do Estado para um terceiro, de um determinado serviço público que, durante o período da concessão, será executado pelo terceiro por conta e risco próprios. A remuneração do con-

9 JUSTEN FILHO, Marçal; SCHWIND, Rafael Wallbach (Coord.). Parcerias Público-Privadas – Reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 35.

10 Tal qual exposto no item 3.1, existem duas modalidades de PPPs: a patrocinada e a administrativa. Naquela a remuneração do parceiro privado decorre tanto da cobrança de tarifa dos usuários do serviço quanto da contraprestação do parceiro público. Nas PPPs administrativas a integralidade da remuneração do parceiro privado advém de contraprestação assumida contratualmente pelo parceiro público.

11 Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro, “concessão de serviço público é o contrato administrativo pelo qual a Administração Pública delega a outrem a execução de um serviço público, para que o execute em seu próprio nome, por sua conta e risco, assegurando-lhe a remuneração mediante tarifa paga pelo usuário ou outra forma de remuneração decorrente da exploração do serviço (...)” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 302).

cessionário pela prestação do serviço objeto da concessão será feita mediante o pagamento de tarifa paga pelo usuário do serviço.

A despeito de ter como objeto a prestação de um serviço público, fato que realça todo o interesse público inerente a cada concessão, a concessão comum, assim como as demais, é formalizada a partir de um contrato administrativo, que fixa direitos e obrigações para os contratantes. Cada contrato é elaborado, por um lado, de modo a resguardar os interesses da coletividade e da Administração Pública em si. Por outro lado, não podem deixar de ser assegurados os interesses do particular que assumirá riscos e custos com a execução da concessão.

Assim, existem, no contrato de concessão, diversas prerrogativas previstas em favor do ente público concedente. Sem embargo, convivem com tais prerrogativas (do poder concedente) diversos direitos e garantias do particular (cessionário), sobretudo quanto às cláusulas econômicas ou financeiras do contrato.

Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, existem duas ideias antitéticas no contrato de concessão de serviço público. Segundo a autora¹²,

trata-se: de um lado, de um serviço público que deve funcionar no interesse geral e sob a autoridade da Administração; de outro lado, de uma empresa capitalista que comporta, no pensamento daquele que está a sua testa, o máximo proveito possível.

Esse duplo aspecto reflete, no contrato de concessão, diversas características dos contratos administrativos em geral. Incidem sobre o contrato, por um lado e como forma de buscar-se a efetivação do interesse geral e de certa autoridade da Administração Pública, os princípios inerentes à prestação de serviços públicos (dos quais são exemplos a continuidade, a universalidade e a mutabilidade). É facultada ao ente concedente a alteração unilateral das cláusulas regulamentares do contrato, adaptando a forma de prestação e execução do serviço de modo a atingir maior eficiência e bem estar dos usuários. Permite-se a encampação e a intervenção pelo concedente em casos de riscos à regular prestação dos serviços; os bens utilizados na prestação dos serviços

12 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Parcerias na Administração Pública. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 75-76.

públicos são reversíveis. Admite-se a aplicação de penalidades diretamente pela Administração Pública ao particular.

Por outro lado, assegura-se ao particular de, uma vez cumpridas suas obrigações, ter, ao logo do período da concessão, todos os seus investimentos amortizados, além de fazer jus, nos termos contratuais, ao retorno pela realização de tais investimentos.¹³

2.1. A questão dos riscos contratuais nas concessões comuns

Uma característica marcante e que, em tese, diferencia a concessão comum das PPPs, refere-se à assunção dos riscos relativos à concessão. Entende-se, de uma maneira geral, com fundamento no artigo 2º, inciso II, da Lei nº 8.787/1995, que todos os riscos inerentes ao objeto concedido são assumidos pelo concessionário.

No entanto, seria inadmissível impor ao particular todos os riscos do negócio sob pena de nenhum particular interessar-se pela concessão por manifesta inviabilidade econômica.

Sobre o tema, tradicionalmente defende-se, na concessão comum, a divisão dos riscos em áleas ordinárias (o chamado risco do negócio) e extraordinárias (situações imprevisíveis e que fogem ao controle do concessionário). Por essa visão¹⁴,

[...] as áleas ordinárias correm por conta do concessionário e não autorizam a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro; as flutuações

13 Em um contrato de longo prazo e que exige grandes investimentos do particular, umas das grandes garantias à atratividade do negócio consiste na manutenção, por toda a contratação, das condições econômico-financeiras pactuadas quando da formalização do contrato. O tema é complexo e foge ao escopo do presente estudo. No entanto, apenas para expor a essência do conceito e utilizado o pensamento de Flávio Amaral Garcia em relação a um contrato no qual haja contraprestação financeira da Administração Pública, tem-se que “o equilíbrio econômico-financeiro é o ponto nodal no estudo dos contratos administrativos. Traduz-se na relação entre os encargos do contratado e o preço pago pela Administração Pública devido como contraprestação da execução do objeto contratual. É delineado no momento em que o particular oferta a sua proposta e esta é aceita pela Administração (...)” (GARCIA, Flávio Amaral. *Licitações e contratos administrativos – Casos e polêmicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 228). No âmbito de uma concessão comum, a equação leva em conta também o valor da tarifa a ser paga pelo usuário do serviço e os riscos assumidos pelo concessionário para prestar o serviço objeto da concessão.

14 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 99.

no lucro, para mais ou para menos, não autorizam a revisão das cláusulas financeiras, já que se inserem na ideia de que a execução do serviço se faz por conta e risco do concessionário (art. 2º, II, da Lei

nº 8.987). As áleas extraordinárias, por serem imprevisíveis e não imputáveis ao concessionário, correm por conta do concedente, autorizando a revisão das cláusulas financeiras para a recomposição do equilíbrio rompido. Essa recomposição se faz, basicamente, pela aplicação das teorias do fato do príncipe, do fato da Administração e da imprevisão.

Maurício Portugal Ribeiro, no entanto, critica a visão tradicional acima exposta de divisão de riscos em áleas ordinárias e extraordinárias, trazendo uma visão diferenciada sobre a alocação de riscos em uma concessão comum. Aproxima-a, em grande medida, da divisão de riscos existentes em uma parceria público-privada, tema que será tratado adiante.

De acordo com o referido autor¹⁵,

[...] em consequência da cultura sobre o equilíbrio econômico-financeiro criada em torno da Lei 8.666/93, especialmente em torno do seu art. 65, e da confusão entre nós, particularmente na doutrina do Direito Administrativo, entre alocação de riscos e sistema de equilíbrio econômico-financeiro de contrato, paira o risco de se entender, na nossa opinião de maneira muito equivocada, que quaisquer fatos imprevisíveis, ou previsíveis, porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, sejam riscos do Poder Concedente intransferíveis para o parceiro privado, em virtude do art. 65, inciso II, alínea d.

A partir dessa segunda visão sobre a assunção de riscos nas concessões comuns, entende-se, portanto, existir a possibilidade de divisão de riscos mesmo em tais concessões. Deve-se, em tal hipótese, tal qual será demonstrado adiante em relação às PPPs, verificar aquilo que está previsto em cada contrato que rege a concessão comum. E o principal fundamento para o raciocínio em questão seria o artigo 10, da Lei nº 8.987/1995, ao estabelecer que “sempre que forem atendidas as condições do contrato, considera-se mantido seu equilíbrio econômico-financeiro.”

15 RIBEIRO, Maurício Portugal. *Concessões e PPPs: melhores práticas em licitações e contratos*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 83.

2.2. Não obrigatoriedade de assunção de contraprestação financeira pelo ente público concedente nas concessões comuns

Como mencionado no item 1 acima, na concessão comum de serviço público, o serviço oferecido aos cidadãos em geral (usuários) é remunerado mediante o pagamento de tarifa paga pelo usuário do serviço. O ônus recai, portanto, sobre o usuário-pagador.

Se nas PPPs a remuneração do particular decorrerá, ao menos parcialmente, de recursos públicos, isto é, da contraprestação pecuniária assumida diretamente pelo ente concedente, tal obrigatoriedade inexistente na concessão comum.

E esse aspecto pode, em tese, justificar a existência de um número de veras superior de concessões comuns em curso no Brasil em relação ao número de PPPs para saneamento básico.

Como já mencionado, de acordo com dados da Associação Brasileira das Concessionárias Privadas de Serviços Públicos de Água e Esgoto (ABCON) e do Sindicato Nacional das Concessionárias Privadas de Serviços Públicos de Água e Esgoto (SINDCON), há, pelo menos, 166 concessões comuns no Brasil e apenas 16 PPPs para prestação de serviços de saneamento básico.¹⁶

A não obrigatoriedade de assunção de encargos financeiros pelo concedente, sobretudo em períodos de crises econômicas e escassez de recursos, pode influenciar a maior escolha por tal modelo de concessão.

2.3. Inexistência de imposição legal de prazos contratuais mínimos e máximos

Quanto ao prazo contratual, como será exposto adiante, a Lei nº 11/079/2004, em seu art. 5º, inciso I, ao tratar das PPPs, estabelece a obrigatoriedade de que o prazo de vigência do contrato seja compatível com a amortização dos investimentos realizados, mas não inferior a 5 (cinco) e nem superior a 35 (trinta e

¹⁶ Informações disponíveis em: <http://abconsindcon.com.br/sobre-o-saneamento/numero-do-segmento-privado/>. Acesso em 16 de junho de 2017.

cinco) anos, incluindo eventual prorrogação. E não há na Lei nº 8.987/1995 tal limitação legal – nem mínima e nem máxima.

Não obstante, a razão principal da fixação do prazo contratual deve ser a mesma em ambos os modelos. O prazo é elemento fundamental para possibilitar ao particular a amortização e o retorno pelos investimentos feitos. Por consequência, é importante ferramenta de geração da atratividade do capital privado para cada concessão.

O prazo contratual, portanto, possui necessária relação com a amortização dos investimentos feitos pelo parceiro privado e a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Por mais que não haja, na Lei nº 8987/1995, a limitação máxima e mínima prevista na Lei nº 11.079/2004, não é possível a fixação do prazo contratual em uma concessão comum a partir de escolha meramente discricionária do administrador. Isso porque, como dito, a fixação do prazo contratual pressupõe uma relação lógica e direta com o investimentos exigidos do particular ao longo da concessão e a expectativa de retorno dos investimentos.

3. Aspectos gerais das PPPs

Entende-se como PPP, para fins do presente estudo, o contrato de concessão firmado com base na Lei nº 11.079/2004¹⁷. É, portanto, o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa.

O cuidado terminológico deve ser tomado porque, muitas das vezes, utiliza-se a expressão como referência a qualquer ajuste ou negócio jurídico no qual, de um lado, figure um ente público e, de outro, uma entidade privada. Não é essa a acepção do termo a ser dada neste trabalho, já que, como exposto, o termo deve ser aqui entendido de acordo com o previsto da mencionada norma de regência do tema.

17 A discussão sobre as PPPs ganhou forças no Brasil com o programa de Reforma do Estado que teve seu ápice no início da década de 90 do século passado. Pretendia-se trazer para o Brasil as boas experiências com PPPs desenvolvidas, sobretudo, na Inglaterra. Naquela época, como elucida Carlos Ari Sundfeld, “embora muitas formas de parceria já fossem juridicamente viáveis, havia necessidade de uma nova lei nacional, que complementasse a Lei de Concessões, bem como de criar uma estrutura orgânica na Administração Federal para cuidar do programa (SUNDFELD, Carlos Ari. Parcerias Público-Privadas. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 19).

A norma preencheu uma importante lacuna no sentido de criar o instrumento legal aplicável para os chamados contratos não autossustentáveis e que, para se tornarem viáveis, dependem da assunção de encargos financeiros pelo ente público.

No âmbito de uma PPP, é vedada a celebração de contrato com objeto único. É dizer, uma parceria público privada pressupõe um objeto contratual complexo, “que se traduz na organização de conjunto de bens, direitos e pessoal apto à eficiente prestação de dado tipo de serviço.”¹⁸

No mais, o contrato firmado a partir de uma PPP deve ter valor mínimo de R\$20.000.000,00 (vinte milhões de reais). O modelo foi pensado para ser aplicado em grandes contratações, as quais possuem alto custo de modelagem e devem estar relacionadas a projetos que requerem investimentos de alto vulto e dependem de uma prazo contratual dilatado para que se permita a amortização do capital investido.

O modelo das PPPs é embasado em um forte sistema de garantias contratuais ofertadas de uma parte à outra – do parceiro privado ao público e vice-versa – de modo a dar segurança e efetividade a cada nova parceria.

Uma das exigências da lei é a criação de uma Sociedade de Propósito Específico (SPE), com o objetivo de implementar e gerir o contrato objeto da parceria (art. 9º da Lei nº 11.079/2004). Esta disposição legal visa, dentre outros aspectos, resguardar o patrimônio da SPE e facilitar o controle e a avaliação da saúde financeira e contábil do parceiro privado. A intenção da norma foi a de isolar as atividades da SPE de todas as demais atividades econômicas porventura desenvolvidas pelo parceiro privado, permitindo a constante avaliação contábil e financeira da sociedade, evitando-se riscos quanto a continuidade da execução dos serviços contratados pelo parceiro privado.

Outra previsão que merece destaque da Lei nº 11.079/2004 é a aquela relativa à possibilidade de utilização de arbitragem para solução de conflitos relacionados a certa PPP (art. 11, inciso III).

A arbitragem, em regra mais ágil e com julgadores que, em tese, possuem maior expertise técnica para avaliar controvérsias referentes a contratos complexos e de longo prazo, pode reduzir a insegurança jurídica quanto a contratos submetidos a tal mecanismo. Aumenta-se, assim, por consequência, a

18 RIBEIRO, Maurício Portugal; PRADO, Lucas Navarro. Comentários à Lei de PPP – Parceria Público-Privada – Fundamentos Econômico-jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 81.

atratividade de investimentos sobre tais tipos de contratos. E isso conta muito em um contrato complexo, que demanda investimentos contínuos e com longo tempo de vigência. A rápida e justa solução dos conflitos e divergências que certamente existirão no decorrer da contratação faz com que cronogramas não sejam afetados e não se corra (ou ao menos se minimize) o risco de interrupção dos serviços.

3.1. Modalidades de PPPs e a contraprestação do parceiro público

As PPPs subdividem-se nas modalidades patrocinada ou administrativa. Partindo da definição legal, a concessão patrocinada é a modalidade de “concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei nº 8.987/1995, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado.” (art. 2º, §3º, da Lei 11.0789/2004). Em tese, essa modalidade de concessão surge para ser aplicada em projetos deficitários, que, para se tornarem economicamente viáveis (sustentáveis), dependem do aporte de recursos públicos. Daí a definição legal.

Na concessão administrativa, por sua vez, toda a remuneração do particular decorre do parceiro público. Conforme expõe Carlos Ari Sundfeld¹⁹, tal modalidade subdivide-se em dois tipos, quais sejam, a de serviços públicos e a de serviços ao Estado.

Na concessão administrativa de serviços públicos, “a Administração Pública será havida como usuária indireta, cabendo a ela os direitos e responsabilidades econômicas que, de outro modo, recairiam sobre eles”, os usuários do serviço.

Ao discorrer sobre a concessão administrativa de serviços ao Estado, afirma o referido autor que:

é a que tem por objeto os mesmos serviços a que se refere o art. 6º da Lei de Licitações, isto é, o oferecimento de utilidades à própria Administração, que será havida como usuária direta dos serviços e versará a correspondente remuneração (...). Mas há elementos importantes que, diferenciando-os, aproximam a concessão administrativa de serviços ao Estado da tradicional concessão de serviços públicos. Enquanto o

19 SUNDFELD, Carlos Ari. *Parcerias Público-Privadas*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 31-32.

contrato de serviços resume-se à prestação de serviços, a concessão administrativa de serviços ao Estado inclui também a realização, pelo concessionário, de investimento mínimo de 20 milhões de Reais (Lei das PPPs, art. 2º, §4º, I) na criação, ampliação ou recuperação, por meio da execução de obra ou do fornecimento de bens (art. 2º, §2º), de infraestrutura necessária aos serviços, que serão prestados om base nela por ao menos cinco anos (art. 2º, §4º, II). Enquanto vigente a concessão administrativa de serviços ao Estado, não estando amortizado o investimento, essa infraestrutura constituirá patrimônio do concessionário, podendo reverter ao concedente ao final, se previsto no contrato (art. 3º, *caput*, da Lei das PPPs, c/c os arts. 18, X, e 23, X, da Lei das Concessões). Assim, são idênticas a estrutura contratual e a lógica econômica da concessão administrativa de serviços ao Estado e da tradicional concessão de serviços públicos.

Pelo exposto, tem-se que se aplicam às concessões administrativas grande parte das características previstas na Lei nº 11.079/2004 em relação às concessões patrocinadas. A ressalva direciona-se apenas à impossibilidade de cobrança de tarifa dos usuários dos serviços, advindo do parceiro público toda a remuneração do particular.

3.2. Divisão de riscos entre os parceiros público e privado

Como característica das PPPs, destaca-se a previsão expressa da divisão (ou eventual compartilhamento) de riscos entre os parceiros público e privado (art. 4º, inciso VI, da Lei nº 11.079/2004). É da essência de uma PPP a dita divisão de riscos entre os parceiros, algo diretamente relacionado com o equilíbrio econômico financeiro do contrato e com a fixação do prazo contratual (decorrência direta dos investimentos exigidos do particular e dos riscos assumidos por cada uma das partes contratantes).

Os riscos assumidos por cada parte devem estar detalhados da forma mais objetiva possível e irão refletir tanto na equação econômico-financeira do contrato quanto no prazo de duração da concessão.

Segundo Mauricio Portugal Ribeiro²⁰,

20 RIBEIRO, Mauricio Portugal. Concessões e PPPs: Melhores Práticas em Licitações e Contratos. 1ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2011, p. 78.

Em conjunto com os indicadores de desempenho, com o sistema de pagamentos (tarifário ou de contraprestação pelo Governo) e com o conjunto de penalidades, a matriz de risco e o sistema de equilíbrio econômico-financeiro constituem os aspectos mais centrais do contrato, pois estipulam o conjunto de incentivos para ação de cada parte na relação contratual.

A matriz de riscos conterá, da forma mais objetiva possível, ora a divisão e ora o compartilhamento dos riscos entre concedente e concessionária, estabelecendo-se as responsabilidades de cada parceiro em eventos como caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária.

A lei parte da premissa que os contratantes têm condições de repartir os riscos e espera que os envolvidos sejam altamente especializados no objeto do contrato, de forma a conhecerem as áleas do negócio contratado - (art. 4º, inciso VI, da Lei nº 11.079/2004)²¹.

Nem todos os riscos do contrato devem ser assumidos pelo particular e tampouco deixados com a Administração Pública. Os riscos devem ser alocados a cada uma das partes (ou eventualmente compartilhados), definindo-se o responsável por cada tipo de risco, a partir de estudos e critérios que levem em conta, dentre outros aspectos, a avaliação e identificação da parte com melhores condições de mitigar determinado risco. Quanto a isso, Maurício Portugal Ribeiro salienta que²²:

[...] a maximização da eficiência econômica do contrato é obtida por meio da alocação de risco à parte que tem melhor condição de gerenciá-lo, isto é, à parte que poderá mitigá-lo, tomar as medidas para prevenir a ocorrência de eventos graves ou remediar as suas consequências e incentivar a realização dos eventos benéficos relacionados a tal risco, tudo isso com o menor custo possível.

Uma boa alocação de riscos poderá impactar positivamente não apenas na fase licitatória de uma PPP, com a atratividade de um maior número de poten-

21 ZANCHIM, Kleber Luiz. *Contratos de Parceria Público-Privada (PPP): Risco e Incerteza*. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2012, p. 60.

22 RIBEIRO, Maurício Portugal. *Concessões e PPPs: melhores práticas em licitações e contratos*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 80.

ciais parceiros privados para o projeto, mas sobretudo em uma boa, regular e contínua execução do contrato de PPP.

3.3. O prazo contratual

Quanto ao prazo contratual, a Lei nº 11/079/2004, em seu art. 5º, inciso I, estabelece que “o prazo de vigência do contrato, compatível com a amortização dos investimentos realizados²³, não inferior a 5 (cinco), nem superior a 35 (trinta e cinco) anos, incluindo eventual prorrogação”.

A *ratio* principal relativa ao prazo refere-se à sua necessária relação com a amortização dos investimentos feita pelo parceiro privado e a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Foge, portanto, à plena discricionariedade do administrador a fixação do prazo de uma PPP. Isso porque, a fixação do prazo contratual decorre de avaliação dos investimentos exigidos do particular ao longo da PPP e da expectativa de retorno dos investimentos.

3.4. As garantias contratuais

Em relação às garantias contratuais, a lei das PPPs cria um sistema lógico-sistemático. Exige não apenas garantias do parceiro privado relativas à execução contratual (art. 26 da Lei nº 11.079/2004), como também garantias ao particular de cumprimento das obrigações pelo parceiro público (art. 8º da Lei nº 11.079/04) e ainda certas garantias aos financiadores do contrato (art. 5º, §2º de Lei nº 11.079/04).

Esse verdadeiro “sistema de garantias” busca harmonizar interesses da Administração Pública, como interesses do parceiro privado e de financiadores de cada contrato. Mais um mecanismo de efetivação da segurança jurídica em cada contratação.

É preciso se levar em consideração que uma concessão administrativa ou patrocinada possui um prazo contratual dilatado e requer vultoso investimento do parceiro privado. Em tal contexto, a atratividade do particular decorre, no mí-

23 Conforme previsto no art. 4º, inciso I, da Lei nº 11.079/2004, é vedada a celebração de contrato de parceria público-privada cujo valor do contrato seja inferior a R\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais).

nimo, de um bom sistema de garantias e das obrigações, sobretudo financeiras, atribuídas ao ente público. Atento a isso, Carlos Ari Sundfeld sustenta que²⁴:

A característica central das concessões administrativa e patrocinada que motivou a nova disciplina legal é a de gerar compromissos financeiros estatais firmes e de longo prazo. Como o concessionário fará investimentos logo no início da execução e será remunerado posteriormente, dois objetivos se opõem: tanto impedir que o administrador presente comprometa irresponsavelmente recursos públicos futuros, como oferecer garantias que convençam o particular a investir.

E uma grande vantagem da PPP é justamente, tal qual previsto na Lei nº 11.079/2004, a possibilidade de previsão de um bom sistema de garantias não apenas em favor da Administração Pública, mas como forma de assegurar ao particular o recebimento tempestivo da contraprestação imposta ao parceiro público. Mais do que exigir garantias de cumprimento do contrato pelo particular, a lógica nas PPPs é a implementação de garantias em favor do particular. Afinal, estamos tratando de projetos que, como já mencionado, requerem contraprestações do parceiro público para ser tornarem economicamente viáveis.

Assim, justifica-se a instituição de mecanismos que assegurem o cumprimento das obrigações financeiras assumidas pelo parceiro público. Sobre o tema, vemos o pensamento de Gustavo Binenbojm²⁵:

Obviamente, a captação, pelo Poder Público, de um maior volume de recursos privados para financiar projetos de grande porte pressupõe o estabelecimento de mecanismos aptos a conferir garantias mais robustas aos parceiros privados. Do contrário, os agentes econômicos não teriam incentivos reais para participar da empreitada. Afinal, o empresariado precisa ter segurança de que será remunerado pelo investimento a ser realizado, sob pena de não ser motivado a aderir às parcerias público-privadas.

24 SUNDFELD, Carlos Ari. *Parcerias Público-Privadas*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 25.

25 BINENBOJM, Gustavo. As Parcerias Público-Privadas e a vinculação de receitas dos fundos de participação como garantia das obrigações do Poder Público. In: JUSTEN FILHO, Marçal; SCHWIND, Rafael Wallbach (Coord.). *Parcerias Público-Privadas – Reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 476.

O artigo 8º é o principal dispositivo da Lei das PPPs a dar tratamento ao tema. Permite que inúmeras formas de garantias venham a ser prestadas pelo parceiro público, merecendo menção a vinculação de receitas, respeitados os limites legais, e a instituição ou utilização de fundos especiais previstos em lei.²⁶

Conclusões

Sobretudo em um cenário de crise econômica, no qual União, Estados e Municípios apresentam capacidade reduzida de investimentos, é fundamental a atração de capital privado para continuidade de investimentos em infraestrutura, com destaque ao setor de saneamento.

O modelo das concessões comuns e das PPPs consistem nas opções mais utilizadas para o segmento como forma de que sejam otimizados os investimentos no setor visando a expansão e melhoria das atividades englobadas no conceito de saneamento básico.

No entanto, não se pode imaginar que a utilização de investimentos privados e que a prestação das atividades de saneamento pelo setor privado sejam a solução para todos os problemas do setor. O êxito de uma concessão comum ou de uma PPP no setor de saneamento é majorado quando estudos que embasam cada contrato são bem elaborados, quando há regras contratuais claras e uma boa alocação de riscos contratuais entre as partes. Isso sem contar a importância da fixação racional do prazo contratual e, em especial nas PPPs, na instituição de um bom sistema de garantias contratuais.

Mais do que se buscar investimentos privados como forma de manter investimentos no setor, é fundamental que os contratos relativos a concessões comuns e PPPs sejam efetivamente planejados, bem estruturados e respeitados, permitindo-se que sua execução se dê de forma plena e efetiva, com o cumprimento de todas as obrigações contratuais pelo concedente e concessionário, pelos parceiros público e privado, respeitando-se cronograma, previsão de investimentos, dentre outros fatores.

26 Para maior detalhamento do tema: RIBEIRO, Maurício Portugal; PRADO, Lucas Navarro. Comentários à Lei de PPP – Parceria Público-Privada – Fundamentos Econômico-jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2010.

Referências

BINENBOJM, Gustavo. As Parcerias Público-Privadas e a vinculação de receitas dos fundos de participação como garantia das obrigações do Poder Público. In: JUSTEN FILHO, Marçal; SCHWIND, Rafael Wallbach (Coord.). Parcerias Público-Privadas – Reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Parcerias na Administração Pública. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

NETO, Floriano de Azevedo Marques. As Parcerias Público-Privadas no Saneamento Ambiental. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico. Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 2, maio-jun-jul, 2005.

RIBEIRO, Maurício Portugal. Concessões e PPPs: melhores práticas em licitações e contratos. São Paulo: Atlas, 2011.

RIBEIRO, Maurício Portugal; PRADO, Lucas Navarro. Comentários à Lei de PPP – Parceria Público-Privada – Fundamentos Econômico-jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2010.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. Parceria Público-Privadas. In: Garcia, Flávio Amaral (Coord.). Parcerias Público-Privadas. Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, Vol. XVII, 2006.

SUNDFELD, Carlos Ari. Parcerias Público-Privadas. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

ZANCHIM, Kleber Luiz. Contratos de Parceria Público-Privada (PPP): Risco e Incerteza. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2012. p. 60.



Remuneração pela Prestação de Serviços de Saneamento Básico

Guilherme Villela Pignataro¹

Sumário: *Introdução; 1. Sistema remuneratório por serviços públicos; 1.1. Taxas; 1.2. Tarifas; 1.2.1 Receitas não tarifárias; 2. Serviços remuneráveis de saneamento básico; 2.1. Serviços de abastecimento de água; 2.2. Serviços de esgotamento sanitário; 2.3. Serviço de limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos urbanos; 2.4. Serviço de manejo de águas pluviais urbanas; 3. Parâmetros para a instituição das tarifas e taxas para os serviços de saneamento básico; 3.1. Diretrizes gerais das tarifas e taxas ; 3.2. Parâmetros específicos de remuneração dos serviços de saneamento; 3.2.1. Parâmetros específicos da remuneração de serviços de limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos urbanos; 3.2.2. Parâmetros específicos da remuneração de serviços drenagem e manejo de águas pluviais; 3.2. Regramento da estrutura de taxas e tarifas; 3.3. Dos subsídios; 3.4. Regulação e definição de tarifa; 3.5. Regulação e definição de tarifa em caso de prestadores diversos de serviços de saneamento interdependentes; 3.6. Regulação e definição de tarifa em caso de prestadores de serviços de saneamento intermunicipais; 3.7. Regulação e definição de tarifa em caso de contingências e emergências; 3.8. Remuneração e concessão de serviços de saneamento básico; 3.9. Dos reajustes e das revisões do valor da remuneração tarifária; 3.10. Da remuneração acordada; 3.11. Da interrupção do serviço por falta de pagamento; 3.12. Da cobrança por serviço não prestado; Conclusões; Referências*

1 Pós-graduado em Direito Administrativo Empresarial pela Universidade Cândido Mendes. Pós-graduado em Direito Ambiental pela Universidade Federal do Paraná. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Professor da Fundação Getúlio Vargas (FGV). Advogado Pleno da PETROBRAS.

Introdução

O presente artigo tem por escopo analisar a remuneração pela prestação de serviços públicos de saneamento básico.

Trata-se de tema complexo e a respeito do qual pende a sistematização de conceitos, parâmetros e limites.

Sua prestação aos usuários é condição mínima de dignidade humana, mas ainda longe de ter atendido a universalidade que se lhe espera.

Para este fim, é preciso aplicar vultosos investimentos, razão pela qual a remuneração destes serviços, com o fito de garantir a sustentabilidade de sua expansão e aperfeiçoamento – mas sem descuidar do imperativo de modicidade tarifária – é questão essencial à sociedade contemporânea.

Para tanto, será preciso identificar qual é a natureza destes serviços e, com base nisso, identificar as hipóteses em que esta remuneração possa ser exigível e o método de definição de seu valor.

Segundo a descrição legal (art. 3º, Lei 11.445/2007), o saneamento básico envolve quatro serviços: abastecimento de água potável; esgotamento sanitário; limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos; e drenagem e manejo das águas pluviais urbanas. Todavia, conforme bem explicado por Bruna Cavalcanti Druhi Burger, nesta obra, no artigo “o conceito de saneamento básico”, nem todas as variações destas atividades são passíveis do título de serviço público.

Verdade que o conceito estrito de saneamento básico (que restringia a expressão aos serviços de fornecimento de água tratada e esgotamento) foi substituído pelo atual conceito amplo, mas ainda persistem limitações.

Assim é que o esgotamento industrial está fora do conceito, posto que o esgotamento sanitário é apenas o doméstico. Também não são serviço público as ações de responsabilidade privada (entre as quais, o manejo de resíduos de responsabilidade do gerador).

Quanto ao valor em si da remuneração, existe uma miríade de variáveis que devem ser levadas em consideração quando da instituição do valor.

Por um lado, os valores não podem ser altos demais a ponto de inviabilizarem o acesso a este tipo de serviço, mas, também, não podem ser baixos a ponto de impedirem o custeio e ampliação da infraestrutura necessária.

Além disso, por exemplo pode-se determinar uma variação de valores conforme a sazonalidade dos períodos de seca e chuvosos, servindo de incentivo a um consumo mais racional.

1. Sistema remuneratório por serviços públicos

Antes de tudo, é importante lembrar que remuneração não é sinônimo de custeio.

O custeio dos serviços de saneamento pode ocorrer por meio de dotações orçamentárias do ente federado responsável valendo-se de impostos (tributos não vinculados a determinada finalidade) doações privadas, heranças vacantes etc..

Inclusive, é possível que alguma obra afeta à implantação ou expansão de serviço de saneamento cause valorização dos imóveis no entorno². Nestes casos, é possível exigir contribuição de melhoria até o limite total da despesa realizada e do acréscimo de valor que da obra resultar para cada imóvel beneficiado.

As hipóteses remuneratórias, por sua vez, são caracterizadas pelo sinagema, pela existência de prestações recíprocas: prestação de serviço e pagamento pelo beneficiário.

Tomando por base que boa parte dos serviços de saneamento se caracteriza como modalidades de serviços públicos, os principais meios de se lhes remunerar são a taxa – tributo – e a tarifa – verba não tributária.³

2 A título de exemplo, existem obras vocacionadas a diminuir alagamentos de determinadas áreas (v.g. com a instalação de grandes reservatórios subterrâneos de água pluvial).

3 Há ainda quem se referia aos preços públicos, tal qual Aline Paola Correa Braga Câmara de Almeida, que reconhece que muitos tratam como sinônimo de tarifa. Segundo ela: “Se os elementos de distinção de taxa e tarifa já são controversos, problema maior ocorre entre os preços públicos e as tarifas, cuja essência em comum é a contratualidade, uma vez que não decorrem de lei estrita determinando sua cobrança, assim como os tributos. (...) A constituição Federal não se referiu ao preço público e a legislação que o menciona trata também da tarifa, o que, por si só, já pressupõe que não devem ser encarados como sinônimos. Se fossem idênticos não teriam nomes diferentes. No entanto, estas normas somente fazem referência à existência do preço público, mas não estabelecem qualquer regime ou princípio que lhe fosse aplicável, com vistas a estabelecer um contorno mínimo. (...) Assim, as tarifas não recebem um tratamento tão rigoroso como as taxas, eis que prescindem de lei, mas também não são tão livres como os preços públicos. Mesmo sem os contornos tão severos como os da taxa, as tarifas diferenciam-se dos preços públicos por serem reguladas; afinal, o que está em jogo é o interesse dos usuários dos serviços públicos, que têm o direito subjetivo a um serviço adequado. (...) conforme a lição de BILAC PINTO: “O preço é uma receita pública de natureza contratual, não obrigatória, e que, como o seu próprio nome indica, somente pode ser instituído como remuneração de um serviço ou de um bem vendido pelo Estado, atendida sempre a equivalência das prestações recíprocas (...). Além de todos os elementos acima mencionados, há outras duas peculiaridades no tratamento da tarifa que a diferenciam do preço público: (i) a necessidade de uma política tarifária, aplicando-se, em decorrência, os princípios correspondentes (dentre estes, o da modicidade tarifária) e (ii) a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão.” ALMEIDA, Aline Paola Correa Braga Câmara de. *As Tarifas e as Demais Formas de remuneração dos Serviços Públicos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 63-65, 68.

Cabe destacar que, embora haja quem distinga as tarifas dos preços públicos⁴, muitos os tratam como sinônimos.

Segundo Aline Paola Correa Braga Câmara de Almeida:

“No Estudo dos serviços públicos a fixação da natureza jurídica das formas de remuneração – taxa, tarifa e preço público – é matéria controvertida, não só porque na doutrina pátria há quem não veja importância na distinção entre os dois últimos citados e os tratem como sinônimos, mas também porque envolve conceitos de direito administrativo, financeiro e tributário. (...)”

Em regra, os serviços públicos concedidos ou permitidos são remunerados por tarifas, que são recursos advindos diretamente dos usuários em favor dos concessionários ou permissionários.

(...) Constata-se que a tarifa é fixada em razão da prestação individualizada de um serviço público, podendo tal serviço ser prestado pelo particular, havendo delegação específica para tanto (concessão ou permissão) e que por esta se manifesta o princípio do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

(...)

As taxas têm natureza jurídica tributária (art. 145, II, da Constituição) e por isso estão submetidas a regime jurídico público próprio. O fundamento de sua cobrança está vinculado ao exercício do poder de polícia e à prestação ou à disponibilidade de serviços públicos específicos e divisíveis. (...)

Note-se que o fato do serviço público ser específico e divisível não induz necessariamente, a sua cobrança por taxa, como que afastando automaticamente, a viabilidade de instituição de tarifa. É usual a delegação de serviços de distribuição de energia elétrica e transportes, por exemplo, sendo estas típicas hipóteses de cobrança por tarifa.

4 “(...) entendemos que a Constituição, em seu art. 175, parágrafo único, III, reserva o termo tarifa somente para designar a receita cobrada do usuário por concessionário ou permissionário do serviço público como contraprestação de uma vantagem que lhe proporciona. Assim, a expressão preço público designa as demais receitas contratuais que não se refiram a concessionário ou permissionário de serviço público. O art. 150, §3º, da CF de 1988 refere-se a “preços ou tarifas” não como termos sinônimos, mas tendo presente a diferença que existe entre eles em razão do disposto no referido art. 175, parágrafo único, III.” ROSA Júnior, Luiz Emygdio F. da. Manual de direito financeiro e direito tributário. 19ª ed. Revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 332.

KIYOSHI HARADA relata que a doutrina classifica a taxa como tributo vinculado à atuação estatal, sendo suficiente que o Poder Público coloque o serviço à disposição do usuário, ainda que este rejeite sua prestação, para que se dê ensejo à cobrança da taxa. A atuação estatal não é a efetiva prestação do serviço, mas a simples disponibilidade ao usuário.

(...)

Sob este aspecto merece ser considerado que a decisão política de imposição do custeio do serviço público deve ser fixada em razão da essencialidade; se o serviço não for considerado essencial, resta violado o princípio da razoabilidade e da autonomia da vontade, ante a imposição do tributo como forma de contraprestação do serviço.

(...)

Ocorre que, conforme se depreende dos julgados referidos, quando estes serviços considerados “essenciais” são delegados à iniciativa privada, são cobrados pelas tarifas.

Assim, não há mais, em princípio, como estabelecer a diferença da remuneração pela essencialidade do serviço público. Há serviços essenciais que serão cobrados por taxa e outros por preços públicos (aqui, também, por enquanto, como sinônimo de tarifa).

Com efeito, o art. 175 da Constituição Federal admite qualquer delegação de serviço público, seja esse considerado essencial ou não. Qualquer espécie de serviço público pode ser prestado diretamente pelo Estado ou Poder Público que, por uma opção discricionária, transfere-os à iniciativa privada, mantendo, no entanto, as funções de planejamento, fiscalização e regulação, sob o regime de direito público.⁵

Além disso, existe ainda possibilidade de serem previstas verbas remuneratórias não tarifárias, descritas como receitas alternativas pelo art. 11 da Lei 8.987/1995 (que regula as permissões e concessões de serviços públicos), voltadas, segundo a literalidade da lei, a beneficiar a modicidade tarifária.

5 ALMEIDA, Aline Paola Correa Braga Câmara de. As Tarifas e as Demais Formas de remuneração dos Serviços Públicos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 55, 56, 57, 59.

1.1. Taxas

Taxas são tributos que podem ser instituídos por todo e qualquer ente federado, sendo devidas pelo exercício de poder de polícia ou em razão da disponibilização de serviços públicos (art. 145, *caput*, inc. II, CRFB).

No que interessa a este estudo, cabe destacar que, conforme lei instituidora a incidência de uma taxa pela prestação de serviços públicos pode ser condicionada à sua efetiva utilização, ou bastar sua disposição ao público, podendo depender apenas da sua utilização potencial pelo contribuinte. De acordo com o Código Tributário Nacional (art. 79, I, “a”), os serviços efetivamente utilizados são aqueles usufruídos pelo contribuinte a qualquer título. Já os de utilização potencial são aqueles de utilização compulsória postos à disposição destes contribuintes (art. 79, I, “b”).

Explicita a ideia Luiz Emygdio F. da Rosa Júnior:

“A lei poderá definir como hipótese de incidência da taxa a utilização efetiva ou potencial do serviço público. Ocorre a utilização efetiva do serviço público quando for usufruído pelo contribuinte a qualquer título (CTN, art. 79, I, a), ou seja, a hipótese de incidência somente se verificará se o contribuinte utilizar o serviço público. (...) de outro lado, dá-se a utilização potencial do serviço público quando, sendo de utilização compulsória, seja posto à disposição do contribuinte mediante atividade administrativa em efetivo funcionamento (CTN, art. 79, I, b) (...).⁶”

Entretanto, a instituição da hipótese de incidência deste tributo se restringe aos serviços públicos que sejam caracterizados como específicos e divisíveis (art. 145, inc. II da CRFB).

Serviços específicos são aqueles aos quais se pode vincular a prestação do serviço aos contribuintes de forma determinada, em prestações autônomas (art. 79, inc. II, CTN).

Serviços divisíveis (*utisinguli*) são aqueles cuja quota parte de beneficiamento individual de cada contribuinte pode ser identificado (art. 79, inc. III, CTN).

Também Luiz Emygdio F. da Rosa Júnior esclarece o tema:

6 ROSA JÚNIOR, Luiz Emygdio F. da. Manual de direito financeiro e direito tributário. 19. ed. Revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 308-309.

“O serviço público divide-se em genérico ou específico. *Serviço Público Genérico*, ou *universal*, ou *geral*, é aquele cujo benefício se dilui por toda a coletividade, proporcionando, portanto, uma utilidade genérica (*uti universi*) por atender a coletividade como um todo. Nesse tipo de serviço público o particular não sente o gozo individual da atividade estatal, pelo que não se pode falar em usuário do serviço, como, por exemplo, os serviços públicos de segurança pública, de saúde pública, de defesa nacional etc. *Serviço público específico ou individual*, ou *particular*, é o que acarreta vantagem ao indivíduo ou grupo de indivíduos, considerados isoladamente, de modo que o beneficiário sente o gozo individual da atividade estatal (*uti siguli*).⁷

Os serviços públicos divisíveis se opõem aos serviços públicos indivisíveis (*uti universi*), nos quais a quota parte de beneficiamento individual de cada contribuinte não pode ser identificada. Nestes casos não é possível mensurar o quanto cada contribuinte se beneficia da prestação do serviço público.

Cabe mencionar, também, que a taxa de serviço público é tributo contraprestacional, dependendo da efetiva utilização ou disponibilização do serviço em razão do qual criada.

Sua receita é vinculada, devendo ser redirecionada para o custeio, universalização e aperfeiçoamento do serviço público ao qual afetada.

Também se caracteriza pela comutatividade (retributividade ou referibilidade), devendo haver pertinência entre o valor cobrado e a utilidade fornecida.

Por um lado, podem ser instituídas por qualquer ente federado em razão dos serviços públicos (específicos e divisíveis) por ele disponibilizado (a competência é comum, conforme o art. 145, inc. II, CRFB; e art. 77, CTN).

De outra sorte, tanto sua instituição quanto alteração (hipótese de incidência, base de cálculo e alíquotas) dependem de lei do ente instituidor (art. 150, inc. I, CRFB).

1.2. Tarifas

Noutro diapasão, os contratos celebrados entre o Poder Público e os agentes privados preveem para estes, em regra, duas formas-base de remuneração: *i*) pagamento

7 ROSA JÚNIOR, Luiz Emydio F. da. Manual de direito financeiro e direito tributário. 19ª ed. Revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 310.

direto pelo Poder Público (verbas do erário); e *ii*) nas permissões e concessões de serviços públicos, pagamento dos usuários ao permissionário ou concessionário (tarifa) –isso afora as chamadas receitas alternativas e complementares, abaixo descritas.

Por evidente, é possível haver a conjugação destes modelos, tal qual ocorre nas Parcerias Patrocinadas (art. 2º, §1º, Lei 11.079/2004), como bem explicado nesta obra por Rodrigo da Fonseca Chauvet no artigo “Parcerias Público Privadas no Setor de Saneamento Básico: potenciais vantagens e desvantagens”.

Tratando-se de remuneração (contraprestação) paga pelo usuário do serviço público, a tarifa se aproxima dos contornos da taxa, acima analisada.

Assim como nos casos em que se aplica taxa, o serviço público remunerável mediante tarifa deve ser específico e divisível.

Constata-se, portanto, que a tarifa é fixada em razão da prestação individualizada de um serviço público, podendo tal serviço ser prestado pelo particular, havendo delegação específica para tanto (concessão ou permissão) e que por esta se manifesta o equilíbrio econômico-financeiro do contrato.⁸

Entretanto, taxa e tarifa são institutos ontologicamente diversos.

Ao passo que as taxas são regidas estritamente pelo direito público, as tarifas sofrem o influxo do direito privado na relação do permissionário ou concessionário de serviço público com o usuário.

O próprio STF já consolidou entendimento neste sentido (embora sob a égide de Constituição já revogada) quando da edição da súmula 545⁹.

“As tarifas, ou preços públicos, não são tributo, estão sujeitas ao regime jurídico administrativo, configuram obrigação de natureza contratual, teoricamente facultativa. Quando são recebidas pelo Estado, classificam-se como receita pública originária. Evidentemente, quando recebidas por um particular delegatário de um serviço público as tarifas são receita dessa pessoa privada, e não receita pública.”¹⁰

8 ALMEIDA, Aline Paola Correa Braga Câmara de. As Tarifas e as Demais Formas de remuneração dos Serviços Públicos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 56.

9 Súmula 545, STF - Preços de serviços públicos e taxas não se confundem, porque estas, diferentemente daqueles, são compulsórias e têm sua cobrança condicionada à prévia autorização orçamentária, em relação à lei que as instituiu.

10 ALEXANDRINO, Marcelo & PAULO, Vicente. Direito Administrativo Descomplicado. 20ª ed.. Rio de Janeiro: FORENSE; São Paulo: MÉTODO, 2012. p. 727.

Aline Paola Correa Braga Câmara de Almeida contrapõe que “(...) as tarifas não recebem um tratamento tão rigoroso como as taxas, eis que prescindem de lei, mas também não são livres como os preços (...)”¹¹.

Conclui-se que a tarifa é verba remuneratória não tributária, mas que – por não se referir a prestações puramente privadas – não é livremente instituível ou alterável pelo prestador do serviço público. Significa que não dependem de lei para serem alteradas, mas há restrições derivadas do influxo do direito administrativo.

Além disso, submetem-se a regime prescricional comum próprio da atividade executada, e não ao regime geral de prescrição dos atos da Administração Pública (Decreto 20.910/32¹²), conforme a Súmula 412, STJ¹³.

1.2.1. Receitas não tarifárias

Como dito acima, nas permissões e concessões de serviços públicos, existe a possibilidade de serem previstas verbas remuneratórias não tarifárias, descritas como receitas alternativas pelo art. 11 da Lei 8.987/1995.

Segundo a literalidade da lei, que regula as permissões e concessões de serviços públicos, estas receitas alternativas deveriam ser voltadas ao favorecimento da modicidade tarifária, ainda que devam ser previstas “em favor da concessionária”.

Há quem entenda que:

“Embora os objetivos que demandam a instituição de fontes não tarifárias – “em favor da concessionária” e “com vistas a favorecer a modicidade das tarifas”, ambos previstos no art. 11 da Lei nº. 8.987/95 – parecerem antagônicos e inconciliáveis, merecem ser analisados no caso em concreto, a fim de verificar a melhor forma de compartilhamento das receitas.

11 ALMEIDA, Aline Paola Correa Braga Câmara de. As Tarifas e as Demais Formas de remuneração dos Serviços Públicos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 65.

12 Decreto 20.910/1932 Art. 1º As dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda federal, estadual ou municipal, seja qual for a sua natureza, prescrevem em cinco anos contados da data do ato ou fato do qual se originarem.

13 Súmula 412, STJ
A ação de repetição de indébito de tarifas de água e esgoto sujeita-se ao prazo prescricional estabelecido no Código Civil.

Com efeito, se o fim destas receitas é a “aferição do inicial equilíbrio econômico-financeiro do contrato”, consoante o parágrafo único do dispositivo legal em análise, parece ficar claro que seu objetivo não é só viabilizar a modicidade tarifária, mas também uma parte pode ser revertida para a justa remuneração do concessionário. Caso assim não fosse, a expressão “a favor do concessionário” seria letra morta e despida de valor jurídico.”¹⁴

Trata-se, em suma, de uma forma de o concessionário obter renda por outras formas que não a transferência de renda dos usuários para o prestador do serviço.

Estas receitas podem ser alternativas – substituindo o pagamento de tarifa pelos usuários – ou complementares – prestando-se à diminuição do valor total da tarifa.

Além disso, podem ser acessórias ao objeto principal da atividade ou mesmo completamente estranhas ao serviço em si – no caso, ao serviço público de saneamento básico.

2. Serviços remuneráveis de saneamento básico

Conforme bem explicado nesta obra por Bruna Cavalcanti Drubi Burger no artigo “O Conceito de Saneamento”, o art. 3º da Lei 11.445/2007 reconhece a existência de quatro serviços públicos vinculados à atividade de saneamento: (1) abastecimento de água potável; (2) esgotamento sanitário; (3) limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos; e (4) drenagem e manejo das águas pluviais urbanas.

Segundo o Decreto regulamentador, os serviços públicos de saneamento básico incluem tanto a prestação dos serviços em si quanto a existência de infraestruturas e instalações destinadas exclusivamente a cada um deles (art. 2º, inc. XI, Decreto 7.217/2010).

Por evidente, todo este aparato implica custo que é nada desprezível.

Na linha do paradigma cultural reforçado desde a Lei de Responsabilidade Fiscal, a Lei 11.445/2007 prega a obrigatoriedade de a Administração Pú-

14 ALMEIDA, Aline Paola Correa Braga Câmara de. As Tarifas e as Demais Formas de remuneração dos Serviços Públicos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 232.

blica planejar¹⁵ a prestação destes serviços públicos de modo a atender à sua sustentabilidade econômico-financeira, dando especial assento, para este fim, à remuneração a título de contraprestação dos referidos serviços, devendo ser instituída sempre que possível (art. 29, *caput*, Lei 11.445/2007).

Além disso, como veremos a seguir, cabe destacar ainda que muitas vezes o regramento remuneratório do serviço de abastecimento de água se aproxima do referente ao serviço de esgotamento sanitário.

Havendo a delegação da execução do serviço a agentes privados, a consequência natural é que a remuneração se dê por meio de tarifa. Inclusive, o texto legal atribui primazia à remuneração destes dois serviços públicos (abastecimento de água e esgotamento sanitário) através deste modelo remuneratório (tarifário).

Além disso, a associação destes serviços é tão evidente que o próprio diploma legal permite que os serviços sejam cobrados por tarifas conjuntas ao invés de individualizadas (art. 29, inc. I, Lei 11.445/2007).

2.1. Serviços de abastecimento de água

Quanto ao serviço de abastecimento de água trata-se de serviço público específico e divisível, sendo plenamente possível a sua remuneração mediante taxas de serviços públicos ou tarifas (e eventuais receitas alternativas ou complementares).

Verdade que o art. 4º do Decreto 7.217/2010 descreve uma série de atividades que lhe integram, notadamente, a reservação de água bruta e tratada, adução das mesmas, bem como o tratamento em si.

Todavia, a fim de que o serviço seja remunerado, é preciso que algo seja fornecido, em quantidade mensurável e a pessoas identificáveis.

Outrossim, não se visualiza a possibilidade de remuneração (mediante taxa ou tarifa) destas atividades isoladamente identificadas, posto que, para o usuário, são meramente fases internas do serviço.

15 Para mais, ver, nesta obra, o artigo “Planejamento Público e Saneamento Básico” de autoria de Camila Gonçalves da Silva & Sérgio Foster Perdigão, no qual asseveram que o planejamento se dá por meio de uma tríplice vertente: aspectos político e administrativo, econômico e orçamentário.

É ilógico imaginar que o prestador do serviço queira cobrar de forma individualizada pela reservação ou mesmo tratamento de água sem que este bem chegue às torneiras dos usuários.

Isso não quer dizer que seus custos não devem ser levados em consideração, mas devem integrar de forma detalhada pelos responsáveis, a análise do valor da taxa ou tarifa.

Por outro lado, no caso de ausência de rede pública, as ações executadas por meio de soluções individuais e nas quais o usuário não dependa de terceiros para operar o serviço de abastecimento não são consideradas serviço público, escapando destes regramentos remuneratórios (art. 45, §1º, Lei 11.445/2007).

Cabe ainda destaque para o art. 8º, Decreto nº. 7.217/2010, que prevê a possibilidade de se estabelecer um cálculo progressivo do valor cobrado em razão do volume de água consumido.

Aliás, o STJ já havia se manifestado, antes mesmo da edição do referido Decreto, pela legalidade do cálculo da progressividade (escalonamento) das tarifas, arrimando o entendimento noutros dispositivos do diploma legal¹⁶.

2.2. Serviços de esgotamento sanitário

Também os serviços de esgotamento sanitário são serviços públicos específicos e divisíveis.

O art. 9º, do Decreto 7.217/2010 reparte o esgotamento sanitário em quatro serviços: coleta, transporte, tratamento e disposição final.

A rigor, o mais lógico seria que só se pudesse cobrar pelo valor de cada um dos serviços prestados. Entretanto, como se verá a frente, o STJ definiu, mediante a sistemática dos recursos repetitivos, que basta que o prestador execute os dois primeiros (coleta e transporte) para que possa cobrar o valor total – dos quatro serviços. A título de parâmetro para estabelecer o valor a ser cobrado pelo serviço de esgotamento sanitário, o art. 10, do Decreto 7.217/2010 permite

16 ADMINISTRATIVO. SERVIÇOS DE FORNECIMENTO DE ÁGUA. COBRANÇA DE TARIFA PROGRESSIVA. (...) PRECEDENTES. 1. É legítima a cobrança de tarifa de água fixada por sistema progressivo. (...) Recursos sujeitos ao regime do art. 543-C do CPC. BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial nº.1113403/RJ, Primeira Seção, Relator. Ministro Teori Albino Zavascki. Disponível em julgado em <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 29 de julho 2017.

que serviço público de esgotamento sanitário seja fixado com base no volume de água cobrado pelo serviço de abastecimento de água.

Cabe ressaltar ainda que, conforme bem apontado nesta obra por Bruna Cavalcanti Drubi Burger no artigo “O Conceito de Saneamento”, o serviço público de esgotamento se restringe ao esgotamento sanitário, ou seja, de natureza domiciliar.

Significa dizer que o esgotamento industrial não é serviço público e, portanto, a princípio, não se sujeita as restrições e parâmetros das taxas e tarifas do setor.

Não obstante, o art. 9º, §1º do Decreto 7.217/2010 dispõe que as normas regulatórias poderão considerar como esgotos sanitários, também, os efluentes industriais dotados de características semelhantes às do esgoto doméstico.

Da mesma forma, no caso de ausência de rede pública, as ações de saneamento executadas por meio de soluções individuais e nas quais o usuário não dependa de terceiros para operar os serviços não são consideradas serviço público, escapando destes regramentos remuneratórios (art. 45, §1º, Lei 11.445/2007).

2.3. Serviço de limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos urbanos

Os serviços de limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos urbanos demandam uma análise um pouco mais vagarosa sobre sua classificação.

Isso porque, num primeiro momento, parecem serviços de natureza universal (*utiuniversi*), o que afastaria a aplicabilidade de taxas – próprias dos serviços específicos e divisíveis (*uti singuli*), nos termos do art. 145, II, CRFB.

Todavia, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula Vinculante nº. 19, na qual afirma que os serviços públicos de coleta e manejo de lixo e resíduos podem ser remunerados mediante taxa:

Súmula Vinculante nº. 19, STF.

A taxa cobrada exclusivamente em razão dos serviços públicos de coleta, remoção e tratamento ou destinação de lixo ou resíduos provenientes de imóveis não viola o artigo 145, II, da Constituição Federal.

Significa que a Suprema Corte entende que estes serviços possuem natureza específica e divisível (*utisinguli*) – sendo passíveis de remuneração mediante taxa.

Neste sentido, o art. 29, inc. II, da Lei 11.445/07 prevê que os serviços de limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos urbanos devem ser remunerados por taxas ou tarifas, conforme o regime de prestação de suas atividades. Mas fica a dúvida. Como mensurar a quantidade deste serviço a ser prestado a cada imóvel?

Solução usualmente adotada é empregar a metragem do imóvel, mas isso poderia esbarrar em outro empecilho, posto que metragem de imóvel é a base de cálculo do Imposto Predial Urbano (IPTU) e o art. 145, §2º, CRFB, veda que taxas possuam a mesma base de cálculo de imposto.

Todavia, o STF já solucionou a questão por meio da Súmula Vinculante nº. 29, que reconhece a constitucionalidade da adoção, na base de cálculo de taxas, de um ou mais elementos de base de cálculo de impostos, desde que não haja identidade absoluta entre elas¹⁷.

Destarte, a previsão de metragem como base de cálculo das taxas de limpeza urbana é constitucional desde que associada a outro critério.

Além disso, alinhado com o que descrito nesta obra por Bruna Cavalcanti Drubi Burger no artigo “o conceito de saneamento básico”, são excluídos do conceito de serviço público de limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos urbanos as ações e serviços de responsabilidade privada, entre os quais, o manejo de resíduos de responsabilidade do gerador – nos termos do art. 5º, Lei 11.445/2007.

Portanto, estas atividades não se submetem ao regime de taxa ou tarifário, e, se não forem efetivadas diretamente pelo responsável, não havendo que se falar em remuneração a prestador de serviço..

2.4. Serviço de manejo de águas pluviais urbanas

Quanto ao serviço de manejo de águas pluviais urbanas, a Lei 11.445/07 não apresenta um modelo fechado de custeio.

Cabe destacar que o sistema de manejo de águas pluviais, de forma geral, envolve galerias subterrâneas distintas das de fornecimento de água trata e de esgoto.

17 Súmula Vinculante nº. 29, STF. É constitucional a adoção, no cálculo do valor de taxa, de um ou mais elementos da base de cálculo própria de determinado imposto, desde que não haja integral identidade entre uma base e outra.

Estas galerias de águas pluviais, regra geral, encaminham estes volumes para corpos hídricos como lagos, lagoas, rios e o próprio mar.

Trata-se de serviço público nitidamente universal (*uti universi*) afastando, a princípio, a possibilidade de cobrança de tarifas e a incidência de taxas pela prestação de serviços públicos – que dependeriam de a atividade se configurar como específica e divisível (*uti singuli*).

Não obstante, o art. 36 da Lei 11.445/2007 tenta estabelecer um parâmetro para eventual cobrança pela prestação de serviços desta natureza, determinando que se leve em conta nos lotes urbanos, um a um, os percentuais de impermeabilização e a existência de dispositivos de amortecimento ou de retenção de água da chuva.

Mas, a princípio, não é fácil identificar uma forma de prestação deste serviço que se prete a ser remunerada (seja específica e divisível)

Assim, a melhor forma de custeio destas atividades parece ser por meio de valores não vinculados, tal como os ingressos em razão de impostos (tributos não vinculados).

Entretanto, pode-se cogitar de outras formas de custeio deste serviço e daquelas a ele conexas.

No caso das fiscalizações das obrigações atribuídas aos agentes privados em matéria de manejo de águas pluviais (como pode ocorrer em razão de loteamentos urbanos) podem incidir taxas de fiscalização¹⁸, em razão do exercício do poder de polícia – diferentes das taxas de (contraprestação) de serviços públicos.

Também é possível que alguma obra afeta ao manejo de águas pluviais urbanas cause valorização dos imóveis no entorno¹⁹. Nestes casos, é possível cobrar contribuição de melhoria (art. 145, III, CRFB) até o limite total da despesa realizada e do acréscimo de valor que da obra resultar para cada imóvel beneficiado (art. 81, CTN).

Por fim, é possível que haja algum aspecto do serviço do manejo de águas pluviais urbanas que seja interdependente de outro serviço de saneamento básico. Nesta hipótese, caso os serviços sejam prestados por pessoas diferentes, a

18 Não é incomum que o ordenamento do município determine que novos loteamentos urbanos devam possuir o tratamento primário do esgoto, e também não é incomum que simplesmente lancem este esgoto nas galerias pluviais – que não são próprias para receber este tipo de rejeitos. Neste caso, a fiscalização das águas pluviais poderia, em tese, sujeitar a uma taxa de fiscalização os referidos imóveis.

19 A título de exemplo, existem obras vocacionadas a diminuir alagamentos de determinadas áreas (v.g. com a instalação de grandes reservatórios subterrâneos de água pluvial).

relação entre eles deverá ser regulada por contrato (art. 12, Lei 11.445/2007) caso em que poderá haver a remuneração do prestador de serviço de manejo de águas pluviais urbanas pelo prestador do outro serviço por algum motivo.

3. Parâmetros para a instituição das tarifas e taxas para os serviços de saneamento básico

A Lei de Diretrizes do saneamento básico (Lei 11.445/2007) fixa uma série de parâmetros para a remuneração dos serviços de saneamento básico, partindo de diretrizes gerais para outras mais específicas.

3.1. Diretrizes gerais das tarifas e taxas

O art. 29 da Lei federal nº. 11.445/2007 estabelece as diretrizes para a remuneração dos serviços de saneamento básico.

Em primeiro lugar, a lei determina que se deve dar prioridade ao atendimento de funções essenciais relacionadas à saúde pública (art. 29 §1º, inc. I, Lei 11.445/2007), o que é relevantíssimo, haja vista a centralidade que os serviços de saneamento básico possuem na prevenção de doenças.

O princípio da universalidade (ou generalidade) dos serviços públicos é previsto já no art. 6º, § 1º da Lei 8.987/1995. Somando isso ao dever de garantir o mínimo existencial – e saneamento não se chama de “básico” por ser menos do que isso – a Lei 11.445/2007 dispõe que as taxas e tarifas devem atentar à ampliação do acesso dos cidadãos e localidades de baixa renda (art. 29, §1º, II, Lei 11.445/2007).

Cabe destacar que a ampliação do acesso a estes serviços não se dá apenas por meio de implantação de novas instalações e de infraestrutura, mas também por meio do estabelecimento de valores acessíveis.

Porém – ainda que com a intenção de ampliar o acesso da população de baixa renda a estes serviços – qualquer redução do valor de taxas porventura pagas se enquadra como isenção de taxas – ainda que parcial – e, portanto, dependerá da aprovação de lei do ente instituidor (art. 150, §6º, CRFB).

A fim de permitir o atendimento da orientação de ampliação do acesso, sem descuidar da regra de sustentabilidade econômico-financeira dos serviços pú-

blicos, a própria lei reconhece a possibilidade de haver subsídios tarifários e não tarifários aos usuários de localidades que não tenham capacidade de pagamento ou escala econômica suficiente para cobrir o custo integral dos serviços.

Importante chamar atenção ao elemento geográfico da norma. Isto porque ele não toma por base a capacidade econômica/contributiva do usuário do serviço público individualmente reconhecido, mas o da população da região levada em consideração (art. 29, §2º, inc. II, Lei 11.445/2007).

Entre as modalidades de subsídios, cabe destaque especial para os chamados subsídios cruzados. Nestes, cobra-se um valor de áreas superavitárias para custear outras áreas deficitárias. Quer dizer: o segmento mais rentável do serviço público custeia outro menos rentável – ou mesmo o custo integral deste segmento.

Como um desdobramento do próprio conceito de sustentabilidade econômico-financeira constante do *caput* do art. 29 da Lei 11.445/2007, bem como corolário do dever de planejamento do Estado, exige-se que, na instituição de taxas e tarifas para os serviços de saneamento básico, se atente à necessidade de geração dos recursos imprescindíveis à realização dos investimentos para que se alcance as metas e objetivos dos serviços de saneamento.

Por este motivo, determina-se que a remuneração pela prestação de serviço público de saneamento básico deve atentar à recuperação dos custos incorridos na prestação do serviço (art. 29, §1º, inc. III, Lei 11.445/2007).

Por este motivo, determina-se que a remuneração pela prestação de serviço público de saneamento básico deve atentar à recuperação dos custos incorridos na prestação do serviço. Custos estes que, por evidente, incluem a amortização dos investimentos já realizados e/ou capitalização para os investimentos futuros para a prestação do próprio serviço de saneamento básico que a taxa ou tarifa visa custear (art. 29, §1º, inc. V, Lei 11.445/2007).

Em consonância com o art. 225, CF, que estabelece o direito ao ambiente ecologicamente equilibrado, o art. 29, §1º, IV, da Lei 11.445/2011 prega que a remuneração pelos serviços públicos de saneamento deve visar inibir o consumo supérfluo e o desperdício de recursos (art. 29, §1º, inc. IV, Lei 11.445/2007).

Existem duas formas básicas de cumprir este comando legal: i) premiando aqueles que fazem uso eficiente destes serviços; e ii) punindo aqueles que fazem uso inadequado/exacerbado destes serviços.

Assim, por exemplo, quando os usuários fizerem um uso inferior ao padrão previsto para seu perfil (domiciliar, empresarial etc.) poderiam se beneficiar de um valor de referência mais baixo para o seu consumo (desconto).

Já os que fizerem uso superior ao referido padrão, se sujeitariam a um valor de referencia maior (majoração da tarifa).

É preciso atenção nestes casos, entretanto, para que não haja a restrição do acesso a estes serviços essenciais; também evitando que o valor da tarifa se torne motivo de enriquecimento sem causa (vedado pelo art. 884, CC) ou a transformação da taxa em sanção, o que não condiz com natureza dos tributos (art. 3º, CTN).

Alinhada com a principiologia geral do direito administrativo (art. 37, CRFB) e com a principiologia setorial dos serviços públicos (art. 6º, *caput*, e §1º Lei 8,987/1995), a lei comanda que a remuneração pelo serviço público estimule a eficiência dos serviços de saneamento, bem como o uso de tecnologias atuais e também eficientes em si mesmas, atentando à qualidade, continuidade e segurança na prestação de serviços (art. 29, §1º, inc. VII e inc. VIII, Lei 11.445/2007).

E isso tudo, por evidente, sem descurar da faixa de lucro da tarifa prevista para o permissionário ou concessionário de serviço público – que precisará investir seu capital na atividade – ou retorno para a Administração Pública, por meio da taxa, dos custos por ela assumidos quando do custeio do serviço público (art. 29, §1º, inc. VI, Lei 11.445/2007).

3.2. Parâmetros específicos de remuneração dos serviços de saneamento

A lei prevê parâmetros específicos da remuneração apenas dos serviços de limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos urbanos; e dos serviços de drenagem e manejo de águas pluviais.

Isso porque os serviços de abastecimento de água; e prestação do serviço público de esgotamento sanitário tiveram seus regramentos especiais vetados (arts. 33 e 34 do projeto de lei²⁰). Cabe uma ressalva, porém. Os dispositivos

20 “Art. 33. A cobrança pela prestação do serviço público de abastecimento de água deve ser realizada por meio de tarifas fixadas com base no volume consumido de água. § 1º Na inviabilidade de medição, a cobrança a que se refere o caput deste artigo pode ser feita por estimativa e deve levar em conta a renda e o consumo médio de água de cada uma das áreas atendidas. § 2º Em situação crítica de escassez de recursos hídricos que obrigue ao racionamento temporário, o sistema de remuneração poderá prever mecanismos de contingência, com o objetivo de administrar a demanda e garantir o equilíbrio financeiro da prestação do serviço.” Razões do veto: “Esse dispositivo é conflitante com

estabeleciam que a tarifa de abastecimento de água seria calculada com base no volume consumido de água, da mesma forma que a tarifa pelo serviço público de esgotamento sanitário.

E entre as razões de veto consta que isto poderia

“(...) implicar em aspectos de saúde pública, sendo indutor de consumo abaixo do mínimo recomendado, principalmente junto aos consumidores de baixa renda, com menor capacidade de pagamento.”

Não obstante, quando da regulamentação da referida lei, o chefe do executivo previu basicamente o mesmo regramento que outrora havia vetado.

Decreto nº. 7.217/2010

Art. 10. A remuneração pela prestação de serviços públicos de esgotamento sanitário poderá ser fixada com base no volume de água cobrada pelo serviço de abastecimento de água.

3.2.1. Parâmetros específicos da remuneração de serviços de limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos urbanos

Além das noções acima expostas o art. 35 da Lei nº. 11.445/2007 também define que as taxas ou tarifas decorrentes da prestação de serviço público de

o inciso I do art. 29, pois estabelece a tarifa como a única forma de cobrança pela prestação dos serviços de abastecimento de água. O inciso I do art. 29 ao estabelecer que a tarifa será utilizada de maneira preferencial, admitindo explicitamente a existência de outros preços públicos, aborda a questão de forma mais adequada. Além disso, o art. 33 ao estabelecer que as tarifas serão fixadas com base no volume consumido, seja medido ou estimado, impossibilita a adoção do mecanismo de tarifas mínimas e de tarifas sociais. Tal fato pode inclusive implicar em aspectos de saúde pública, sendo indutor de consumo abaixo do mínimo recomendado, principalmente junto aos consumidores de baixa renda, com menor capacidade de pagamento. Portanto, diante do conflito entre os dois dispositivos mencionados, propõe-se a manutenção do disposto no I do art. 29 e o veto do caput do art. 33. Em função do veto do caput, o § 1º também deverá ser vetado. Quanto ao § 2º, o mesmo é totalmente dispensável em função do assunto estar abordado no art. 46, inclusive de forma mais detalhada. Art. 34. A cobrança pela prestação do serviço público de esgotamento sanitário deve ser realizada por meio de tarifas, que poderão ser fixadas com base no volume de água consumido. Parágrafo único. Aplica-se ao serviço público de esgotamento sanitário o disposto no § 1º do art. 33 desta Lei. Razões do veto: Aplica-se ao art. 34 as mesmas considerações feitas no art. 33. Portanto, a proposição é de que o mesmo seja também objeto de veto.”

limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos urbanos devem levar em conta a adequada destinação dos resíduos coletados.

Quer dizer que o valor deve tomar em consideração os custos efetivos de destinação e tratamento dos resíduos.

Não obstante, segundo o referido dispositivo, também é preciso: 1) reconhecer os diferentes níveis de renda a população atendida; 2) as características dos lotes urbanos e das áreas que podem ser neles edificadas (não necessariamente que foram edificadas); e 3) o peso ou volume médio coletado por habitantes ou por domicílio.

Cabe lembrar que, conforme dito, existe súmula vinculante (nº. 19²¹) do STF que reconhece a possibilidade de taxa ser cobrada exclusivamente em razão dos serviços públicos de coleta, remoção e tratamento ou destinação de lixo ou resíduos provenientes de imóveis.

Também, que há outra súmula vinculante do STF (nº. 29), que reconhece a constitucionalidade da adoção na base de cálculo de taxas de um ou mais elementos de base de cálculo de impostos, desde que não haja identidade absoluta entre elas, o que permite que se tome a metragem de imóveis como um dos critérios para a definição do valor de eventuais taxas de limpeza urbana, ainda que esta seja a base de cálculo do IPTU.

3.2.2. Parâmetros específicos da remuneração de serviços drenagem e manejo de águas pluviais

Quanto ao serviço público de drenagem e manejo de águas pluviais urbanas, quando possível a cobrança de contraprestação pelo serviço, o art. 36 da Lei 11.445/2007 determina que se leve em conta nos lotes urbanos, um a um, os percentuais de impermeabilização e a existência de dispositivos de amortecimento ou de retenção de água da chuva.

Percentuais de impermeabilização indicam a área construída que impede que as águas da chuva sejam absorvidas naturalmente pelo solo.

Não obstante, também permite que seja levado em consideração o nível de renda da população da área atendida, bem como as características dos lotes

21 Súmula Vinculante nº. 19, STF. A taxa cobrada exclusivamente em razão dos serviços públicos de coleta, remoção e tratamento ou destinação de lixo ou resíduos provenientes de imóveis não viola o artigo 145, II, da Constituição Federal.

urbanos e as áreas que podem ser neles edificadas – isso porque pode haver restrições à edificação, tal como áreas de preservação permanente (limitações administrativo-ambientais à propriedade), que favorecem a grau de permeabilidade dos lotes (art. 36, Lei 11.445/2007).

3.2. Regramento da estrutura de taxas e tarifas

A par do descrito acima, a lei ainda estabelece os parâmetros gerais para a estruturação da remuneração pelos serviços de saneamento básico (taxa e tarifa).

Embora se trate de matéria afeta mais intimamente à economia, contabilidade e ciência da administração, a lei apresenta os elementos mínimos na precificação – seja por tarifa ou taxa – da contraprestação em razão dos serviços de saneamento básico.

Neste sentido, o art. 30 da Lei 11.445/07 prega o seguinte.

Primeiro, que taxas e tarifas devem levar em consideração as categorias de usuários, distribuídas por faixas de quantidades crescentes de utilização ou consumo (art. 30, inc. I, Lei 11.445/2007).

O STJ já se manifestou a respeito da legalidade da instituição de faixas de consumo para as tarifas de água de acordo com as categorias de usuários.

Súmula 407, STJ

É legítima a cobrança da tarifa de água fixada de acordo com as ategorias de usuários e as faixas de consumo.

Também se determina que a estrutura da remuneração destes serviços públicos se paute pelos padrões de uso ou de qualidade requeridos.

Cabe exemplificar através do fornecimento de água tratada, cuja qualidade pode variar conforme o destino ao qual a água se destina, variando, da mesma forma, os custos para o tratamento. Daí a razão do dispositivo ao vincular o valor da taxa ou tarifa ao padrão de uso ou qualidade próprios (art. 30, inc. II, Lei 11.445/2007).

Além disso, o diploma legal requer que seja levada em consideração a quantidade mínima de consumo ou utilização do serviço público (art. 30, inc. III, Lei 11.445/2007).

Cabe gravar que a própria lei esclarece que a *mens legis* deste comando é garantir objetivos sociais, entre os quais: a preservação da saúde pública;

adequado atendimento dos usuários de menor renda; proteção do ambiente, entre outros.

Neste sentido, o STJ possui súmula na qual concorda com a possibilidade de cobrança de tarifa básica pelo uso de serviço público (no caso, de telefonia).

Súmula 356, STJ.

É legítima a cobrança da tarifa básica pelo uso dos serviços de telefonia fixa.

Ainda quanto à sustentabilidade econômico-financeira, esta é vinculada ao atendimento: 1) dos custos mínimos necessários à disponibilização dos serviços em quantidade e qualidade adequadas; e 2) da capacidade de pagamento dos consumidores (art. 30, inc. IV e VI, Lei 11.445/2007).

Por fim, existe uma possibilidade de variação sazonal dos valores das taxas e tarifas, tomando por base os ciclos significativos de aumento da demanda dos serviços (art. 30, inc. V, Lei 11.445/2007).

Esta opção é facilmente associável à disponibilidade hídrica, que, em tempos atuais, tem se apresentado escassa em razão dos períodos de seca, que ultimam por esvaziar as usinas hidrelétricas (das quais a matriz energética brasileira é altamente dependente) e gerar tarifas variáveis de energia elétrica segundo as chamadas “bandeiras”.

Inclusive, é importante que na regulação pela variação do valor da taxa ou tarifa as instituições dialoguem quanto à variação da tarifa de energia elétrica para que ambas sejam eficientes, de modo a evitar o sufocamento dos usuários e consumidores – que poderão ser financeiramente estrangulados pelo aumento simultâneo das tarifas (ou taxa) de energia e consumo de água potável – ou o esvaziamento desta medida – pela omissão na implementação de ambos os custos variáveis.

3.3. Dos subsídios

A própria lei de diretrizes do saneamento básico reconhece que a remuneração pelos serviços não pode ser aplicada em rígida uniformidade a todos os usuários. Tanto que prescreve a cobrança de tarifas diferenciadas aos usuários localizados em áreas de menor poder aquisitivo/capacidade contributiva.

Fica a dúvida: como compatibilizar este valor remuneratório mais baixo em áreas sem acesso franco aos serviços de saneamento – cuja instalação demanda

vultosos investimentos – com a universalização da prestação de serviços públicos vinculados ao saneamento básico?

Inexistindo almoço grátis – como explica o já vulgar jargão econômico – alguém precisará arcar com estes custos. É neste momento que surgem como válvula de escape jurídico os subsídios.

Mas não se deve deixar enganar. Os subsídios não são fontes mágicas de financiamento dos serviços públicos. Eles simplesmente constituem os canais que formalizam o modo através do qual os recursos financeiros saem de fontes contabilmente identificadas para o custeio de atividades de interesse público.

Entre as modalidades de subsídios, cabe destaque especial para os chamados subsídios cruzados. Nestes, cobra-se um valor de áreas superavitárias para custear outras áreas deficitárias.

Neste sentido, conforme já dito acima, a Lei prevê a existência de subsídios tarifários e não tarifários justamente para custear as taxas ou tarifas dos usuários e localidades que não tenham capacidade de pagamento ou escala econômica suficiente para cobrir o custo integral dos serviços (art. 29, §1º, Lei 11.445/2007).

Atente-se que, embora o dispositivo se refira apenas àqueles que não possam arcar com o custo integral, dando a entender que os subsídios não possam abranger a totalidade da taxa ou tarifa, parece razoável entender que a autonomia federativa (art. 18, CRFB) e a liberdade de exercício ou não da competência tributária – e de instituição de isenções tributárias – permite que o ente titular do serviço público escolha até mesmo se vai deixar de cobrar pela prestação dos serviços, arcando com a totalidade dos custos do serviço diretamente através do erário.

Na mesma linha do §2º do art. 29 da Lei 11.445/2007 o art. 31, inc. III da lei prevê a possibilidade de subsídios regionais, entre localidades, nos casos de gestão associada e de prestação regional.

O mesmo art. 31, em seus incisos I e III, reconhece a possibilidade de existirem subsídios diretos e internos (com a individualização dos titulares destes subsídios).

Por outro lado, também é possível que os subsídios possuam natureza mais genérica, caracterizando-se como indiretos, quando destinados ao prestador dos serviços; ou tarifários e fiscais, quando integrarem a própria

estrutura tarifária ou decorrerem da alocação de recursos orçamentários, inclusive as subvenções²².

Também é importante apontar a possibilidade de o poder concedente celebrar com o particular uma concessão especial: as chamadas Parcerias Público Privadas, reguladas pela Lei 11.079/2004.

Através das PPP's, efetiva-se a concessão de serviços públicos de grande vulto associados a obras públicas. Nelas, pode haver o custeio integral pela Administração Pública (Parcerias Administrativas) ou associado ao pagamento de tarifas pelos usuários do serviço público (Parcerias Patrocinadas), conforme bem explanado nesta obra por Rodrigo da Fonseca Chauvet no artigo "Parcerias Público Privadas no Setor de Saneamento Básico: potenciais vantagens e desvantagens".

3.4. Regulação e definição de tarifa

Sendo a figura reguladora distinta da executora caberá ao órgão ou entidade reguladora de saneamento básico estabelecer normas que impactem diretamente na remuneração pela prestação dos serviços públicos de saneamento.

Cabe destacar que o art. 32, que versava sobre a atribuição das agências reguladoras de saneamento foi vetado ao argumento de que não seria competência das entidades reguladoras fixar as tarifas, mas apenas os aspectos relacionados com a execução do contrato – quando muito, elementos afetos a revisões tarifárias²³.

22 Nos termos da Lei 4.320/1964, subvenções são despesas de custeio, tratando-se de transferências com objetivos assistenciais ou custeando empresas estatais. DESPESAS DE CUSTEIO (...) Art. 12. A despesa será classificada nas seguintes categorias econômicas: (...) § 3º Consideram-se subvenções, para os efeitos desta lei, as transferências destinadas a cobrir despesas de custeio das entidades beneficiadas, distinguindo-se como: I - subvenções sociais, as que se destinem a instituições públicas ou privadas de caráter assistencial ou cultural, sem finalidade lucrativa; II - subvenções econômicas, as que se destinem a empresas públicas ou privadas de caráter industrial, comercial, agrícola ou pastoral.

23 Art. 32. As tarifas incidentes sobre serviços públicos de saneamento básico serão fixadas pelas entidades reguladoras, devendo o seu valor ser preservado por meio das regras de reajuste e, quando for o caso, de revisão." Razões do veto: "Tal artigo é altamente questionável, uma vez que não é de competência das entidades reguladoras fixar as tarifas e sim tratar de aspectos relacionados com a execução do contrato, incluindo a qualidade dos serviços, estabelecendo normas, procedimentos para a fiscalização da prestação, incluindo os aspectos relacionados com os reajustes e as revisões de tarifa. Os aspectos relacionados com os reajustes e revisões de tarifas estão estabelecidos nos arts. 37, 38 e 39. Portanto, propõe-se o veto do art. 32."

Todavia, a Lei ainda é extremamente clara sobre as competências da figura reguladora para dispor a respeito das normas econômicas e financeiras relativas tanto às tarifas quanto aos subsídios (art. 12, §1º, inc. II, Lei 11.445/2007). Competência esta que, por evidente, deve se adequar aos parâmetros legais acima descritos.

Neste mesmo sentido, o art. 22, inc. IV, da Lei 11.445/2007 define como objetivo da regulação em matéria de saneamento a definição de tarifas que assegurem o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos atendendo também a mecanismos de induzam à eficiência e eficácia dos serviços públicos de saneamento, à modicidade tarifária e à apropriação social dos ganhos de produtividade.

Significa que a regulação da tarifa deve permitir a ampliação do acesso aos serviços de saneamento e, tanto quanto possível, sempre que a empresa se tornar mais eficiente, que parte do aumento dos lucros seja direcionado à sociedade, o que pode ser feito através da revisão tarifária²⁴.

Também é competência da entidade reguladora definir os mecanismos de pagamento de diferenças relativas a inadimplementos dos usuários, perdas comerciais e físicas (como vazamentos de água tratada) e outros créditos por ventura devidos (art. 12, §1º, inc. IV, Lei 11.445/2007).

A regulação destes parâmetros é de suma importância, especialmente no que tange ao princípio da eficiência (art. 37, *caput*, CRFB) e da modicidade

24 Neste ponto, entre os modelos básicos de revisão da estruturação das tarifas há um dilema entre incentivar a realização de investimentos no setor de saneamento ou diminuir as tarifas. “O modelo de regulação pelo preço-teto exige o estabelecimento de preço inicial (P_0) a cada início de ciclo tarifário, processo conhecido como revisão tarifária. Como a tarifa permanece fixa ao longo do ciclo, alterada apenas pela inflação e pelo fator X, o prestador percebe incentivo ao reduzir seus custos operacionais, pois pode se apropriar do excedente.

Outra abordagem, conhecida como regulação por comparação (*yardstick competition*), busca definir o nível das tarifas na revisão a partir da comparação entre as empresas do setor, levando em conta as diferenças entre áreas de concessão. (...) a revisão não implica repasse integral dos ganhos de produtividade obtidos ao longo do ciclo anterior. Já que a tarifa é construída pela comparação de eficiência entre prestadores, caso o prestado em questão seja mais eficiente que os demais, pode haver manutenção de altos lucros.

Como as tarifas são desvinculadas dos custos, o equilíbrio econômico financeiro do prestador pode ser comprometido, caso sua eficiência seja inferior ao admitido a partir da comparação do conjunto de empresas. A definição de tarifas de um prestador abaixo de seus custos pode comprometer sua capacidade de melhoria de eficiência e ameaçar a sustentabilidade de prestação (Acende Brasil, 2011).” MELO, Bruno Aguiar Carrara de; & TUROLLA, Frederico Araújo. Modelos de regulação tarifária e a lei n. 11.445/2007: as alternativas possíveis. In PHILIPPI JUNIOR, Arlindo (org.). Regulação do Saneamento básico. Barueri: Manole, 2013. p. 149.

tarifária (art. 6º, §1º, Lei 8.987/1995), evitando-se, assim, que o descaso ou má gestão pelo permissionário ou concessionário do serviço público de saneamento prejudique mesmo a acessibilidade a estes serviços.

Atente-se que, segundo estudo recentemente publicado, o Brasil perde cerca de 38% da sua água tratada – sendo que o Amapá chega a estratosféricos 78% de desperdício²⁵ – o que torna mais caro fazer com que o mesmo volume de água tratada chegue aos domicílios e empresas, pelo simples motivo de que é preciso tratar um volume maior para atingir o mesmo fim.

Se forem estabelecidos limites à incorporação tarifária das perdas físicas, o prestador de serviços será obrigado a diminuí-las, sob pena de prejudicar diretamente sua receita.

3.5. Regulação e definição de tarifa em caso de prestadores diversos de serviços de saneamento interdependentes

A atuação do ente regulador é ainda mais relevante para a remuneração dos serviços de saneamento nos casos em que houver mais de um prestador de serviços de saneamento cujos prestadores executem atividades interdependentes.

Isso porque, embora o art. 12 da lei defina que a relação entre estes múltiplos prestadores deva ser regulada por meio de contrato entre eles (art. 12, *caput*, Lei 11.445/2007) determina-se a criação de uma única entidade reguladora de todas as atividades e reconhece a esta figura reguladora atribuições que impactam nestas relações contratuais e, muito provavelmente, também na estrutura da remuneração dos prestadores dos serviços.

Outrossim, em primeiro lugar, a entidade reguladora deve definir as normas técnicas relativas à qualidade, quantidade e regularidade dos serviços prestados aos usuários e entre diferentes prestadores envolvidos (art. 12, §1º, inc. I, Lei 11.445/2007).

Esta regulação é extremamente sensível, posto que, a depender dos termos do contrato e do edital licitatório porventura existente, alterações posteriores

25 MAIA, Dhiego. FOLHA DE SÃO PAULO. 22/03/2016. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2016/03/1752364-brasil-perde-r-8-bilhoes-ao-ano-com-vazamento-de-agua-e-ligacao-irregular.shtml>>. Acesso em: 09 de fevereiro de 2017.

destes parâmetros podem alterar o equilíbrio econômico-financeiro da proposta do permissionário ou concessionário (art. 37, inc. XXI, CRFB), o que pode implicar necessidade de reajuste das tarifas ou dos valores porventura a serem pagos de uma prestadora à outra.

Inclusive, §4º do art. 12 da Lei 11.445/2007 determina que tanto as regras quanto os valores das tarifas a serem pagos aos demais prestadores, além da própria forma de pagamento entre eles (compensações, periodicidade *etc.*) deve ser previsto no edital de licitação.

Por evidente, caso a contratação se dê de forma direta (sem ser precedida de licitação, caso em que – salvo exceções – não existirá edital para tal certame) estes mesmos elementos deverão constar do contrato.

Destarte, é relevantíssimo que o órgão ou poder concedente mantenha-se sempre alinhado com a figura reguladora, a fim de que as determinações de uma e outra estejam afinadas.

Além de todo o acima exposto, a figura reguladora em matéria de saneamento também é competente para definir as normas econômicas e financeiras entre os diferentes prestadores envolvidos, bem como as garantias de pagamento de serviços prestados entre os diferentes agentes (art. 12, §1º, inc. II e inc. III, Lei 11.445/2007).

3.6. Regulação e definição de tarifa em caso de prestadores de serviços de saneamento intermunicipais

É possível que o mesmo prestador de serviço exerça a atividade em mais de um município, fato particularmente provável em regiões metropolitanas ou em casos simples de conurbação. Trata-se de prestação regionalizada dos serviços públicos de saneamento (art. 28, inc. I, Lei 11.445/2007).

Para estas hipóteses é possível, inclusive, a criação de entidades plurifederativas mediante consórcios públicos, regulados pela Lei 11.107/2005.

Nesta situação compete ao ente regulador definir o sistema contábil específico para os prestadores que atuem em mais de um município (art. 12, §1º, inc. V, Lei 11.445/2007).

Segundo o comando legal, a prestação regionalizada de serviços públicos de saneamento deve respeitar a uniformidade, tanto de regulação dos serviços quanto de sua remuneração.

Por óbvio, esta uniformidade não impede a existência de valores tarifários diversos segundo localidades de baixa renda – ou por hipossuficiência do usuário ou qualquer das causas de variação de tarifas acima descritas – até mesmo para ensejar a acessibilidade aos serviços (art. 14, inc. II, Lei 11.445/2007).

3.7. Regulação e definição de tarifa em caso de contingências e emergências

Além do acima exposto, a Lei 11.445/07 arrola entre as atribuições normativas da agência a definição das medidas contingência e emergências (art. 23, inc. XI, da lei).

Segundo o dispositivo, estas medidas podem chegar mesmo ao racionamento. Pela norma exegética de que quem pode o mais pode o menos, é perfeitamente plausível que, ao invés de prever como medida de contingência e emergência o racionamento, a entidade reguladora de saneamento preveja o aumento da remuneração pelos serviços de saneamento, tentando forçar a diminuição do consumo.

Cabe destacar que esta previsão contingencial é ontologicamente diferente da previsão de variação da remuneração de acordo com a sazonalidade da demanda – segundo ciclos significativos de aumento da demanda, previsto no art. 30, inc. V, da Lei.

Na variação sazonal, sabendo de antemão da existência de um padrão de variação, é possível programar-se para a variação da demanda e: ou aumentar os preços para evitar economicamente o uso excessivo; ou diminuir o valor da remuneração com o fim de ensejar a acessibilidade destes serviços.

Já na variação de contingência, trata-se de uma situação que foge da variação rotineira, tais quais secas excepcionais e que comprometam a segurança hídrica de determinada população.

Nestes casos, mais uma vez, é possível que a figura reguladora opte por aumentar os preços para forçar a diminuição da demanda ou diminuir os preços para garantir o acesso mínimo destes serviços.

Por óbvio, na tarifa é mais fácil apreciar esta função regulatória do que na taxa, cujos engessamentos constitucionais à sua alteração (especialmente a exigência de lei) podem tornar a figura muito menos maleável às alterações contextuais.

3.8. Remuneração e concessão de serviços de saneamento básico

Particularmente no que toca às hipóteses de concessão dos serviços de saneamento básico, a Lei nº. 11.445/2007 estabelece requisitos próprios, entre os quais questões diretamente ligadas à remuneração dos serviços.

O art. 11, inc. II, da lei prevê, entre as condições de validade dos contratos de concessão nesta matéria, a existência de estudo que comprove a viabilidade, não apenas técnica, mas econômico-financeira da prestação universal e integral dos serviços. Viabilidade esta que dependerá claramente das formas de remuneração deste serviço.

Não apenas isso. Também é requisito da concessão que existam normas de regulação que prevejam os meios para o cumprimento das diretrizes da Lei de Saneamento e que, entre estas, estejam elencadas as condições de sustentabilidade e equilíbrio econômico-financeiro da prestação do serviço eficiente.

Para tanto, devem estar incluídas: 1) sistema de cobrança e a composição de tarifas; 2) sistemática de reajustes e de revisões de tarifas; e 3) política de subsídios (art. 11, *caput*, §2º, Inciso IV, Lei 11.445/2007).

Embora a lei também se refira a sistema de cobrança, composição e sistemática de reajustes e revisões nos casos de taxas, cremos ser despidianda, visto que, regra geral, concessões são remuneráveis via tarifa, e não mediante taxa.

3.9. Dos reajustes e das revisões do valor da remuneração tarifária

Reajustes são a recomposição financeira prevista em contratos da Administração.

Segundo o art. 40, inc. XI, da Lei geral de Licitações e Contratos (Lei 8.666/1993), o critério de reajuste deve retratar a variação efetiva do custo de produção, admitindo-se a adoção de índices específicos ou setoriais, contados da data da apresentação da proposta.

Concisamente, reajuste é a atualização monetária aplicada ao contrato com a Administração Pública, no caso, repercutindo na tarifa.

Ainda no que pertine ao reajuste da tarifa, a Lei prevê que deve haver um intervalo mínimo de 12 meses entre uma e outra (art. 37, Lei 11.445/2007).

Instituto totalmente diferente é o da revisão tarifária, no qual a própria estrutura tarifária é reconstruída periodicamente.

Neste ponto, entre os modelos básicos de revisão da estruturação das tarifas há um dilema entre incentivar a realização de investimentos no setor de saneamento ou diminuir as tarifas.

“O modelo de regulação pelo preço-teto exige o estabelecimento de preço inicial (P_0) a cada início de ciclo tarifário, processo conhecido como revisão tarifária. Como a tarifa permanece fixa ao longo do ciclo, alterada apenas pela inflação e pelo fator X, o prestador percebe incentivo ao reduzir seus custos operacionais, pois pode se apropriar do excedente.

Outra abordagem, conhecida como regulação por comparação (*yardstick competition*), busca definir o nível das tarifas na revisão a partir da comparação entre as empresas do setor, levando em conta as diferenças entre áreas de concessão. (...) a revisão não implica repasse integral dos ganhos de produtividade obtidos ao longo do ciclo anterior. Já que a tarifa é construída pela comparação de eficiência entre prestadores, caso o prestado em questão seja mais eficiente que os demais, pode haver manutenção de altos lucros.

Como as tarifas são desvinculadas dos custos, o equilíbrio econômico financeiro do prestador pode ser comprometido, caso sua eficiência seja inferior ao admitido a partir da comparação do conjunto de empresas. A definição de tarifas de um prestador abaixo de seus custos pode comprometer sua capacidade de melhoria de eficiência e ameaçar a sustentabilidade de prestação (Acende Brasil, 2011).”²⁶

A lei prevê que as revisões poderão ser de dois tipos.

As periódicas (ou ordinárias) objetivam a distribuição dos ganhos e produtividade com os usuários e a reavaliação das condições de mercado.

Já as extraordinárias visam realinhar o equilíbrio econômico-financeiro do contrato nos casos em que houver fatos não previstos em suas cláusulas, fora do controle do prestador dos serviços e que alterem este equação econômico-financeira.

26 MELO, Bruno Aguiar Carrara de; & TUROLA, Frederico Araújo. Modelos de regulação tarifária e a lei n. 11.445/2007: as alternativas possíveis. In PHILIPPI JUNIOR, Arlindo (org.). Regulação do Saneamento básico. Barueri: Manole, 2013. p. 149.

Além disso, as pautas das revisões tarifárias serão definidas pelas entidades reguladoras correspondentes, condicionada a apresentação deste rol à coleta de subsídios dos titulares, usuários e prestadores dos serviços (art. 38, inc. I, II, §1º, Lei 11.445/2007).

Também prega que se poderá estabelecer nas revisões tarifárias mecanismos de indução à eficiência – inclusive fatores de produtividade e antecipação de metas de expansão, bem como de qualidade dos serviços – caracterizando-o, nestas hipóteses, como contrato de *performance* (art. 38, §2º e §3º, Lei 11.445/2007).

Além disso, os atores de produtividade podem ser definidos com base em indicadores de outras empresas do setor, o chamado *benchmarking*; ou como citado acima, regulação por comparação (*yardsickcompetition*).

Cabe destaque o permissivo legal para que a entidade reguladora do serviço de saneamento autorize o permissionário ou concessionário do serviço público a repassar aos usuários os custos e encargos tributários não previstos originalmente e por ele não administrados (art. 38, §2º, Lei 11.445/2007).

Por fim, o diploma legal determina que os reajustes e revisões devem ser tornados públicos com antecedência mínima de 30 dias com relação à sua aplicação (art. 39, Lei 11.445/2007).

3.10. Da remuneração acordada

O art. 41 da Lei 11.445/2007 abre espaço para o exercício da autoregulação da tarifa dentro de um ambiente heteroregulado.

Segundo ele, desde que previsto como alternativa nas normas da entidade reguladora, poderá haver a negociação direta das tarifas entre os grandes usuários e os prestadores de serviços, hipóteses em que, ouvido o regulador, poder-se-á fixar contrato específico regulando a matéria.

3.11. Da interrupção do serviço por falta de pagamento

Quanto à interrupção dos serviços de saneamento básico por inadimplemento, cabe destacar que a lei geral de concessões permite o corte do serviço pelo não pagamento (art. 6º, §3º, inc. II, Lei nº 8.987/95).

Por outro lado, a Lei 11.445/07 prevê expressamente a possibilidade de interrupção do serviço público – após notificação formal com antecedência mínima de 30 dias – em razão de inadimplemento, mas apenas para os casos abastecimento de água (art. 40, inc. V e §2º, Lei 11.445/2007).

Afora isso, a única ressalva do diploma legal é que, em casos de estabelecimentos de saúde, instituições educacionais e de internação coletiva de pessoas, bem como a usuário residencial de baixa renda, beneficiário de tarifa social, devendo haver prazos e critérios que preservem condições mínimas de manutenção da saúde das pessoas atingidas (art. 40, §3º, Lei 11.445/2007).

Neste diapasão, fica claro porque a lei não autoriza o corte nos outros três tipos de serviços públicos de saneamento básico: qualquer restrição a eles lesaria clara e frontalmente a dignidade humana, ao mesmo tempo em que geraria prejuízos a toda a coletividade por razões sanitárias.

Afinal, deixar de recolher esgoto, manejar águas pluviais e recolher resíduos pode gerar focos de zoonose (como o já notório *aedes aegypti*, transmissor de diversas mazelas) ou mesmo ensejar aberrações como as da infame obstrução do esgotamento sanitários realizada pela empresa estatal de águas e esgoto do Rio de Janeiro nos anos 2000²⁷.

Todavia, a alternativa de corte de abastecimento de água também permite franzir o cenho.

Embora não haja motivos para impedir o corte de abastecimento em imóveis com finalidade empresarial, não deveria ser crível a possibilidade restringir o acesso da população a água potável.

Atente-se que a própria lei geral de concessões prevê que os direitos dos usuários incluem aqueles arrolados no Código de Defesa do Consumidor (art. 7º, Lei nº 8.987/1995), e este determina que o consumidor não seja exposto a formas de cobrança constrangedoras (art. 42, Lei 8.078/1990).

Dito disso, frise-se que, talvez, a única coisa mais constrangedora do que suprimir o acesso de alguém à água seja negar-lhe acesso a esgotamento sanitário.

27 MENDONÇA, Alba Valéria. 23/05/07. Cedae inventa sistema que faz esgoto retornar à casa dos inadimplentes. Disponível em: <http://g1.globo.com/Noticias/Rio/0,,MUL41187-5606,00-CEDAE+INVENTA+SISTEMA+QUE+FAZ+ESGOTO+RETORNAR+A+CASA+DOS+INADIMPLENTES.html>. Acesso em: 10 de fevereiro de 2017.

Todavia, a jurisprudência existente no STJ parece caminhar noutro sentido: o da possibilidade de corte, já tendose manifestado neste sentido para outra atividade relevantíssima, a de fornecimento energia elétrica.

ADMINISTRATIVO - ENERGIA ELÉTRICA - CORTE – FALTA DE PAGAMENTO - É lícito à concessionária interromper o fornecimento de energia elétrica, se, após aviso prévio, o consumidor de energia elétrica permanecer inadimplente no pagamento da respectiva conta (L.8.987/95, Art. 6º, § 3º, II).²⁸

3.12. Da cobrança por serviço não prestado

Existe certa celeuma – notadamente quanto ao serviço de esgotamento sanitário – a respeito da cobrança por serviços (ou fases do serviço) não prestados.

Isso porque o art. 9º do Decreto nº. 7.217/2010, que regulamenta a Lei de Diretrizes Nacionais para o Saneamento Básico (Lei nº. 11.445/2007), elenca as atividades que compõem cada serviço público de saneamento básico.

Particularmente quanto ao serviço de esgotamento sanitário, ele é composto por: 1) coleta; 2) transporte; 3) tratamento; e 4) despejo adequado dos resíduos. Ocorre que é comum que as empresas faturem os pagamentos pela integralidade do serviço (todas as fases), mas só executem parte deste.

Em matéria de esgotamento, é comum realizarem apenas as duas primeiras fases (coleta e transporte).

A lógica leva naturalmente à conclusão de que a prática esbarraria na vedação ao enriquecimento sem causa (art. 884, CC) e no instituto do pagamento indevido, sujeito a repetição (art. 876, CC).

Todavia, o STJ possui entendimento em recurso repetitivo (julgado por maioria) de que se justificaria a cobrança da tarifa de esgoto quando a concessionária realiza a coleta, transporte e escoamento dos dejetos, ainda que não promova o respectivo tratamento sanitário antes do deságue – posto que se trataria de fase que poderia ser executada posteriormente.

Fundamenta a decisão no fato de que a legislação que rege a matéria daria suporte à cobrança da tarifa de esgoto mesmo ausente o tratamento

28 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 363.943/MG, Primeira Seção. Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 29 de julho de 2017.

final dos dejetos porque não estabeleceria que o serviço público de esgotamento sanitário somente existe quando todas as etapas forem efetivadas, além do que, não proibiria a cobrança da tarifa pela prestação de uma só ou de algumas dessas atividades²⁹.

Significa dizer que, para o STJ, bastaria a desincumbência de parte das fases do serviço público de esgotamento sanitário para ensejar a cobrança integral do serviço.

Não obstante, algo ainda mais grave ocorre. Existem situações em que nenhuma das fases do serviço público é prestada e, ainda assim, o prestador do serviço público cobra por ele.

Esta prática vai de encontro mesmo ao entendimento leniente firmado pelo STJ, posto que ele apenas permite a cobrança do valor integral do serviço quando parte dele (a fase do tratamento de esgoto, cuja execução seria efetivada posteriormente) é diferida.

Assim, os Tribunais vêm entendendo que quando o prestador de serviço público não for capaz de provar que executa qualquer das fases de saneamento básico, não pode cobrar pelo serviço que não é, em absoluto, prestado.

APELAÇÃO CÍVEL. CEDAE. SERVIÇO DE ÁGUA E ESGOTO. OBRIGAÇÃO DE FAZER CUMULADA COM REPETIÇÃO DE INDÉBITO. (...) PRESTAÇÃO DO SERVIÇO AINDA QUE PARCIAL

29 ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO. SERVIÇO DE ESGOTAMENTO SANITÁRIO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE COLETA E TRANSPORTE DOS DEJETOS. INEXISTÊNCIA DE REDE DE TRATAMENTO. TARIFA. LEGITIMIDADE DA COBRANÇA. (...) 2. À luz do disposto no art. 3º da Lei 11.445/2007 e no art. 9º do Decreto regulamentador 7.217/2010, justifica-se a cobrança da tarifa de esgoto quando a concessionária realiza a coleta, transporte e escoamento dos dejetos, ainda que não promova o respectivo tratamento sanitário antes do deságue. (...) 5. A legislação que rege a matéria dá suporte para a cobrança da tarifa de esgoto mesmo ausente o tratamento final dos dejetos, principalmente porque não estabelece que o serviço público de esgotamento sanitário somente existirá quando todas as etapas forem efetivadas, tampouco proíbe a cobrança da tarifa pela prestação de uma só ou de algumas dessas atividades. Precedentes: REsp 1.330.195/RJ, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, DJe 04.02.2013; REsp 1.313.680/RJ, Rel. Min. Francisco Falcão, Primeira Turma, DJe 29.06.2012; e REsp 431121/SP, Rel. Min. José Delgado, Primeira Turma, DJ 07/10/2002. 6. Diante do reconhecimento da legalidade da cobrança, não há o que se falar em devolução de valores pagos indevidamente, restando, portanto, prejudicada a questão atinente ao prazo prescricional aplicável as ações de repetição de indébito de tarifas de água e esgoto. (...) Processo submetido ao regime do artigo 543-C do CPC e da Resolução 8/STJ. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1339313/RJ, Primeira Seção. Rel. Ministro Benedito Gonçalves. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 29 de julho de 2017.

NÃO COMPROVADA. RESTITUIÇÃO SIMPLES DE TODAS AS FATURAS EFETIVAMENTE PAGAS. CABIMENTO. (...).³⁰

Conclusões

Conclui-se que existem quatro tipos de serviços públicos de saneamento básico e que podem ser custeados de mais de uma forma. Todavia, os principais meios são as remunerações – através de taxa e tarifa – pelos usuários.

Taxas submetem-se ao regime tributário, ao passo que as tarifas se submetem a um regramento um pouco mais flexível.

A figura reguladora dos serviços públicos de saneamento tem grande influência sobre o estabelecimento do valor e estrutura remuneratória dos serviços públicos, bem como dos critérios de reajustes e revisões.

Existem parâmetros legais comuns e outros específicos à definição dos valores remuneratórios de cada serviço público de saneamento básico, embora todos eles devam ser vocacionados à manutenção da sustentabilidade econômico-financeira do referido serviço público.

Referências

ALEXANDRINO, Marcelo & PAULO, Vicente. Direito Administrativo Descomplicado. 20^a ed.. Rio de Janeiro: FORENSE; São Paulo: MÉTODO, 2012.

ALMEIDA, Aline Paola Correa Braga Câmara de. As Tarifas e as Demais Formas de remuneração dos Serviços Públicos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. Concessão de serviços públicos: novas tendências. São Paulo: QuartierLatin, 2012.

AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. Distinção entre Usuário de Serviço Público e Consumidor. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº. 6, mai/jun/jul de

30 BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Processo nº. 0041712-21.2007.8.19.0001. Décima Sétima Câmara Cível. Rel. Desembargador Elton M. C. Leme. Disponível em: <www4.tj.jus.br>. Acesso em: 31 de julho de 2017.

2006. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br>> . Acesso em: 30 de janeiro de 2017.

BARROSO, Luís Roberto. Saneamento básico: competências constitucionais da união, estados e municípios. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-11-AGOSTO-2007-LUIS%20ROBERTO%20BARROSO.pdf>. Acesso em: 20 de maio de 2016.

MAIA, Dhiego. FOLHA DE SÃO PAULO. 22/03/2016. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2016/03/1752364-brasil-perde-r-8-bilhoes-ao-ano-com-vazamento-de-agua-e-ligacao-irregular.shtml>. Acesso em: 09 de fevereiro de 2017.

MELO, Bruno Aguiar Carrara de; & TUROLLA, Frederico Araújo. Modelos de regulação tarifária e a lei n. 11.445/2007: as alternativas possíveis. In PHILIPPI JUNIOR, Arlindo (org.). Regulação do Saneamento básico. Barueri: Manole, 2013.

MENDONÇA, Alba Valéria. 23/05/07. Cedae inventa sistema que faz esgoto retornar à casa dos inadimplentes. Disponível em: <http://g1.globo.com/Noticias/Rio/0,,MUL41187-5606,00-CEDAE+INVENTA+SISTEMA+QUE+FAZ+ESGOTO+RETORNAR+A+CASA+DOS+INADIMPLENTES.html>. Acesso em: 10 de fevereiro de 2017.

VETTORATO, Gustavo. A DIFERENCIAÇÃO ENTRE TAXA E PREÇO PÚBLICO: Sua Interpretação Doutrinário-Jurisprudencial e uma Possível Perspectiva Economicista. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-17-FEVEREIRO-2009-GUSTAVO%20VETTORATO.pdf>. Acesso em: 20 de maio de 2016.

ROSA Júnior, Luiz Emygdio F. da. Manual de direito financeiro e direito tributário. 19ª ed. Revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

Aspectos Tributários no Setor de Saneamento Básico

Pedro Henrique de Mattos Renno¹

Sumário: *Introdução; 1. Saneamento Básico e Tributação – Aspectos Gerais; 2. Incidência ou não de tributos na prestação dos serviços de saneamento básico e seu impacto no setor; 2.1. A Imunidade tributária e os Serviços de Saneamento Básico; 2.2. Impacto da Tributação do Saneamento Básico e o entrave à universalização; 3. Custos de Conformidade – Tax Compliance Costs; 3.1. Definição e tipos; 3.2. Custos de Conformidade e o Sistema Tributário Brasileiro; 4. Perspectiva do Setor e a Lei 13.329/16; 4.1. Perspectivas do Setor; 4.2. Lei 13.329/16 e o REISB; 4.3. Extrafiscalidade da Lei 13.329/16; 5. Conclusões; Referências*

Introdução

O presente trabalho se propõe a elencar os entraves e perspectivas dos encargos tributários², no sentido de demonstrar seu alto custo para o prestador de serviço de saneamento básico, seja ele do setor público ou privado, relacionando

1 Pós-graduando em Direito e Economia da Regulação e Concorrência pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Graduado em Direito pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Membro da Comissão de Estudos Regulados da OAB/RJ (CER). Membro do Grupo de Estudos de Direito Administrativo (GDA). Membro do Grupo de Estudo Compliance Rio. Assistente de Ensino da FGV/Rio. Advogado.pedro.renno@icloud.com

2 De antemão informamos que não é objeto deste artigo tratar da cobrança de tarifas pelas empresas de saneamento básico aos usuários, vez que esta cobrança não tem natureza tributária, mas sim mera contraprestação contratual. Neste sentido Ricardo Alexandre em sua obra “Direito Tributário – esquematizado”, página.138 vem dizer que “O regime jurídico a que estão submetidas as taxas é o tributário, tipicamente de direito público. Já as tarifas estão sujeitas a regime contratual, inclusive de direito privado.” e continua na página 140 dizendo que “tanto o STF quanto o STJ consideram que o valor pago pelos serviços de água e esgoto prestados por concessionária de serviço público não possui caráter tributário, possuindo natureza jurídica de tarifa ou preço público”. Ainda sobre este tema, ver o o artigo do autor Guilherme Pignataro no artigo deste livro “A remuneração pela prestação de serviços de saneamento básico”.

suas consequências – diretas e indiretas – no que diz respeito à universalização de seu acesso. Além disso, buscou-se trazer quais os meios capazes de tentar amenizar os impactos decorrentes da alta e complexa carga tributária.

Inicialmente, aponta-se os aspectos gerais do saneamento básico buscando analisar apenas os serviços de abastecimento de água e tratamento de esgoto, limitando também as análises seguintes a estas modalidades.

Em seguida, avaliar-se-á a possível incidência de imunidade tributária na prestação do serviço de saneamento básico, principalmente no que diz respeito às delegatárias de direito privado, analisando, sobretudo, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF).

Posteriormente, o artigo visará identificar quais os tributos suportados por todos os prestadores de serviços de saneamento básico, seja na Administração Pública – direta ou indireta – seja na esfera privada, de forma a quantificar os valores atribuídos a estes custos e verificar sua evolução durante os anos.

No tópico seguinte, inicia-se uma análise sobre os custos de conformidade na tributação que muitas vezes não são pensados como sendo integrantes dos gastos tributários e, por conseguinte, não são utilizados como argumento no momento de buscar incentivos da Administração Pública.

Por fim, o artigo analisará a perspectiva do setor e o advento da Lei 13.329/16, analisando seu impacto e como pode ajudar para o cumprimento do objetivo traçado pelo PLANSAB no que tange à universalização dos serviços até 2033.

Estes são alguns pontos que fazem com que a discussão sobre a alta tributação sobre as empresas de saneamento básico seja um ponto central no que tange ao alcance de seus objetivos. O intuito deste artigo é repensar a forma como é feito atualmente para que seja alcançado, num futuro próximo, nos aproximar das metas estipuladas no referido PLANSAB³, mesmo que hajam críticas⁴ no que tange às referidas metas.

3 O Plano Nacional de Saneamento Básico – PLANSAB, que teve início em 2013, estabeleceu metas desafiadoras para o setor de saneamento básico para o período entre os anos de 2014 e 2033, tendo como principal objetivo a universalização dos serviços de forma efetiva. Disponível em: <<https://www.cidades.gov.br/saneamento-cidades/plansab>>.

4 Para os senadores Randolfe Rodrigues(PSOL - AP) e Simone Teber (PMDB – MS) o Plansab foi elaborado com base em regras rígidas e otimistas que apenas levaram em consideração o momento atual do país, não prevendo desventuras econômicas como as que vem ocorrendo no Brasil. Ainda, acrescentam que uma instabilidade regulatória em conjunto com uma fiscalização não efetiva colaboram para que, de fato, as metas sejam mais difíceis de serem alcançadas. Dados estes que podem ser encontrados na revista Em Discussão: Os Principais Debates do Senado Federal. Ano7.nº27.maio

1. Saneamento Básico e Tributação – Aspectos Gerais

O saneamento básico, de modo geral,⁵ consiste em uma forma de serviço público essencial⁶, sendo um dos principais objetivos do setor, por força do princípio da universalidade, a democratização de seu acesso de maneira eficiente.

Ocorre que, para que o prestador – público ou privado – esteja apto para, de fato, iniciar a prestação, é necessário que invista um elevado valor financeiro, seja no que tange à implementação da infraestrutura necessária, seja em relação à execução e manutenção dos serviços. Os custos elevados se revelam como uma barreira a entrada para *players* neste mercado, retardando o objetivo de uma maior e mais efetiva expansão dos serviços.⁷

Um dos fatores que inviabilizam esta expansão é o alto valor de tributos inseridos na prestação do serviço que, atrelados a outros fatores, tais como questões de competência que permaneceram não resolvidas por anos até que o STF

2016.pág 05 e 06. Disponível em <http://www12.senado.leg.br/emdiscussao/edicoes/saneamento-basico/@@images/arquivo_pdf/>

- 5 Exclusão literal do conceito de serviço público dada pelo art. 5º da Lei 11.445. Vejamos: Art. 5º *Não constitui serviço público a ação de saneamento executada por meio de soluções individuais, desde que o usuário não dependa de terceiros para operar os serviços, bem como as ações e serviços de saneamento básico de responsabilidade privada, incluindo o manejo de resíduos de responsabilidade do gerador.* Ainda, para melhor entendimento, fazemos remissão ao artigo “Conceito de Saneamento Básico”, da autora Bruna Drubi, nesta obra.
- 6 Sobre o tema o Prof. Dr. Andre Saddy, no Capítulo I de sua obra Serviço Público de Transporte Aquaviário de Passageiros: uma análise focada no âmbito do Estado do Rio de Janeiro, Pág. 29 , indica que serviço público é toda atividade que a Administração efetua de forma direta ou indireta sob normas e controles estatais, visando a satisfazer necessidades essenciais ao desenvolvimento da sociedade, objetivando sempre um interesse público, sobre regime jurídico total ou parcial de direito público, porém sempre com pre- dominância deste último, com menção na Constituição, ou em lei, desde que em consonância com os princípios fundamentais, gerais e setoriais da ordem econômica e tendo o ente federativo a competência para a sua instituição.
- 7 Sobre questões a respeito da barreira à entrada nos serviços de saneamento básico e sobre a temática sobre a possibilidade de competição vis a vis monopólio natural, ver artigo de Marcelo Lesniczki : Desestatização Do Setor De Saneamento Básico: uma nova perspectiva de reorganização e desenvolvimento do setor a fim de atrair investimentos de capital privado”, nesta obra.

pacificasse seu entendimento⁸, bem como questões políticas e regulatórias ainda não solucionadas⁹ também prejudicam a referida expansão de forma eficiente.

Como será exposto durante este artigo, uma das soluções suscitadas diante da percepção governamental em relação ao retardamento no cumprimento das metas do PLANSAB seria a possibilidade de aplicação do princípio da extrafiscalidade¹⁰ e a criação de um mecanismo – através de Lei¹¹ – que desonerasse fiscalmente os prestadores no ramo do saneamento básico, de forma que os investimentos pudessem ser alavancados e com isso uma maior eficácia em sua universalização.

Portanto, o trabalho seguirá tratando sobre os aspectos tributários do setor de saneamento básico trazendo os principais fatores que inviabilizam ou atrasam a referida universalização eficiente do setor como um todo.

2. Incidência ou não de tributos na prestação dos serviços de saneamento básico e seu impacto no setor

2.1 A Imunidade tributária e os Serviços de Saneamento Básico

Antes de analisar de forma específica a incidência de tributos nos serviços de saneamento básico, devem ser entendidas primeiro as hipóteses

8 Sobre a ADI 1.842 e questões de competência em relação aos serviços de saneamento básico, vide artigo “Distribuição e conflitos de competências no âmbito do saneamento básico: município como ente titular da prestação do serviço”, dos autores Ana Paula de Almeida e Guilherme Mello e, ainda, e artigo “As Regiões Metropolitanas E O Serviço Regionalizado De Saneamento, do autor Rodrigo Garrido Dias”, ambos deste livro

9 Artigo André Saddy – “Regulação do saneamento básico: obrigatoriedade de existência de uma entidade que preste e outra que regule e fiscalize o serviços de saneamento básico”

10 Sobre o tema CORATTO, Bruno Pinto. O fenômeno extrafiscal no sistema tributário brasileiro. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11244&revista_caderno=26>

11 A Lei 13.329/16 tentou modificar o texto da Lei 11.445/07, no sentido de criar o Regime Especial de Incentivos para o Desenvolvimento do Saneamento Básico - REISB, com o objetivo de estimular a pessoa jurídica prestadora de serviços públicos de saneamento básico a aumentar seu volume de investimentos por meio da concessão de créditos tributários. (*caput* art. 54-Lei 13.329/16), porém parte do seu texto foi vetado pelo presidente Michel Temer – Art. 54 – C – impossibilitando a regulação no que diz respeito às diretrizes das concessões de crédito tributários.

de incidência do fenômeno da imunidade recíproca¹², que, inclusive, será explicado adiante.

Inicialmente, devem ser tratados como possíveis beneficiários da imunidade apenas membros da Administração Pública, seja direta ou indireta¹³, excluindo, portanto, particulares que buscam entrar neste mercado.

O instituto da imunidade recíproca deve ser compreendido como uma prerrogativa da Administração Pública por meio da qual os entes federativos são excluídos do dever de pagar impostos – e tão somente impostos¹⁴ – em determinadas hipóteses trazidas pelo art. 150, CRFB. Em outras palavras, de acordo com André Luiz Gonçalves Vieira Nunes¹⁵, a imunidade tributária reduz o espaço da competência para instituir tributos na medida em que retira parcela da competência atribuída, já que ao mesmo tempo em que deixa de cobrar, o ente deixa de pagar.

Corroborando com este entendimento, o art. 150, VI, “a” da CRFB traz consigo a seguinte redação:

“art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

(...)

VI – instituir **impostos** sobre:

a) patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros;” (**grifo nosso**)

Isto é, verifica-se portanto que a partir da leitura do inciso VI do art. 150 da CRFB os entes da Administração Pública estão isentos entre si de pagamentos de impostos, entretanto, o mesmo art. 150 da CRFB traz exceções que buscam delimitar o referido fenômeno tributário.

12 O objetivo deste tópico é tratar apenas a imunidade ligada aos impostos diretos, vez que, no que tange à impostos indiretos se aguarda manifestação do STF a esse respeito. Entretanto, manifesto opinião de que seja possível a incidência de imunidade, mesmo para impostos indiretos.

13 Dentro da Administração Indireta, cumpre indicar o AgR-RE 399307 – STF, que delineou as hipóteses de imunidade aplicada às Empresas Públicas, bem como os RE 631309 – STF que nortou a questão determinando que Sociedades de Economia Mista que prestem serviços públicos de água e esgoto gozariam de imunidade tributária recíproca.

14 Art. 150, VI da CRFB/88.

15 Nunes, André Luiz Gonçalves Vieira trata o assunto com propriedade em seu artigo “Imunidade tributária recíproca: aplicabilidade quanto aos impostos diretos e indiretos”;

Neste sentido, a fim de especificar e regulamentar como seria a aplicação do texto do dispositivo constitucional mencionado, o mesmo artigo, em seus parágrafos 2º e 3º, traz as seguintes redações:

§ 2º. A vedação do inciso VI, “a”, é extensiva às autarquias e às fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, no que se refere ao patrimônio, à renda e aos serviços, vinculados a suas finalidades essenciais ou às delas decorrentes.

§ 3º - As vedações do inciso VI, «a», e do parágrafo anterior não se aplicam ao patrimônio, à renda e aos serviços, **relacionados com exploração de atividades econômicas regidas pelas normas aplicáveis a empreendimentos privados, ou em que haja contraprestação ou pagamento de preços ou tarifas pelo usuário**, nem exonera o promitente comprador da obrigação de pagar imposto relativamente ao bem imóvel.(grifo nosso)

A partir da leitura dos parágrafos acima verifica-se que a regra da imunidade recíproca é limitada à Administração Pública – direta e indireta – e ainda possui exceções.

Sobre estas exceções, a partir da leitura do § 3º acima, verifica-se que a CRFB excluiu de forma expressa a imunidade nos casos em que o ente da Administração Pública (i) explore atividades econômicas regidas pelo Direito Privado **ou** (ii) onde haja contraprestação ou pagamento de preços ou tarifas pelo usuário.

Neste sentido, tendo em vista que uma das formas de arrecadação¹⁶ de empresas prestadoras de serviço de saneamento básico se dá através da cobrança de tarifas dos usuários do serviço, em um primeiro momento, não haveria a possibilidade de serem beneficiadas pela imunidade¹⁷, porém o STF vem relativizando este entendimento.

16 Sobre as formas de remuneração dos prestadores de serviço de Saneamento Básico, ver artigo do Guilherme Pignataro no artigo deste livro intitulado de “A remuneração pela prestação de serviços de saneamento básico”. Também corrobora sobre o tema a autora Aline Paola Camara, em seu livro “As Tarifas e as Demais Formas de Remuneração dos Serviços Públicos”, onde traz a diferenciação e especificidades sobre as (i) tarifas; (ii) taxas e (iii) preços públicos.

17 Isto independente da natureza jurídica de direito privado ou público, vez que estariam enquadradas na hipótese do art.150 §3º da CRFB.

A referida matéria¹⁸ é objeto principal dos debates decorrentes do RE nº 600.867, interposto pela SABESP¹⁹, cujo objetivo é exatamente definir se empresas da Administração Indireta, mesmo de caráter privado, independente de cobrarem tarifa de seus usuários ou não, por prestarem um serviço público, como é quase toda a cadeia dos serviços de saneamento, devam ser beneficiadas pela imunidade trazida pelo art. 150, VI da CRFB.

Parece-nos controversa esta temática, pois, mesmo que o serviço seja essencialmente público, que suas externalidades sejam de extrema importância para a sociedade, há casos em que é nítida a intenção meramente econômica na prestação dos serviços, como é o caso das delegatárias de direito privado.

Apesar de questões pendentes, conforme indicado acima, o STF no AgR-RE nº 631309 decidiu que tanto Sociedades de Economia Mista, quanto Empresas Públicas, entes da Administração Indireta, quando prestadoras de serviço público de água e esgoto, por se tratar de serviço público, que fora delegado pelo Estado, estariam sujeitas à imunidade tributária contida na CRFB. Vejamos parte do Acórdão:

*[...] CETESB, Empresa de economia mista que atua como uma agência do Governo do Estado de São Paulo responsável pelo controle, fiscalização, monitoramento e licenciamento de atividades geradoras de poluição, com a preocupação fundamental de preservar e recuperar a qualidade das águas, do ar e do solo. Atividade que se caracteriza pelo exercício do poder de polícia bem como na expedição de licenças, cuja cobrança não pode ser tomada como prestação de serviço para fins de tributação pelo ISS. Distinção entre empresas estatais que exploram atividade econômica e prestadoras de serviços que se ativam sob delegação do próprio Estado - Inteligência do art. 173, § 2º, em consonância com o art. 150, VI, "a", ambos da CF **Imunidade que se estende às empresas públicas ou de economia mista quando se ativam na condição de prestadoras de serviços públicos cujo controle pertence ao ente imune que as instituiu.**[...] (grifou-se)*

18 Este assunto é, ainda hoje, alvo de grandes discussões, portanto, não há pretensão em relação ao esgotamento do tema neste artigo.

19 A Sabesp é uma sociedade anônima de economia mista fundada em 1973 e atualmente é responsável pelo fornecimento de água, coleta e tratamento de esgotos de 366 municípios do Estado de São Paulo. Disponível em: < <http://site.sabesp.com.br/site/interna/Default.aspx?secaoId=505>>.

O STF já decidiu neste sentido no RE nº 399.307²⁰, que tratou especificamente hipótese em tela²¹. Naquela oportunidade, a suprema corte decidiu ser aplicável a imunidade às Empresas Públicas e Autarquias que prestassem o serviço público de água e esgotamento sanitário, porém, ressaltou que, para tanto, não poderiam distribuir lucros ou resultados a seus acionistas ou quotistas, direta ou indiretamente. Em caso análogo, RE nº 599.628, o STF seguiu no sentido de não estender às sociedades de economias mistas privilégios da Fazenda Pública, englobando, portanto a imunidade tributária. Veja-se:

FINANCEIRO. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. PAGAMENTO DE VALORES POR FORÇA DE DECISÃO JUDICIAL. INAPLICABILIDADE DO REGIME DE PRECATÓRIO. ART. 100 DA CONSTITUIÇÃO. CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. MATÉRIA CONSTITUCIONAL CUJA REPERCUSSÃO GERAL FOI RECONHECIDA.

Os privilégios da Fazenda Pública são inextensíveis às sociedades de economia mista que executam atividades em regime de concorrência ou que tenham como objetivo distribuir lucros aos seus acionistas. Portanto, a empresa Centrais Elétricas do Norte do Brasil S.A. - Eletro-norte não pode se beneficiar do sistema de pagamento por precatório de dívidas decorrentes de decisões judiciais (art. 100 da Constituição). Recurso extraordinário ao qual se nega provimento. (RE 599628 / DF - DISTRITO FEDERAL – REPERCUSSÃO GERAL Relator(a): Min. AYRES BRITTO - Relator(a) p/ Acórdão: Min. JOAQUIM BARBOSA - Julgamento: 25/05/2011 - Órgão Julgador: Tribunal Pleno)(grifo nosso)

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. IMUNIDADE RECÍPROCA. AUTARQUIA. SERVIÇO PÚBLICO DE ÁGUA E ESGOTAMENTO. ATIVIDADE REMUNERADA POR CONTRAPRESTAÇÃO. APLICABILIDADE. ART. 150, §3º DA CONSTITUIÇÃO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL.

1. Definem o alcance da imunidade tributária recíproca sua vocação para servir como salvaguarda do pacto federativo, para evitar pressões

20 Íntegra do julgado no link: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610335>>

21 Qual seja, a possibilidade de ser beneficiada pela imunidade recíproca empresa de saneamento básico que presta serviço cobrando tarifa de seus usuários.

políticas entre entes federados ou para desonerar atividades desprovidas de presunção de riqueza.

2. É aplicável a imunidade tributária recíproca às autarquias e empresas públicas que prestem inequívoco serviço público, DESDE QUE, ENTRE OUTROS REQUISITOS CONSTITUCIONAIS E LEGAIS NÃO DISTRIBUAM LUCROS OU RESULTADOS DIRETA OU INDIRETAMENTE A PARTICULARES, ou tenham por objetivo principal conceder acréscimo patrimonial ao poder público (ausência de capacidade contributiva) e não desempenhem atividade econômica, de modo a conferir vantagem não extensível às empresas privadas (livre iniciativa e concorrência).

(...) (RE 399307 AgR / MG - MINAS GERAIS - Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA - Julgamento: 16/03/2010 - Órgão Julgador: Segunda Turma)(grifo nosso)

Isto é, embora ainda haja discussão sobre o tema, tudo leva a crer que a imunidade tributária está primeiramente ligada ao fato da empresa realizar ou não a distribuição de lucros. Em segundo plano verifica-se a essencialidade do serviço público prestado, sendo deixado de lado a natureza jurídica do ente da administração indireta.

Portanto, no que tange a imunidade tributária aos entes da Administração Pública, conclui-se que (i) se pertencente à Administração Direta, há a incidência deste instituto, sem exceções, entretanto, (ii) em se tratando da Administração Indireta, o entendimento trazido pelo STF é que independentemente de como foram constituídas, prestando serviços público, seriam beneficiárias da imunidade tributária, salvo se distribuírem lucros a seus particulares ou tenham por objetivo principal conceder acréscimo patrimonial ao poder público de modo a conferir vantagem não extensível a empresas privadas concorrentes.

2.2. Impacto da Tributação do Saneamento Básico e o entrave à universalização

Passada a análise de aplicabilidade ou não da imunidade tributária aos prestadores de serviço de saneamento básico, passasse-se a analisar os tributos que podem ser inseridos na prestação dos serviços de saneamento básico.

Cumpre-nos destacar, antes de adentrar aos tributos incidentes, a não incidência de ISS sobre os serviços de saneamento, vez que foram vetados da lista de serviços anexa à Lei Complementar 116/2003 os itens referentes à prestação de serviços de saneamento ambiental, inclusive purificação, tratamento, esgotamento sanitário, congêneres e de tratamento e purificação de água.

De acordo com o Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento (SNIS), no ano de 2014, cerca de 9% do total gasto pelas empresas de saneamento de água e esgoto foi decorrente de despesas tributárias e fiscais incluídas no Despesas de Exploração (DEX), como PIS/PASEP e COFINS. Fora isto, cerca de 3,2% foram gastos em despesas tributárias e fiscais não contabilizadas pelo DEX, como IR e CSSL.

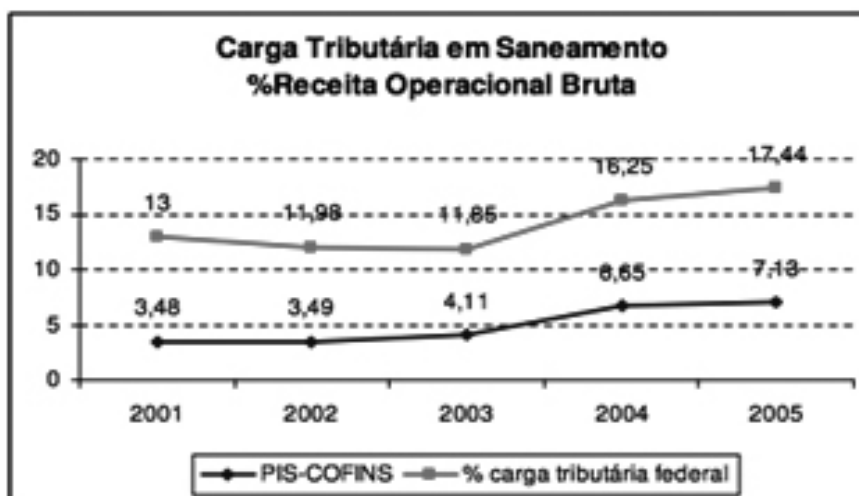
Tendo como base os entes da Administração Pública como prestadores do serviço, deve-se entender que, sobre estes, recairão contribuições sociais, como PIS/PASEP e COFINS, bem como impostos indiretos²² – tendo em vista o entendimento adotado em tópico anterior – como, por exemplo, o ICMS. No que tange aos prestadores privados, recairão, além destes, outros impostos como IPTU, IPVA, ICMS, ITCMD, de forma direta que, somados, distorcem ainda mais a diferença entre os encargos tributários entre o *player* do mercado privado e da Administração Pública.

Neste sentido, o principal objetivo é analisar como a taxação, principalmente do PIS/PASEP e COFINS, podem ser um obstáculo para a expansão dos serviços e, posteriormente, como o setor vislumbrou uma alternativa para este encargo.

Passando a análise dos números e como estes afetam a universalização do setor, cumpre-nos, com base no artigo de Glavany Lima Maia, retornar ao ano de 2002, quando houve uma mudança nas leis das referidas contribuições, modificando a alíquota base para a cobrança. No que tange ao PIS/PASEP, em decorrência da Lei 10.637/2002, houve o aumento de 0,65% para 1,65% no que tange a sua cobrança, já em relação ao COFINS, houve um aumento de 3% para 7%.

22 Sobre impostos indiretos: “o imposto direto é aquele que não repercute, uma vez que a carga econômica é suportada pelo contribuinte, ou seja, por aquele que deu ensejo ao fato impositivo (ex: IR, IPTU, IPVA, ITBI, ITCMD etc.). Por outro lado, o imposto indireto é aquele cujo ônus tributário repercute em terceira pessoa, não sendo assumido pelo realizador do fato gerador. Vale dizer, no âmbito do imposto indireto, transfere-se o ônus para o contribuinte de fato, não se onerando o contribuinte de direito (exemplos: ICMS 0065 IPI). (SABBAG, 2011, p. 408)”

Os aumentos indicados acima fizeram com que os gastos do setor, que já sofre com déficits históricos, aumentassem de forma significativa, conforme se verifica nos gráficos a seguir:



Fonte: AESBE, 2006, p.15. apud Glavany Lima Maia, 2007, p.75)



(Fonte: AESBE, 2006, p.15. apud Glavany Lima Maia, 2007, p.76)

Em 2009, as companhias prestadoras de serviços de água e esgoto informaram ao Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento (SNIS) suas despesas de exploração (DEX)²³, que chegaram à ordem de R\$ 14,7 bilhões, sendo que 13% deste valor, isto é, cerca de R\$ 1.9 bilhões, são correspondentes aos gastos tributários²⁴ ligados às despesas de exploração dos serviços de saneamento básico de água e esgoto.

Já no ano de 2014, conforme tabela abaixo retirada do site do SNIS, foi informado que os valores relativos aos tributos também ligados às despesas de exploração, no que tange somente às empresas prestadoras de serviço de saneamento pertencentes à Administração Pública, superou os R\$ 2.5 bilhões, dobrando o que se viu em 2009.

ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIRETA E INDIRETA			
Ano	Receita Operacional Total	Investimentos Totais	Tributos DEX (PIS/PASEP, COFINS, IPVA, IPTU, ISS)
2014	R\$41.044.483.084,08	R\$9.919.560.268,98	R\$2.507.417.471,88

(fonte: <http://www.snis.gov.br/diagnostico-agua-e-esgotos/diagnostico-ae-2014>)

Seguindo com o foco no PIS/PASEP e COFINS, que são os mais significativos, entre 2002 e 2003 ambas as contribuições passaram a vigorar em regime não cumulativo, isto é, passaram a incidir sobre todas as etapas intermediárias dos processos da prestação do serviço, desde a origem até o consumidor final, influenciando na composição de seu custo, que, atrelado ao aumento da alíquota, foi o que resultou no aumento da média de R\$ 500 milhões por ano entre 2000 e 2004 e um aumento para quase R\$ 3 bilhões de reais em 2014.

23 Despesas de Exploração (DEX) são equivalentes aos custos de exploração e correspondem aos valores de custeio (também chamadas despesas correntes), compreendendo despesas com pessoal próprio, produtos químicos, energia elétrica, serviços de terceiros, água importada, esgoto exportado, despesas fiscais ou tributárias computadas na DEX, além de outras despesas de exploração." Conforme diagnóstico dos Serviços de Água e Esgoto de 2014. Disponível em < <http://www.snis.gov.br/diagnostico-agua-e-esgotos/diagnostico-ae-2014>>.

24 De acordo com o Diagnóstico dos Serviços de Água e Esgoto de 2014, elaborado pelo SNIS, os gastos fiscais e tributários incluídos nas despesas de exploração – DEX – é “Valor anual das despesas realizadas com impostos, taxas e contribuições, cujos custos pertencem ao conjunto das despesas de exploração, tais como PIS/PASEP, COFINS, CPMF, IPVA, IPTU, ISS, contribuições sindicais e taxas de serviços públicos.”.Disponível em < <http://www.snis.gov.br/diagnostico-agua-e-esgotos/diagnostico-ae-2014>>.

Pode ser acrescentado que, além destes fatores, os serviços de saneamento têm uma cadeia de produção verticalizada, onde um de seus principais insumos – a água – é adquirida por meio de outorga pelo poder público, ou seja, não gera créditos tributários que possam “contrabalancear” seus débitos, o que fez com que, em poucas palavras, a conta “não fechasse”. Neste sentido manifestou-se Douglas Yamashita²⁵:

Como prestadoras de serviços adquirem poucos bens ou serviços de terceiros, não fazendo jus a créditos tão significativos quanto aqueles concedidos a contribuintes industriais ou comerciais em contrapartida da elevação das alíquotas do PIS de 0,65% para 1,65% e da COFINS de 3% para 7,6%, sua carga tributária sobre a receita bruta foi substancialmente majorada.

Conclui-se, portanto, que houve nos últimos anos um grande aumento na tributação do setor. Tal majoração que foi ocasionada tanto por mudanças legislativas, quanto pelas especificidades do setor, como visto acima. Neste sentido, por terem os serviços de saneamento básico, essencial importância para a sociedade, já que sua ampliação tem como consequência incontáveis externalidades positivas, representantes do setor tentam, de forma incessante, buscar subsídios e alternativas desonerativas para que os tributos pagos não pesem nesta balança ao ponto de travar a universalização dos serviços de saneamento.

3. Custos de Conformidade – *Tax Compliance Costs*;

3.1. Definição e tipos

Custo de Conformidade pode ser definido como o conjunto de custos que estão por trás do efetivo pagamento dos tributos ao Estado. De forma resumida, está ligado a toda estrutura montada para que as pessoas jurídicas, públicas ou privadas, possam se adequar ao sistema de tributação a que estão inseridas. Em outras

25 YAMASHITA, Douglas In: OLIVEIRA, Regis Fernandes e Silva, Renata Elaine (Coord.). Revista Escola Paulista de Direito. Direito Tributário Questões Atuais. São Paulo: 2009. p.69.

palavras, de acordo com Glavany Lima Maia²⁶, “são gastos com o gerenciamento e controle das atividades tributárias relacionadas ao sistema tributário”.

Neste sentido, pode-se entender que são todos os dispêndios ligados aos meios que o contribuinte suporta e adere para que esteja em conformidade com a realidade tributária daquele local. Importante ressaltar que os referidos custos tendem a se diferenciar de acordo com o país e o regime tributário nele instaurado. Aldo Vincenzo Bertolucci²⁷ entende que a variação da quantidade de custos de conformidade vai variar do país em análise, tendo em vista que um determinado país pode ter uma carga tributária muito alta e um sistema tributário racional, como pode ter uma carga tributária baixa e um sistema tributário caótico. No Brasil, paradoxalmente, existe a combinação de carga excessiva com sistema tributário de complexo e burocrático, o que amplia os custos de conformidade para o contribuinte.

Resumidamente, existem alguns tipos de conformidade, quais sejam (i) custos monetários e não monetários, (ii) obrigatórios e voluntários e (iii) transitórios e recorrentes. Buscando explicar, bem como exemplificar cada um deles, define-se custos monetários são aqueles intrínsecos ao desempenho financeiro dos negócios, por exemplo, adquirir o conhecimento necessários para o entendimento do sistema tributário, aquisição manutenção de sistemas contábeis, compilação de arquivos, honorários de profissionais especializados, etc. Já em relação aos custos não monetários, são aqueles intangíveis provocados pela mera operação do sistema tributário. Para Jeff Pope²⁸ são os custos psicológicos de estresse e ansiedade provenientes da obediência a um tributo específico ou a uma atividade relacionada a tributo, tal como auditoria de uma autoridade fiscal.

26 Sobre o tema: Maia, Glavany Lima. Custos De Conformidade À Tributação: Um Estudo De Caso Em Uma Empresa Estadual De Saneamento. Dissertação de Mestrado Profissional em Controladoria da Universidade Federal do Ceará. Ceará. 2007. Pág 13.

27 Bertolucci, Aldo Vincenzo, 2003, *apud* Maia, Maia, Glavany Lima. Custos De Conformidade À Tributação: Um Estudo De Caso Em Uma Empresa Estadual De Saneamento. Dissertação de Mestrado Profissional em Controladoria da Universidade Federal do Ceará. Ceará. 2007. Pág 13.

28 Tradução livre de trecho do seguinte artigo: POPE, Jeff. *The administrative and compliance costs of international taxation: an introduction for research students*. Curtin university, Austrália. Outubro 2000. Disponível em http://www.derecho.usmp.edu.pe/postgrado/maestrias/maestria_derecho_tributario/materiales/ciclo1/analisis_economico_impuestos/material/14_POPE_The_administration_and_compliance_costs_of_international_taxation.pdf *apud* Maia, Glavany Lima. Custos De Conformidade À Tributação: Um Estudo De Caso Em Uma Empresa Estadual De Saneamento. Dissertação de Mestrado Profissional em Controladoria da Universidade Federal do Ceará. Ceará. 2007. Pág 42.

Os custos obrigatórios, de acordo com Chris Evans²⁹,

[...] são aqueles que os contribuintes precisam incorrer para atender às obrigações tributárias, tais como conservação de livros fiscais; autorizações e permissões onde exigidas pela lei. Custos voluntários são principalmente associados com planejamento tributário ou elisão fiscal empreendida pelos contribuintes com objetivo de reduzir o ônus fiscal.

Por fim, os custos transitórios são comumente chamados de custos de início ou custos temporários, como treinamentos, cursos de introdução, eventuais consultores, etc. Os custos recorrentes, por sua vez, são aqueles que se mantêm, mesmo após a fase inicial para que possa estar apto a realizar aquele determinado trabalho, em outras palavras, são rotinas incorporadas à cultura da entidade.

3.2. Custos de Conformidade e o Sistema Tributário Brasileiro

Conforme já indicado no tópico acima, o sistema tributário brasileiro é conhecido internacionalmente por, entre outras, duas características (i) complexidade e (ii) alta carga tributária, o que, em conjunto geram ao contribuinte um alto custo para que possa se adequar às legislações que regulam o modo de adimplemento das obrigações tributárias.

No Brasil cada ente federativo – União, Estados, Municípios e Distrito Federal – tem sua competência tributária específica, de modo que os contribuintes devem se adequar de acordo com as especificidades de cada ente.

Sem criar uma discussão quanto à descentralização tributária, mas, se analisada pelo prisma dos custos de conformidade, é inequívoca a conclusão de que o aumento dos referidos custos é consequência natural, tendo em vista o modo que a estrutura tributária nacional foi montada.

29 EVANS, Chris. *The compliance and administrative costs of the TVM: What are the implications?* Australian Tax Research Foundation. A TAX and the Board of Taxation Tax Value Method Consultative Conference. 2001. Disponível em: http://taxboard.gov.au/files/2015/07/tvm_conference_evans.pdf apud Maia, Glavany Lima. Custos De Conformidade À Tributação: Um Estudo De Caso Em Uma Empresa Estadual De Saneamento. Dissertação de Mestrado Profissional em Controladoria da Universidade Federal do Ceará. Ceará. 2007. Pág 43.

Arelada à descentralização, pode-se verificar uma grande mudança legislativa, em um curto espaço de tempo. Em outras palavras, a instabilidade legislativa tributária requer do contribuinte constante atualização e, para isto, demanda investimentos em atividades como pesquisas, planejamento tributário e contratação de consultorias especializadas.

Diante disto, como estes custos afetam o setor de saneamento básico? Conforme já visto neste trabalho, o grande aumento da carga tributária que o setor sofreu nos últimos anos já é motivo de discussão sobre a forma de tributar. Os custos de conformidade, neste sentido, ampliam os gastos das empresas prestadoras deste serviço essencial, dificultando ainda mais a universalização dos serviços, vez que valores que poderiam ser investidos em infraestrutura e tecnologia, são destinados aos mais variados exemplos descritos em parágrafos anteriores.

Há muito o sistema tributário brasileiro é alvo de críticas de diversos estudiosos do setor que trazem propostas para desburocratiza-lo e torna-lo mais acessível e entendível.³⁰ Nesta esteira, um estudo feito pelo Marcos Cintra³¹ propõe a unificação dos impostos pela União, Estados e Municípios e traz como consequência que:

[...] a economia de custos da máquina arrecadadora do poder público e dos custos de pessoal administrativo do setor privado poderá chegar a 20% da arrecadação tributária bruta, acarretando uma máquina de 4,4% do PIB.

O desafio, por sua vez, é tornar os custos de conformidade perceptíveis para as empresas de saneamento básico de modo que não sejam meramente instintivas e possam – as empresas – monitorar, avaliar e remediar na medida de sua necessidade, documentando e evoluindo internamente neste sentido, promovendo como consequência prática uma melhor governança corporativa.

30 Neste sentido Melina Lukic em seu artigo “Reforma Tributária: a solução é o modelo canadense” que propõe a criação de um imposto único sobre o valor agregado (IVA), que reuniria impostos como ICMS, ISS, IPI, PIS e COFINS, simplificando um pouco o modelo presente atualmente. Já o Dr. Heleno Torres, em seu artigo “É urgente a reforma tributária do modelo de cobrança de crédito tributário”, acredita que não basta mudar a os rótulos dos tributos, se os modelos de fiscalização, lançamento e cobrança do crédito continuam os mesmos, isto é, burocrático, lento, custoso e antiquado. Palavras do professor.

31 CINTRA, Marcos. Tributação no Brasil e o Imposto Único. São Paulo: Makron, 1994.

Conclui-se, portanto, que independente da reforma tributária ocorrer ou não, é necessário que as empresas busquem documentar e avaliar quais custos de conformidade estão tendo e como isso afeta na efetiva prestação do serviço. Este é um bom argumento que pode fazer com que este tema seja melhor analisado na pauta política de modo a garantir uma efetivação maior na busca de uma melhor regulação tributária neste setor tão importante na economia.

4. Perspectiva do Setor e a Lei 13.329/16

4.1 Perspectivas do Setor

Após a exploração da sistematização tributária e quanto o setor questiona os índices de tributos que a eles são direcionados, analisa-se neste momento o que as empresas envolvidas acreditam que deva ser feito, em âmbito tributário, para estimular e melhorar os investimentos nos serviços.

Conforme já analisado, a carga tributária tem grande relevância no que tange aos valores envolvidos em todo arcabouço da prestação dos serviços de saneamento básico, portanto, buscou-se encontrar uma alternativa viável para que um fosse encontrado um meio termo que pudesse, através de uma possível desoneração tributária, expandir a universalização dos serviços.

Diante disto, a Adeilde Matias Carlos de Araújo³², demonstrou que os argumentos utilizados pela AESBE explicam e demonstram como o setor pode resolver a questão dos elevados tributos. Em resumo, a AESBE, em 2012, encaminhou para o Ministério das Cidades proposta com objetivo de desonerar os tributos PIS/PASEP e COFINS, com a condicionante de que os valores referentes ao pagamento desses tributos fossem redirecionados para investimentos no sentido de expandir os serviços.

De acordo com Adeilde, a ideia da AESBE é de que os tributos continuem sendo calculados e recolhidos, mas que retornem às empresas após estas haverem cumprido um patamar mínimo de investimentos. Ao retornarem, esses recursos deverão ser aplicados exclusivamente na expansão dos serviços.

32 ARAÚJO, Adeilde Matias Carlos de. Desoneração Tributária Do Setor De Saneamento Básico. Revista de Direito Internacional Econômico e Tributário - RDIET, Brasília, V. 8, nº 2, p. 343, Jul-Dez, 2013.

4.2. Lei 13.329/16 e o REISB

Após proposta apresentada pela AESBE ao Ministério das Cidades em 2012, o projeto de lei tomou forma e foi aprovado e sancionado em 2016, pelo presidente Michel Temer.

A referida lei instituiu os art. 54-A e 54-B na Lei 11.445/07, revogando o antigo artigo 54, criando o Regime Especial de Investimentos em Saneamento Básico (REISB), que visa estimular as empresas do setor a investirem na ampliação dos serviços tendo, em contrapartida, benefícios fiscais.

O REISB é uma alternativa temporária, vez que é válido até 2026, para que as metas estipuladas pelo PLANSAB sejam cumpridas até sua data limite – 2033. O art. 54-B transmite que somente serão beneficiárias do REISB a pessoa jurídica que realizar investimentos com foco na sustentabilidade, de acordo com o PLANSAB.

Seguindo, a Lei buscou criar critérios para que o benefício fosse concedido aos interessados. Neste sentido o §2º do art. 54-B da Lei 11.445/2007, onde limita a concessão somente aos projetos que comprovem, através de suas demonstrações financeiras o estipulado no caput do referido artigo e a empresas que tenham regularidade fiscal em relação aos impostos e às contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil.

Ainda, a lei, ao instituir o Art. 54-B, é explícita ao identificar as Pessoas Jurídicas que não poderão ser beneficiadas pelo REISB, quais sejam:

- a) Pessoas Jurídicas optantes pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas;
- b) Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional;
- c) Pessoas Jurídicas tributadas pelo imposto de renda com base no lucro presumido ou arbitrado;

Após o direcionamento referente a quem a lei se aplica ou não se aplica, este diploma restou por não determinar como o benefício fiscal seria conferido, vez que houve veto da inclusão do art. 54-C, que determinaria como o REISB, de fato, iria funcionar, deixando um vácuo legislativo para a materialização deste regime.

4.3. Extrafiscalidade da Lei 13.329/16

Inicialmente, a fim de adequar o leitor ao termo, busca-se trazer uma breve definição do tema que, em síntese, se traduz como algo além da mera tributação. A importância daquele setor para o governo que busca incentivar ou não seus investimentos.

Buscando exemplificar, ao conceder isenções fiscais para abertura de uma montadora de veículos em Resende, município do estado do Rio de Janeiro, aquele governo está atraindo investimentos daquele setor ao passo que, ao aumentar o valor de tributos relacionados à bebidas e ao cigarro, o governo desestimula o consumo destes produtos. A extrafiscalidade reside na obtenção dos tributos com base em certos valores, sejam constitucionais ou infraconstitucionais, pois excede a mera arrecadação e visa influenciar a economia do país³³.

No caso da lei em questão, vislumbra-se a tentativa de incentivar aos agentes que investirem no setor de saneamento básico, concedendo, em contrapartida, isenções fiscais no que tange ao PIS/PASEP e COFINS.

O que parece ser um entrave é o modo como será feito a referida concessão, vez que até o presente momento não houve consenso entre membros do legislativo e o Presidente da República, Michel Temer, já que artigo da lei que de fato regularia o modo que os incentivos ocorreriam, foi vetado.

Diante do veto, o setor aguarda uma nova regulamentação, tendo em vista que até o presente momento não houve nada regulamentasse de forma efetiva a concessão das garantias intentadas pela lei. Aguarda-se, nos próximos anos, o desenrolar deste tema.

5. Conclusões

Este trabalho buscou analisar o panorama atual do setor do saneamento básico tendo como base os aspectos tributários, trazendo não só os custos diretos dos agentes que estão inseridos na prestação dos serviços, bem como custos que estes mesmos agentes têm para estarem regularizados com o fisco, assim como a nova Lei que buscou trazer o REISB para o setor.

³³ Mais sobre o tema no link que segue: <https://jus.com.br/artigos/9151/a-extrafiscalidade-no-direito-tributario-e-suas-classificacoes>

Neste sentido, é demonstrada a intenção do setor de saneamento básico no Brasil no que tange à tentativa de criar propulsão para que este se expanda de maneira satisfatória. Viu-se que ainda é muito aquém do que de fato pode ser e o que todos esperam que seja.

Não é a toa que o PLANSAB estipula uma meta desafiadora para empresas inseridas na realidade do setor. O ano de 2033, paradoxalmente, parece estar mais distante a cada ano que passa, inobstante a presença de críticas por congressistas.

De fato, os aspectos tributários estão direta e indiretamente ligados à ampliação ou não dos serviços. Afinal, após a leitura e compreensão do presente artigo, podemos averiguar que, sejam prestadores estritamente privados, sejam de membros da administração pública, há - ao menos ainda - uma grande dificuldade que esbarra fortemente no modelo estrutural, complexo e vultoso, de tributos presente no Brasil.

A imunidade trazida pela Constituição não é o bastante para que dê forças à sua expansão. Além dos próprios tributos, também foi visto que ainda sim as empresas suportam um grande valor monetário para que se adequem à máquina tributária.

Os esforços para que possa haver uma adequação entre o volume a ser tributado de cada empresa do setor e uma concessão de créditos tributários não parece chegar ao fim com o advento da Lei. 13.329/16, já que ainda há uma controvérsia no que tange à formalidade literal e a formalidade prática de como a referida concessão irá criar vida.

Neste sentido, entende-se aqui por uma desvirtuação dos aspectos meramente formais de forma a analisar a questão do saneamento básico com um aspecto mais humano e menos burocrático, já que a essência brasileira ainda reside sobre a burocracia pela burocracia, sem alcançar grandes resultados. De fato a movimentação de riquezas deve se adequar a determinadas práticas e que não poderá haver - em nenhuma hipótese prejuízos à União.

Ocorre que, a cada minuto que há o pensamento de adequar o texto literário de forma que possa ser criada uma lacuna legal para uma real e eficaz concessão de créditos tributários, pessoas deixam de ser atendidas por rede de esgoto ou por sistemas de água potável.

Espera-se, portanto, que haja um efeito catalisador de forma que a Lei nº 13.329 possa ser regulada de modo que reflita na sua real intenção, trazendo para a prática os novos regimes de concessão de acordo com o critério “mais

investimento” *vis a vis* o número maior de benefícios, buscando – sobretudo – uma maior e melhor prestação dos serviços com uma relação equânime entre os investimentos e os tributos a serem cobrados pela Administração ao prestador do referido serviço.

Referências

ALMEIDA, A. P. C. B. C; SOUTO, M. J. V., coord.As Tarifas e as Demais Formas de Remuneração dos Serviços Públicos.Coleção Direito Regulatório. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris.2009.

ARAÚJO, Adeilde Matias Carlos de. Desoneração Tributária Do Setor De Saneamento Básico. Revista de Direito Internacional Econômico e Tributário - RDIET, Brasília, V. 8, nº 2, p. 317-350, Jul-Dez, 2013.

BERTOLUCCI, Aldo Vincenzo. Uma Contribuição ao Estudo da Incidência dos Custos de Conformidade às Leis e Disposições Tributárias: Um Panorama Mundial e Pesquisa dos Custos das Companhias de Capital Aberto no Brasil. Biblioteca Digital da USP.São Paulo.SP.2007.Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/12/12136/tde-18042007-145400/pt-br.php>>

BRASIL.LEI Nº 11.445, DE 5 DE JANEIRO DE 2007. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/111445.htm>.

BRASIL.LEI Nº 13.329, DE 1º DE AGOSTO DE 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>.

CINTRA, Marcos. Tributação no Brasil e o Imposto Único. São Paulo: Makron, 1994.

CORATTO, Bruno Pinto.O fenômeno extrafiscal no sistema tributário brasileiro. Disponível em <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11244&revista_caderno=26>.

DIAGNÓSTICO DOS SERVIÇOS DE ÁGUA E ESGOTOS – 2014. Publicado: Terça, 16 de Fevereiro de 2016. Disponível em: <<http://www.snis.gov.br/diagnostico-agua-e-esgotos/diagnostico-ae-2014>>.

EVANS, Chris. The compliance and administrative costs of the TVM: What are the implications?. In: Australian Tax Research Foundation. ATAX and the Board of Taxation Tax Value Method Consultative Conference. Disponível em <http://taxboard.gov.au/files/2015/07/tvm_conference_evans.pdf>.

GOUVÊA, Marcus de Freitas. A extrafiscalidade no Direito Tributário e suas classificações. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/9151/a-extrafiscalidade-no-direito-tributario-e-suas-classificacoes>>.

LUKIC, Melina Rocha. Reforma Tributária: a solução é o modelo canadense. Brasil.2017. Disponível em: <<https://jota.info/colunas/supra/reforma-tributaria-a-solucao-e-o-modelo-canadense-03072017>>.

MAIA, Glavany Lima. Custos de Conformidade à Tributação: Uma análise da percepção de gestores e colaboradores em uma empresa estadual de saneamento. ABCustos - Associação Brasileira de Custos - Vol. III nº 3 - set/dez 2008.

MARIANO, Luis Gustavo Saroba. ISS e Saneamento: A inexistência do fato gerador. Revista Sanear.19ª Edição, 2013.

MARTINS, Sérgio Pinto. Manual de Direito Tributário. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MELLO, Guilherme; e ALMEIDA, Ana Paula de. Aspectos Jurídicos do Saneamento Básico: “Distribuição e conflitos de competências no âmbito do saneamento básico: município como ente titular da prestação do serviço” p. 67.

NUNES, André Luiz Gonçalves Vieira. Imunidade tributária recíproca: aplicabilidade quanto aos impostos diretos e indiretos. REDAP – Revista de Direito da Administração Pública, Vol I, NºI, 2012.

PIGNATARO, Guilherme. Aspectos Jurídicos do Saneamento Básico: “A remuneração pela prestação de serviços de saneamento básico” do presente livro, p. 201.

PLADEVALL, Luiz Roberto Gravina. Menos tributos no saneamento. Disponível em <<http://www.segs.com.br/economia/21832-menos-tributos-no-saneamento.html>>.

POPE, Jeff. 2000. The administrative and compliance costs of international taxation: an introduction for research students. Curtin university, Austrália.

Outubro 2000. Disponível em: <http://www.derecho.usmp.edu.pe/postgrado/maestrias/maestria_derecho_tributario/materiales/ciclo1/analisis_economico_impuestos/material/14_POPE_The_administration_and_compliance_costs_of_international_taxation.pdf>

SABBAG, Eduardo. Manual de direito tributário. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011.

SADDY, André. Aspectos Jurídicos do Transporte Aquaviário de Passageiros. Serviço Público de Transporte Aquaviário de Passageiros: uma análise focada no âmbito do Estado do Rio de Janeiro, capítulo 1.pág.12.

SADDY, André. Aspectos Jurídicos do Saneamento Básico: “Regulação do Saneamento Básico: Obrigatoriedade da Existência de uma Entidade que Preste e Outra que Regule e Fiscalize os Serviços de Saneamento Básico” do presente livro, p. 129.

SCHIRATO, Vitor Rhein. Setor De Saneamento Básico: Aspectos Jurídico-Administrativos E Competências Regulatórias. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, 237: Pág. 119 à 141, Ed. de Jul/Set de 2004.

SILVA, Carlos Sérgio Gurgel da. Comentários À Lei Nº 13.329/2016, Que Institui O Regime Especial De Incentivos Para O Saneamento Básico – Reish. Revista de Filosofia do Direito, do Estado e da Sociedade – FIDES, Natal, V. 8, n. 2, jul./dez. 2016.

TORRES, Heleno Taveira.É urgente a reforma tributária do modelo de cobrança de crédito tributário.Brasil.2017.Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-abr-26/consultor-tributario-urgente-reforma-modelo-cobranca-credito-tributario>>.

Política Nacional de Resíduos Sólidos: Perspectivas, Impactos e Desafios para Efetividade

Flávio Luiz de A. Lôbo¹
Tábata Poleze Figueiredo²

Sumário: *Introdução; 1. Histórico da Gestão de Resíduos Sólidos no Brasil; 2. A Política Nacional de Resíduos Sólidos; 3. Principais Pilares da Política Nacional de Resíduos Sólidos; 3.1. Planejamento; 3.2. Preservação ambiental; 3.3. Logística Reversa; 3.4. Cooperativas; Conclusões; Referências.*

Introdução

A Política Nacional de Resíduos Sólidos - PNRS, aprovada pela Lei nº 12.305/10, introduziu uma perspectiva multisetorial para o manejo de resíduos sólidos no Brasil, pois previu um sistema de gestão integrada, fixando competências e obrigações positivas tanto para o setor público quanto para os particulares.

Inovou, dentre outros aspectos, pois a legislação brasileira vigente³ até então, apesar de regular a coleta e a destinação de resíduos sólidos, não previa meios adequados para lhe empregar efetividade, com prejuízo - ou descaso - à prevenção e à mitigação dos impactos decorrentes do manejo inadequado desses resíduos.

Institucionalizando perspectivas de caráter ambiental, social, cultural, econômico, tecnológico e de saúde pública, sob a premissa inabalável de promoção do desenvolvimento sustentável, a PNRS se sustenta sobre os pilares

1 Advogado, especialista em Direito Público pela Universidade Católica de Petrópolis e em Direito Administrativo Econômico pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

2 Bacharel em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Advogada.

3 Vide Lei 11.445/07 - Política Federal de Saneamento Básico.

da logística reversa, da preservação ambiental, do planejamento e da atividade de cooperativas de catadores.

Pretendemos, por meio do presente trabalho, analisar a implementação desses que consideramos os principais pilares da PNRS, bem como sua efetividade, na esperança de contribuir para o aprimoramento desse sistema e para a realização de um mundo melhor, para as presentes e futuras gerações.

1. Breve histórico da Gestão de Resíduos Sólidos no Brasil

Há grande dificuldade para se estabelecer um panorama fidedigno sobre a história do saneamento básico no Brasil. É o que leciona Emílio Maciel Eigenheer⁴, em razão da alegada ausência de registros históricos adequados na maioria das cidades brasileiras, restando poucos paradigmas para o desenvolvimento de estudos mais abrangentes, senão vejamos:

No Brasil há dificuldades para se estabelecer um panorama amplo e sistemático da questão da limpeza urbana. Trata-se de um país continental que se desenvolveu de forma muito desigual. Suas cidades guardam até hoje profundas diferenças regionais, culturais e de renda. Por outro lado, poucas se dedicaram à memória da limpeza urbana, estudos que certamente contribuiriam para uma visão mais precisa sobre esta questão no país. (...) Notícias de viajantes e documentos disponíveis mostram que o padrão higiênico das cidades brasileiras nos séculos XVI, XVII, XVIII e XIX deixava muito a desejar. (...) As cidades do litoral tinham quase sempre – e este é o caso do Rio de Janeiro – dificuldades para enterrar os dejetos e o lixo nas próprias residências ou em suas imediações. Eram regiões não raro pantanosas e excessivamente úmidas, com o lençol freático muito alto, o que impedia aquela prática. (...) Ainda segundo Joaquim Manuel de Macedo, nos meados do século XIX se procurou melhorar a situação buscando-se pelo menos ordenar essa prática. Horários para os tigres⁵, locais determinados de despejo, barris fechados e carroças para o seu recolhimento. A Câmara Municipal também procurou agir, estabelecendo posturas referentes à limpeza da cidade, buscando

4 Disponível em: <http://www.lixoeducacao.uerj.br/imagens/pdf/ahistoriadolixo.pdf>. Acesso em: 15 de outubro de 2016.

5 Denominação dada aos escravos, conhecidos também por cabungos, que transportavam lixo e rejeitos sanitários no Rio de Janeiro no início do século XIX.

disciplinar a difícil situação. Em 1854 a responsabilidade da limpeza da cidade passou para o governo imperial sem apresentar, contudo, maior sucesso. (...) Um fator marcante na limpeza urbana do Rio de Janeiro foi a implantação de um sistema de esgoto na cidade, em 1864, através de uma companhia inglesa – a The Rio de Janeiro City Improvements Company Limited –, pelo menos em parte da cidade. Isto possibilitou uma especialização na limpeza urbana, voltada propriamente para o lixo. (...) Em 11/10/1876 contratou-se a firma de Aleixo Gary, que foi um marco importante para a limpeza urbana do Rio de Janeiro. Daí a designação até hoje de “gari” para alguns empregados da limpeza urbana. (...) No Brasil, assim como no Rio de Janeiro, procurou-se introduzir, ao longo do século XX, novidades técnicas no tratamento de lixo. Inicialmente se buscou a alternativa da incineração e, posteriormente, das usinas de triagem e compostagem. (...) Na década de 1970 foi implantada a Usina de Irajá, e, em 1992, a do Caju. Disseminadas pelo país, essas usinas não constituíram experiências bem sucedidas como em outros países. Uma outra opção é a incineração, que, porém, é cara, e da qual restam ainda 10% de cinzas. Nenhuma técnica de tratamento pode prescindir, em última instância, de um aterro sanitário. A questão da destinação final continua precária em quase todo o país. Cerca de 50% do lixo gerado vai ainda para os vazadouros. A coleta seletiva foi implantada no Brasil a partir de 1985, inicialmente no bairro de São Francisco, Niterói. (...) Em 1988, Curitiba se torna a primeira cidade a ter o sistema. Hoje, mais de 200 cidades têm a coleta seletiva implantada.

Indo além, informações prestadas pelo Ministério do Meio Ambiente⁶ – MMA dão conta de que, em 1991, foi apresentado o Projeto de Lei 203, que dispunha sobre *acondicionamento, coleta, tratamento, transporte e destinação dos resíduos de serviços de saúde*, e com o passar dos anos foi complementado por outros projetos de lei, que levaria a Câmara dos Deputados a implementar, 10 (dez) anos depois, a *Comissão Especial da Política Nacional de Resíduos* com o objetivo de apreciar as matérias contempladas nos projetos de lei apensados ao Projeto de Lei 203/91 e formular uma proposta substitutiva global. Entretanto, com o encerramento daquela legislatura, a comissão foi extinta.

⁶ Disponível em: <http://www.mma.gov.br/cidades-sustentaveis/residuos-solidos/politica-nacional-de-residuos-solidos/linha-do-tempo>. Acesso em: 15 de outubro de 2016.

Em agosto de 2004, o CONAMA realiza o seminário “Contribuições à Política Nacional de Resíduos Sólidos”, visando à formulação de uma nova proposta de projeto de lei, entendendo que a Proposição anterior - Conama 259 – de 1999, estaria defasada.

Em 2007, foi aprovada a Lei do Saneamento Básico – Lei nº 11.445/07 – que estabelece as diretrizes nacionais para o saneamento básico, e informa, no inciso III do seu artigo 2º⁷, que os serviços públicos de saneamento deveriam observar como princípio que o manejo dos resíduos sólidos deveria ser realizado de formas adequadas à saúde pública e à proteção do meio ambiente.

A Lei nº 11.445/07 inovou ao permitir que as prefeituras contratassem organizações de catadores para a coleta seletiva de resíduos, mas foi somente 03 (três) anos depois dessa norma, com o advento da Lei nº 12.305/10, que institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos - PNRS, que foram estabelecidas metas objetivas, competências e obrigações para todas as pessoas físicas ou jurídicas, de direito público ou privado, responsáveis, direta ou indiretamente, pela geração de resíduos sólidos e as que desenvolvam ações relacionadas à gestão integrada ou ao gerenciamento de resíduos sólidos, o que será objeto de estudo a seguir.

2. A Política Nacional de Resíduos Sólidos (PNRS)

A Lei nº 12.305/10 define como gerador de resíduos sólidos toda pessoa, física ou jurídica, de direito público ou privado, que gera resíduos sólidos por meio de suas atividades, aí incluído o consumo. Todos, o Poder Público, o setor empresarial e a coletividade, são responsáveis pela efetividade das ações voltadas para assegurar a observância da Política Nacional de Resíduos Sólidos e suas diretrizes.

A norma reúne um conjunto de princípios, objetivos, instrumentos, diretrizes, metas e regras gerais a serem observadas tanto pelo Governo Federal, quanto por Estados, Distrito Federal, Municípios ou particulares, isoladamente ou em regime de cooperação, como forma de viabilizar o gerenciamento ambientalmente adequado dos resíduos sólidos no Brasil.

7 “Art. 2º Os serviços públicos de saneamento básico serão prestados com base nos seguintes princípios fundamentais: (...) III - abastecimento de água, esgotamento sanitário, limpeza urbana e manejo dos resíduos sólidos realizados de formas adequadas à saúde pública e à proteção do meio ambiente;”

Nesse contexto, a *gestão integrada* pressupõe, segundo os termos do artigo 3º, inciso XI, da Lei nº 12.305/10, um *conjunto de ações voltadas para a busca de soluções para os resíduos sólidos, de forma a considerar as dimensões política, econômica, ambiental, cultural e social, com controle social e sob a premissa do desenvolvimento sustentável*.

A lei instituiu regras claras sobre o tema, fixando prazo de 04 (quatro) anos para o fechamento dos lixões⁸ e obrigando a elaboração de Planos Municipais de Resíduos Sólidos, adotando uma visão articulada e includente de todos os atores sociais envolvidos no processo.

A despeito da objetividade das previsões da norma, dados apresentados no ano de 2016⁹ por entidade representativa de empresas do segmento, revelam que, comparando os anos de 2014 e 2015, nesse último ano foi gerado um total de 79,9 milhões de toneladas de resíduos sólidos no país, configurando um crescimento na produção de resíduos com relação aos anos anteriores.

Desse total, o montante coletado em 2015 foi de 72,5 milhões de toneladas, o que revela um índice de cobertura de coleta de 90,8% em todo o país e indica um total de 7,3 milhões de toneladas de resíduos sem coleta, logo, com destinação imprópria.

No que toca à destinação ou disposição final dos resíduos do volume coletado, houve aumento em números absolutos e no índice de disposição adequada em 2015: cerca de 42,6 milhões de toneladas de resíduos sólidos urbanos (“RSU”), ou 58,7% do coletado, seguiram para aterros sanitários, acumulando quase 30 milhões de toneladas de resíduos sólidos em lixões ou aterros controlados que não possuem o conjunto de sistemas e medidas necessários para proteção do meio ambiente.

A prática da disposição final inadequada de RSU ainda ocorre em todas as regiões e estados brasileiros, e 3.326 municípios ainda fazem uso desses locais impróprios.

8 Apesar do disposto no Art. 54 da lei, estão em tramitação no Congresso Nacional dois projetos que prorrogam o prazo lá previsto. Destes, o Projeto de Lei 2289/2015, aprovado no Senado e em tramitação na Câmara dos Deputados, dá prazo até 31 de julho de 2018, para capitais e regiões metropolitanas se adequarem; até 31 de julho de 2019, para municípios com população superior a 100 mil habitantes; até 31 de julho de 2020, para municípios com população entre 50 mil e 100 mil habitantes e até 31 de julho de 2021, para aqueles com população inferior a 50 mil habitantes.

9 Disponível em: <http://www.abrelpe.org.br/Panorama/panorama2015.pdf>. Acesso em: 29 de novembro de 2016.

Em cifras, o mercado de limpeza urbana apresentou evolução em todas as regiões do Brasil e movimentou, no ano de 2015, recursos correspondentes a R\$27,5 bilhões.

A geração de empregos diretos no setor de limpeza pública também registrou ligeiro aumento e atingiu 353,4 mil postos formais de trabalho no setor.

3. Principais Pilares da Política Nacional de Resíduos Sólidos

Este tópico pretende trazer nossas percepções sobre aqueles que consideramos os principais pilares da PNRS bem como comparar as principais metas instituídas que estejam relacionadas a esses pilares e os resultados encontrados até o momento.

Organizou-se tais metas sob a ótica de quatro principais pilares da PNRS, quais sejam: (i) planejamento – entendido como a necessidade de elaboração dos planos de resíduos sólidos; (ii) preservação ambiental – com foco na destinação adequada dos resíduos; (iii) logística reversa – sob a ótica da responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida dos produtos; e (iv) cooperativas – inserção dos catadores de materiais recicláveis no processo.

Tais pilares serão detalhados nos tópicos a seguir.

3.1. Planejamento

A Lei nº 12.305/2010 definiu como um dos instrumentos da Política Nacional de Resíduos Sólidos a elaboração dos planos de resíduos sólidos, entendidos como uma das principais ferramentas para o fortalecimento do planejamento e gestão da política pública em comento.

Estão sob a responsabilidade dos entes federativos a elaboração do Plano Nacional, estaduais, microrregionais e ou de regiões metropolitanas, intermunicipais e municipais de gestão integrada. Para o setor privado, a Lei elencou os geradores que estão sujeitos a elaboração dos planos de gerenciamento de resíduos sólidos, que não serão objeto de estudo deste artigo.

Observe-se, entretanto, que, ainda hoje, o Plano Nacional de Resíduos Sólidos não foi plenamente introduzido no ordenamento jurídico brasileiro, embo-

ra, no âmbito do planejamento, já tenha sido elaborada uma versão preliminar pelo Ministério de Meio Ambiente (“MMA”), e divulgada uma primeira versão em junho de 2011. Atualmente, a proposta do Plano foi apreciada por diversos Conselhos Nacionais e foi objeto de discussão em cinco audiências públicas regionais, uma audiência pública nacional e consulta pública via internet.

No entanto, para a aprovação do referido plano, ainda é necessária a apreciação pelo Conselho Nacional de Política Agrícola, que há anos não se reúne. Diante desse entrave, o MMA julgou oportuno propor a criação de um decreto dando autoridade ao Ministro da Agricultura para apreciar matérias de outras pastas, contemplando o Plano Nacional de Resíduos Sólidos.

Contudo, apesar dos esforços empreendidos, ainda não foi possível viabilizar a alternativa proposta, restando a versão preliminar do Plano Nacional de Resíduos o único instrumento de planejamento existente a nível nacional.

A minuta do Plano Nacional de Resíduos Sólidos prevê prazos para a implementação de planos estaduais e municipais. Com intuito informativo, o quadro abaixo apresenta as metas estabelecidas e a atual situação dos entes subnacionais, com base nos dados públicos mais recentes disponíveis:

Nível Federativo	Meta		Resultados	
	Abrangência	Prazo	Abrangência	Data-base
Planos Estaduais	100%	2013	48%	nov/16 [1]
Planos Municipais	100%	2014	33,5%	2013 [2]

[1] Sítio eletrônico do MMA

[2] Dados do IBGE

A nível estadual, verifica-se que, em novembro de 2016, apenas 48% dos Estados lograram implantar seus Planos contra uma meta de 100% até 2013. Em relação aos Municípios, com base nos dados mais recentes que puderam ser verificados, de 2013, apenas 33,5% dos Municípios do país contavam com o planejamento exigido pela política pública.

Dos Municípios que contam com o plano municipal verificou-se também quantos desses planos abrangiam outros Municípios, e identificou-se que apenas 23% dos planos existentes abrangem mais de um Município, naquele que seria o direcionador estratégico trazido pela lei ao instituir o princípio da cooperação entre as diferentes esferas do poder público (Art. 6º, VI).

Comente-se também que quanto aos planos estaduais e municipais, a Lei condicionou a elaboração dos mesmos para acesso a recursos da União, ou por ela controlados, destinados a empreendimentos e serviços relacionados à gestão de resíduos sólidos, ou para serem beneficiados por incentivos ou financiamentos de entidades federais de crédito ou fomento para tal finalidade.

Conclui-se, desse modo, que, do ponto de vista do planejamento, ainda existe amplo espaço para fortalecimento do PNRS, inclusive com maior cooperação entre as diversas esferas do poder público.

3.2. Preservação ambiental

Outro dos principais pilares, senão o principal, da PNRS é a lógica de preservação ambiental, que permeia toda a Lei 12.305/2010. Neste tópico, abordaremos a temática com foco na coleta, tratamento e (principalmente) disposição final adequada, principais desafios para o atendimento aos princípios de prevenção e precaução elencados na lei (Art. 6º, I) bem como ao objetivo de proteção da saúde pública e da qualidade ambiental (Art. 7º, I).

Neste sentido, vale dizer que o gerenciamento de resíduos sólidos é dividido em três operações: a coleta, o tratamento e a disposição final adequada.

A coleta consiste no recolhimento dos resíduos sólidos na fonte geradora e em sua transferência ao local de tratamento e/ou de disposição final adequada. Nas grandes cidades, onde os pontos de coleta se localizam mais distantes do aterro sanitário, também pode ser necessário a operação de transbordo, na qual os resíduos são transportados para estações de transferência onde são compactados e repassados a veículos com maior capacidade de carga e, então, levados ao local de disposição final.

O tratamento dos resíduos tem por objetivo minimizar os impactos ambientais e possibilitar que os resíduos retornem ao ciclo produtivo. A lei denomina a operação de tratamento de “destinação final ambientalmente adequada” que consiste na reutilização, reciclagem, compostagem, recuperação e o aproveitamento energético ou outras destinações admitidas pelos órgãos competentes do Sisnama, do SNVS e do Suasa.

Aqui é importante diferenciar os conceitos de resíduos sólidos e rejeitos. Para a PNRS, resíduos sólidos são os materiais/substâncias/bens descartados que podem receber algum tipo de tratamento, conforme exposto acima. Por

outro lado, rejeitos são os resíduos sólidos que, depois de esgotadas todas as possibilidades de tratamento e recuperação por processos tecnológicos disponíveis e economicamente viáveis, não apresentem outra possibilidade que não a disposição final ambientalmente adequada.

Por sua vez, a operação de disposição final dos resíduos significa a distribuição ordenada de rejeitos em aterros sanitários, observando normas operacionais específicas para construção e operação, de modo a evitar danos ou riscos à saúde pública e à segurança e a minimizar os impactos ambientais.

A seguir são explicadas as diferenças entre lixões, aterros controlados e aterros sanitários¹⁰. Os lixões são depósitos de lixo a céu aberto, sem nenhuma preparação anterior do solo, permitindo que o chorume penetre na terra com substâncias contaminantes para o solo e o lençol freático.

Já no aterro controlado, depois que o lixo é lançado no depósito recebe a cobertura por uma camada de terra. Este sistema minimiza o mau cheiro e o impacto visual e evita a proliferação de insetos e animais, porém não há impermeabilização da base nem sistema de tratamento do chorume ou do biogás, motivo pelo qual persiste o lançamento de efluentes contaminantes no solo e nos lençóis freáticos, sendo uma forma de disposição inadequada, podendo ser chamados de “lixões controlados”.

Por fim, no aterro sanitário os resíduos sólidos são dispostos adequadamente, uma vez que o terreno é preparado previamente com a impermeabilização do solo e o selamento da base com argila e mantas de PVC. Com esse processo, o lençol freático e o solo não são contaminados pelo chorume. Há também um sistema de captação dos efluentes para posterior tratamento. Além disso, os aterros sanitários contam com um sistema de captação e armazenamento ou queima do gás metano, resultante da decomposição da matéria orgânica. Vale mencionar, inclusive, que já existem algumas plantas no Brasil que utilizam o gás metano proveniente da decomposição para a geração de energia.

De forma geral, depreende-se da PNRS que a regra é fortalecer os processos de tratamento e recuperação de resíduos de forma a reintroduzi-los à cadeia produtiva. Em último caso, inexistindo tratamentos que sejam economicamente viáveis, os rejeitos devem ser dispostos em aterros sanitários.

10 <<http://blog.institutobrookfield.org.br/index.php/2012/08/entenda-a-diferenca-entre-lixao-aterro-controlado-e-aterro-sanitario>> Acessado em 20/01/2017.

Conforme será demonstrado a seguir, a realidade brasileira ainda está muito distante do ideal trazido pela PNRS e exige-se esforço considerável para que se eliminem as formas de disposição final inadequadas. Neste sentido, entende-se que a eliminação dos lixões e aterros controlados em conjunto com a disposição final adequada são os desafios mais urgentes no cenário brasileiro.

A PNRS instituiu a obrigação de eliminação dos lixões/aterros controlados e de implantação da disposição final adequada até 2014. A seguir serão apresentados os dados mais recentes encontrados, que identificam quanto dessa meta vem sendo cumprido.

A ABRELPE publica, anualmente, relatórios apresentando o panorama da gestão de resíduos sólidos no Brasil, com dados sobre a coleta e destinação dos resíduos sólidos urbanos ("RSU") no país. Segundo dados da instituição, em 2015 foram geradas 79,9 milhões de toneladas de resíduos sólidos urbanos, dos quais 72,5 milhões de toneladas foram coletadas, representando 90,8% do total.

Quanto à disposição final do volume coletado, o quadro abaixo apresenta o montante direcionado à disposição adequada preconizada pela PNRS - os aterros sanitários - em face dos resíduos com disposição inadequada, depositados em lixões ou aterros controlados:

	RSU coletados no Brasil (MM tons/ano)	Disposição Adequada (Aterros Sanitários)	Disposição Inadequada (Lixões e Aterros Controlados)
2010	54,2	57,5%	42,4%
2011	55,5	58,1%	41,9%
2012	56,6	57,9%	42,1%
2013	69,1	58,3%	41,7%
2014	71,3	58,4%	41,6%
2015	72,5	58,7%	41,3%

Fonte: Abrelpe - Panorama dos Resíduos Sólidos no Brasil 2011 - 2015

Conforme pode ser depreendido dos dados acima, desde a edição da PNRS, o percentual dos resíduos que recebe disposição adequada permaneceu estagnado. Pode-se concluir que o avanço no tratamento dos RSU não ocorre na velo-

cidade necessária para que o seu tratamento adequado se torne uma realidade no universo brasileiro. No atual ritmo, seria necessário mais de um século para que a integralidade dos RSU seja destinada aos aterros sanitários.

Quanto à meta preconizada pela PNRS de que todos os Municípios eliminem os lixões até 2014, a situação também é de estagnação dos esforços, conforme o quadro abaixo, que apresenta a quantidade de municípios por método de disposição adotado:

	Quantidade de Municípios			% de Municípios		
	Lixão	Aterro Controlado	Aterro Sanitário	Lixão	Aterro Controlado	Aterro Sanitário
2014	1559	1775	2236	28,0%	31,9%	40,1%
2015	1552	1774	2244	27,9%	31,8%	40,3%

Fonte: Abrelpe - Panorama dos Resíduos Sólidos no Brasil 2015

Fatores como a baixa capacidade institucional bem como a precária condição financeira da maioria dos Municípios brasileiros são entraves para que a disposição de resíduos sólidos urbanos seja adequada, sobretudo considerado que a implantação de aterros sanitários demanda considerável volume de investimentos e significativo custo operacional.

De acordo com estudo publicado na revista BNDES Setorial em set/2014, estimou-se a necessidade de investimentos da ordem de R\$ 2,5 bilhões para a implantação de aterros sanitários, com vida útil de três a quatro anos e de diferentes portes, para atender à necessidade de tratamento de RSU no Brasil¹¹ e atingir a meta de eliminação da disposição inadequada dos resíduos sólidos urbanos. Referido estudo conclui também que¹²:

As regiões Nordeste e Sudeste respondem, juntas, por 70% do total de RSU gerados no país e também por 70% do total de RSU destinado de modo inadequado no Brasil. Dessa forma, mostram-se regiões prioritárias como alvo de políticas públicas para o setor. As regiões Norte, Nor-

11 VITAL, Marcos H. F.; INGOUVILLE, Martin; e CABRAL PINTO, Marco Aurélio. Estimativa de investimentos em aterros sanitários para atendimento de metas estabelecidas pela Política Nacional de Resíduos Sólidos entre 2015 e 2019. *BNDES Setorial*. Rio de Janeiro, n. 40, set. 2014, p. 85.

12 Idem, p. 84-85.

deste e Centro-Oeste têm os maiores déficits de aterros sanitários, com apenas 30% dos resíduos sendo tratados com essa tecnologia, enquanto Sul e Sudeste destinam, em média, 70% de seus RSU a aterros.

Por fim, considerado o alto volume de investimentos necessário ante a baixa capacidade financeira da maioria dos Municípios brasileiros, devem ser pensados modelos que priorizem soluções intermunicipais para possibilitar ganhos de escala, inclusive para a eventual concessão dos serviços ao setor privado.

3.3. Logística Reversa

De acordo com a PNRS a logística reversa pode ser conceituada como “instrumento de desenvolvimento econômico e social caracterizado por um conjunto de ações, procedimentos e meios destinados a viabilizar a coleta e a restituição dos resíduos sólidos ao setor empresarial, para reaproveitamento, em seu ciclo ou em outros ciclos produtivos, ou outra destinação final ambientalmente adequada”.

A ideia de evitar o desperdício e reutilizar as coisas não é novidade e há referenciais históricos até mesmo na Bíblia, o livro sagrado cristão, onde o Evangelho de João - 6:12 - informa que Jesus teria dito a seus discípulos *“Recolhei os pedaços que sobraram pra que nada se perca”*.

Nos termos da PNRS, o objetivo da logística reversa está em fazer com que os resíduos retornem ao ciclo produtivo, por meio das seguintes modalidades: (i) reuso, em que os resíduos são reutilizados como produto sem necessidade de nenhum tratamento; (ii) remanufatura, em que são aproveitadas partes essenciais do resíduo para a construção de um novo produto com a mesma finalidade do produto original, e (iii) reciclagem, em que a funcionalidade original do produto não é mantida, mas são extraídas matérias-primas do resíduo que possam originar novos produtos.

A lei endereçou a logística reversa com base em dois princípios, quais sejam, o princípio do poluidor-pagador e da responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida dos produtos.

Segundo Tasso A. R. P. Cipriano, a consolidação no ordenamento brasileiro do princípio do poluidor-pagador representa, em termos regulatórios, a superação do chamado direito “clássico” dos resíduos, focado exclusivamente na eliminação controlada desses materiais pelo Poder Público, sobretudo municipal,

ante a adoção de uma abordagem que privilegie a prevenção e o reaproveitamento deles no circuito socioeconômico¹³.

No mesmo sentido, a responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida dos produtos impõe atribuições a diversos atores sociais, com o objetivo de minimizar o volume de resíduos e rejeitos bem como reduzir os impactos ambientais. Assim, para além do poder público, institui-se responsabilidade aos fabricantes, importadores, distribuidores (e demais elos da cadeia produtiva) e para os consumidores. Responsabilidade compartilhada, significa, em outros termos, que cada ator social tem um papel a cumprir. Sendo assim, foram estabelecidas obrigações para cada membro da cadeia produtiva.

Segundo disciplinado na própria Lei os objetivos da responsabilidade compartilhada consistem, dentre outros e resumidamente, em (i) compatibilizar os interesses entre os agentes econômicos e sociais; (ii) promover o aproveitamento de resíduos sólidos, direcionando-os para a sua cadeia produtiva ou para outras cadeias produtivas; (iii) reduzir a geração de resíduos sólidos, o desperdício de materiais, a poluição e os danos ambientais; (iv) incentivar a utilização de insumos de menor agressividade ao meio ambiente e de maior sustentabilidade; e (v) estimular o desenvolvimento de mercado, a produção e o consumo de produtos derivados de materiais reciclados e recicláveis.

Pode se dizer que a aplicação do princípio do poluidor-pagador em conjunto com o de responsabilidade compartilhada significa que o responsável pelos resíduos é quem deve suportar economicamente os seus custos sociais e ambientais. Portanto, é imposto aos geradores o dever de assegurar a gestão dos resíduos que produzam, arcando com os encargos econômicos necessários para tanto.

Exemplificativamente, segundo elencado na PNRS, incumbe aos fabricantes/distribuidores a responsabilidade de investir no desenvolvimento de produtos que sejam aptos, após o uso pelo consumidor, à reutilização, à reciclagem ou a outra forma de destinação ambientalmente adequada bem como cuja fabricação e uso gerem a menor quantidade de resíduos sólidos possível.

Pode se pensar, inclusive, que esse exemplo de responsabilidade dos fabricantes¹⁴ traduz a lógica por trás do sistema de logística reversa. Isto é, a obrigação de arcar com os custos de recolhimento/reaproveitamento/destinação adequada

13 CIPRIANO, Tasso Alexandre Richetti Pires. A juridificação dos resíduos no Brasil. In: PHILIPPI JR, Arlindo (Coord.). *Direito Ambiental e Sustentabilidade*. Manole, 2016, p. 164

14 Aqui entendido como um termo geral para designar fabricantes, importadores, distribuidores e comerciantes.

dos resíduos pelos produtores seria um incentivo a que a variável ecológica seja incorporada ao processo de concepção e design dos produtos.

Para Tasso A. R. P. Cipriano, “em termos teóricos, a responsabilidade pós-consumo é um instrumento que procura incentivar indiretamente as decisões de design em busca de aperfeiçoamentos ecológicos dos produtos, isto é, de suas qualidades ambientais, especialmente no que diz respeito à residualidade futura deles”¹⁵. O autor discorre ainda que:

Com efeito, na fase do design (ou da concepção) do produto são pensados vários de seus aspectos: custo dos insumos, fabricabilidade (manufacturability), compatibilidade com a cadeia de distribuição, funcionalidade, segurança etc. [...]. Por meio da responsabilidade pós-consumo, procura-se incorporar à tomada de decisão sobre esses elementos preocupações ecológicas referentes à composição (seleção de materiais) e estrutura dos produtos, haja vista elas serem determinantes de características relacionadas aos estágios de uso e pós-uso (ou fim de vida), tais como durabilidade, reparabilidade e reciclabilidade. Nesses termos, pelo fato de as decisões de design definirem os aspectos ambientais associados ao produto, entre os quais a quantidade e a qualidade dos resíduos gerados, elas são consideradas a raiz da questão¹⁶.

Assim, na medida em que o produtor é obrigado a executar a gestão pós-consumo de seus produtos e arcar com os respectivos custos, espera-se que ele opere mudanças no design de tais produtos com vistas a evitar ou reduzir os resíduos associados ao uso deles, afinal, quanto menos resíduos forem gerados, menores serão os custos de gestão.

Retomando a ideia de que cada membro da cadeia tem um papel a cumprir, aos consumidores foi atribuída a obrigação de acondicionar adequadamente e de forma diferenciada os resíduos sólidos gerados e disponibilizar adequadamente os resíduos sólidos reutilizáveis e recicláveis para coleta ou devolução, sempre que houver a coleta seletiva.

Por outro lado, aos titulares dos serviços públicos de limpeza e manejo de resíduos sólidos compete, dentre outras medidas, (i) adotar procedimentos para reaproveitar os resíduos sólidos reutilizáveis e recicláveis oriundos dos serviços

15 CIPRIANO, Tasso Alexandre Richetti Pires. *Op. Cit.*, p. 180.

16 *Idem*, p. 181.

públicos de limpeza urbana e de manejo de resíduos sólidos; (ii) estabelecer sistema de coleta seletiva; (iii) articular com os agentes econômicos e sociais medidas para viabilizar o retorno ao ciclo produtivo dos resíduos sólidos reutilizáveis e recicláveis oriundos dos serviços de limpeza urbana e de manejo de resíduos sólidos; (iv) implantar sistema de compostagem para resíduos sólidos orgânicos e; (v) dar disposição final ambientalmente adequada aos resíduos e rejeitos oriundos dos serviços públicos de limpeza urbana e de manejo de resíduos sólidos, priorizando a organização e o funcionamento de cooperativas ou de outras formas de associação de catadores de materiais reutilizáveis e recicláveis.

Tendo em vista as diversas cadeias produtivas existentes na atividade econômica do país, com graus diversos de danos ambientais gerados pelos seus resíduos e oportunidades de aproveitamento dos mesmos por meio da logística reversa, a PNRS elencou um rol mínimo de produtos cuja implantação do sistema de logística reversa é obrigatório.

São eles: agrotóxicos, pilhas e baterias, pneus, óleos lubrificantes, lâmpadas fluorescentes e produtos eletroeletrônicos (art. 33 da Lei 12.305/2010). Previu também que os sistemas seriam estendidos às embalagens plásticas, metálicas ou de vidro, a ser disciplinado por meio de regulamento ou acordos setoriais e termos de compromisso.

Nesse diapasão, a Lei nº 12.305/2010 definiu três instrumentos para a implantação da logística reversa, a saber: (i) regulamento; (ii) acordo setorial, e (iii) termo de compromisso. Essa implantação foi delegada, por meio do Decreto nº 7404/2010, ao Comitê Orientador para a Implantação de Sistemas de Logística Reversa¹⁷, que adotou os acordos setoriais como forma prioritária de efetivação da política, uma vez que permite grande participação de todos os entes envolvidos, o que é de suma importância em um sistema de responsabilidade compartilhada.

Vale dizer que o acordo setorial é um ato de natureza contratual firmado entre o poder público e fabricantes, importadores, distribuidores ou comerciantes, tendo em vista a implantação da responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida dos produtos.

17 O Comitê é presidido pelo Ministério do Meio Ambiente - MMA que desempenha, também, as funções de Secretaria Executiva. É composto por mais outros quatro ministérios: Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior - MDIC; Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento - MAPA; Ministério da Fazenda - MF; e Ministério da Saúde - MS.

A tabela abaixo traz o panorama atual sobre a implantação de referidos sistemas:

Cadeias	Sistema de Logística Reversa
Agrotóxicos, seus resíduos e embalagens	Implantado anteriormente a PNRS
Pilhas e baterias	Implantado anteriormente a PNRS
Pneus	Implantado anteriormente a PNRS
Óleos lubrificantes, seus resíduos e embalagens	Implantado anteriormente a PNRS
Lâmpadas fluorescentes	Acordo setorial publicado em 12/03/2015
Produtos eletroeletrônicos e seus componentes	Acordo setorial em negociação
Embalagens plásticas, metálicas ou de vidro	Acordo setorial publicado em 27/11/2015
Medicamentos ¹⁸	Acordo setorial em negociação

Fonte: SINIR

Cumpre ressaltar, conforme se depreende da tabela acima, que uma série de medidas de logística reversa já haviam sido instituídas no ordenamento brasileiro mesmo antes da edição da PNRS.

A reutilização de embalagens de agrotóxicos, por exemplo, é exigida desde a Lei 7.802/89 (atualizada pela Lei 9974/2000 e regulada atualmente pelo Decreto 4074/02 e pela Resolução Conama 465/2014), que define o papel de cada participante da cadeia em uma visão de responsabilidade compartilhada.

Segundo dados da Abrelpe/2015¹⁹, cerca de 94% das embalagens plásticas primárias de agrotóxicos, que entram em contato direto com o produto, e cerca de 80% do total de embalagens vazias de defensivos agrícolas que são comercializadas, têm destino adequado.

As demais cadeias produtivas cujos sistemas de logística reversa também precedem a instituição da PNRS são regidas pelas seguintes normas: i) Pilhas e baterias: Resolução nº 401/2008 e Instrução Normativa Ibama nº 8/2012; ii)

18 Destaque-se que o sistema de logística reversa de medicamentos, apesar de não constar no rol mínimo instituído pela Lei 12.305/2010, foi instituído após a aprovação do estudo de viabilidade técnica e econômica para implantação do mesmo pelo Comitê Orientador (Deliberação nº 8/2013).

19 ABRELPE. Panorama dos resíduos sólidos no Brasil 2015. São Paulo, 2016, p. 78.

Pneus: Resolução Conama nº 416/2009, e iii) Óleo Lubrificante Usado ou Contaminado: Resolução Conama nº 362/2005.

A título de exemplo, para o sistema de pneus foi criada em 1999 o Programa Nacional de Coleta e Destinação de Pneus Inservíveis e que levou à criação, em 2007, da Reciclanip, entidade gerenciadora que representa os fabricantes nacionais de pneus. A atuação desse sistema de logística reversa foi estendida a todas as regiões do país, também impulsionado pela Resolução CONAMA Nº 416/2009, que estabeleceu a obrigatoriedade da presença de pontos de coleta nos municípios com população acima de 100 mil habitantes.

Segundo dados levantados pela Abrelpe/2015²⁰, desde o início do programa, em 1999, até o final de 2014 foram coletados e corretamente destinados 3 milhões de toneladas de pneus inservíveis, o equivalente a 600 milhões de pneus de passeio. Esta marca alcançada no período decorreu da evolução contínua dos pontos de coleta de pneus inservíveis nos municípios brasileiros que eram 85 em 2004, e atingiram 834 pontos de coleta em 2014.

Conclui-se que no Brasil a problemática da logística reversa evoluiu bastante desde que esse desafio começou a ser enfrentado de forma incipiente na década de 90, embora ainda com foco limitado a segmentos específicos, sem diagnosticar o tema de forma abrangente. Tal qualificação sistemática, no entanto, adquiriu maturidade com a edição da PNRS, trazendo avanços relevantes na medida em que atribuiu responsabilidade aos atores envolvidos nas cadeias produtivas mais críticas para a implementação da logística reversa, com foco na responsabilidade compartilhada e no princípio do poluidor-pagador.

Destaque-se, por fim, que a grande conquista na atribuição dessa responsabilidade é o incentivo a que a variável ecológica seja incorporada à concepção dos produtos, de forma que o design de produto e sua produção já internalizem aspectos relativos ao seu pós-uso, tais como durabilidade, reparabilidade e reciclabilidade.

3.4. Cooperativas

A atividade de catação de resíduos sólidos no Brasil sempre foi estigmatizada e prestada por meio de relações informais de trabalho, o que, além de dificultar

20 Idem, p. 81.

o acesso dos trabalhadores a uma série de direitos trabalhistas, historicamente dificultou o reconhecimento da atividade pelos órgãos da administração pública e instituições de pesquisa.

Em 2007, a Lei 11.405 – Lei do Saneamento – inovou ao alterar a Lei de Licitações permitindo que municípios pudessem contratar cooperativas e associações de catadores para realizarem coleta, processamento e comercialização de resíduos sólidos sem a necessidade de licitação²¹.

Entretanto, o grande marco legal para a inclusão das cooperativas de catadores no cenário social e econômico brasileiro foi a Política Nacional de Resíduos Sólidos, que, em 2010, institucionalizou e deu destaque à função dos catadores de materiais recicláveis e suas cooperativas.

Conforme ressaltado em um estudo realizado pelo IPEA em 2016²² a palavra “catadores” é citada doze vezes no texto da lei da PNRS e está presente em seus instrumentos, princípios e objetivos, nas obrigações dos Estados, Municípios e União.

Nesse contexto, regulamentada a PNRS pelo Decreto 7.405/2010, impôs-se aos Municípios a priorização da participação de cooperativas e associações de catadores de materiais recicláveis na coleta seletiva.

Esse normativo instituiu o *Programa Pró-Catador*²³, com a finalidade de integrar e articular as ações do Governo Federal voltadas ao apoio e ao fomento

21 Segundo levantamento realizado pelo IBGE para elaboração do PNSB, tendo como referência o ano de 2008, foram identificadas 1.175 cooperativas ou associações de catadores, distribuídas em 684 municípios brasileiros e totalizando 30.390 trabalhadores (IPEA, 2011).

22 “Catadores de materiais recicláveis : um encontro nacional”. Bruna Cristina Jaquetto Pereira, Fernanda Lira Goes (organizadoras) – Rio de Janeiro : Ipea, 2016, p. 29. Disponível em http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/livros/livros/160331_livro_catadores.pdf. Acessado em 24/12/2016

23 “Art. 2º O Programa Pró-Catador tem por objetivo promover e integrar as seguintes ações voltadas aos catadores de materiais reutilizáveis e recicláveis: I - capacitação, formação e assessoria técnica; II - incubação de cooperativas e de empreendimentos sociais solidários que atuem na reciclagem; III - pesquisas e estudos para subsidiar ações que envolvam a responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida dos produtos; IV - aquisição de equipamentos, máquinas e veículos voltados para a coleta seletiva, reutilização, beneficiamento, tratamento e reciclagem pelas cooperativas e associações de catadores de materiais reutilizáveis e recicláveis; V - implantação e adaptação de infraestrutura física de cooperativas e associações de catadores de materiais reutilizáveis e recicláveis; VI - organização e apoio a redes de comercialização e cadeias produtivas integradas por cooperativas e associações de catadores de materiais reutilizáveis e recicláveis; VII - fortalecimento da participação do catador de materiais reutilizáveis e recicláveis nas cadeias de reciclagem; VIII - desenvolvimento de novas tecnologias voltadas à agregação de valor ao trabalho de coleta de materiais reutilizáveis e recicláveis; e IX - abertura e manutenção de linhas de crédito

à organização produtiva dos catadores de materiais reutilizáveis e recicláveis, à melhoria das condições de trabalho, à ampliação das oportunidades de inclusão social e econômica e à expansão da coleta seletiva de resíduos sólidos, da reutilização e da reciclagem por meio da atuação desse segmento.

De acordo com estimativa do Ipea datada de 2010, no intuito de subsidiar as políticas públicas de assessoramento aos grupos coletivos de catadores (cooperativas e associações), cerca de 11 (onze) anos depois da constituição da primeira cooperativa brasileira no segmento de catadores²⁴, o percentual de trabalhadores ligados a cooperativas e associações no setor estaria em torno de apenas 10% do total.

Nesse mesmo estudo, destacaram-se os motivos pelos quais haveria essa baixa adesão ao trabalho coletivo, dentre os quais i) que muitos catadores preferem atuar sozinhos, em nome de sua autonomia; ii) que há uma desinformação muito grande quanto às exigências para constituição de cooperativas e associações; iii) que o processo de criação desses empreendimentos exige conhecimento técnico especializado, tanto na sua constituição quanto na sua gestão; iv) que muitos catadores enxergam as cooperativas como um agente externo e não têm a consciência que elas são formadas e geridas por eles próprios, como verdadeiros donos do empreendimento.

Desde a PNRS, conforme estudo encomendado pela Secretaria Geral da Presidência da República – SGPR em 2014, através das diversas ações do governo federal, tiveram suporte um total de 1.017 empreendimentos constituídos por catadores de materiais recicláveis em 526 municípios brasileiros, dentre os quais estão 739 cooperativas e 828 associações de catadores, sendo beneficiados cerca de 30.240 profissionais do segmento²⁵.

Inobstante esses investimentos, segundo o Sistema de Informações de Economia Solidária (Sies), que realiza o levantamento nacional desses empre-

especiais para apoiar projetos voltados à institucionalização e fortalecimento de cooperativas e associações de catadores de materiais reutilizáveis e recicláveis."

24 No caso específico do setor da reciclagem, a primeira cooperativa formada por catadores que se tem registro no Brasil é a Cooperativa dos Catadores de Papel, Aparas e Materiais Reaproveitáveis (Coopamare), fundada em 1989 no município de São Paulo.

25 SILVA, RONALDA B. Estudo acerca da experiência dos catadores de resíduos sólidos na cadeia da reciclagem no Brasil – Brasil. Documento Técnico: Relatório analítico com dados sobre os empreendimentos econômicos solidários atendidos por ações do governo federal e outras cooperativas e associações existentes em outros bancos de dados, com produção de gráfico e geoprocessamento. Brasília: SGPR/Pnud, 2014

endimentos para verificar informações sobre suas diversas dimensões e aspectos de funcionamento, em sua edição realizada entre 2009 e 2012, envolvendo não apenas cooperativas e associações já regularizadas, mas também grupos informais sem regularização, foram mapeados 692 empreendimentos de reciclagem (com mais de 80% deles constituídos a partir de 2001), totalizando 21.164 mil trabalhadores envolvidos, restando localizada a maioria nas regiões Sudeste e Sul, com destaque para o Estado de São Paulo, com 276 empreendimentos mapeados.

Por outro lado, segundo o Movimento Nacional dos Catadores²⁶, haveria, já em 2014, aproximadamente 800 mil trabalhadores, entre formais e informais, que têm na coleta de resíduos sua principal ou única fonte de renda, revelando o baixo número de trabalhadores organizados por meio de cooperativas e associações.

Conclusões

A Política Nacional de Resíduos Sólidos institucionalizou uma nova perspectiva para o direito dos resíduos. Superou-se a ideia do direito da eliminação dos resíduos, centrada na preocupação da eliminação controlada dos resíduos no ambiente, para adotar uma abordagem que privilegia a preservação ambiental e o reaproveitamento dos resíduos no ciclo socioeconômico, seja por meio da reutilização, da reciclagem, ou de qualquer outro meio tecnicamente viável.

Andou bem ao incluir uma perspectiva interdisciplinar, de caráter ambiental, social, cultural, econômico, tecnológico e de saúde pública, com o objetivo da promoção do desenvolvimento sustentável.

Dentro dos pilares selecionados, quais sejam: (i) planejamento – entendido como a necessidade de elaboração dos planos de resíduos sólidos; (ii) preservação ambiental – com foco na destinação adequada dos resíduos; (iii) logística reversa – sob a ótica da responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida dos produtos; e (iv) cooperativas – inserção dos catadores de materiais recicláveis no processo, foram comparadas as principais metas instituídas pela PNRS e os resultados encontrados até o momento.

²⁶ Disponível em: <http://www.mnrc.org.br/noticias/noticias-regionais/mulheres-sao-maioria-entre-catadores-organizados-em-cooperativas>. Acesso em 28 de janeiro de 2017.

Do ponto de vista do planejamento grande parte dos Estados e Municípios ainda não elaborou seus respectivos planos de resíduos sólidos. Além disso, desde a edição da PNRS pouco evoluiu em relação à destinação adequada dos resíduos, que permanece estagnada no patamar de aproximadamente 58% do volume coletado. Sob o viés da logística reversa, há avanços relevantes no que consiste ao desenvolvimento teórico dos sistemas, mas ainda faltam dados sobre como cada sistema implantado tem se comportado. No que toca a organização dos catadores de resíduos em cooperativas e associações, ainda se verifica um baixo percentual de adesão por parte dos trabalhadores, em detrimento da sua capacidade produtiva, do valor econômico de seus serviços e, em última instância, da sua dignidade.

Contribuem significativamente para esse cenário a baixa capacidade institucional e a precária condição financeira da maioria dos Municípios brasileiros. É preciso pensar em modelos que viabilizem soluções intermunicipais para permitir ganhos de escala para Municípios menores e soluções coordenadas nas regiões metropolitanas.

Sabe-se que muitos Municípios brasileiros contratam com entes privados a prestação dos serviços de disposição final dos resíduos sólidos por meio de contratação baseado na Lei nº 8.666/93 (prazo de um ano, renovável até cinco anos). Acredita-se que tal modelo dificulta a realização dos investimentos de longo prazo exigidos. É necessário avançar na estruturação de arranjos institucionais sólidos por meio de concessões (comum ou PPPs), de forma a viabilizar os investimentos de longo prazo e a possibilidade de se utilizar de mecanismos de valorização de resíduos, tal como aproveitamento energético.

Por fim, é possível concluir que a Lei ainda não gerou os resultados esperados, e a questão carece de maior engajamento do poder público, setor empresarial e sociedade para que seu objetivo final seja alcançado.

Referências

ABRELPE. Panorama dos resíduos sólidos no Brasil 2015. São Paulo, 2016.

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. Plano Nacional de Resíduos Sólidos. Versão preliminar. Brasília, ago. 2012.

CIPRIANO, Tasso Alexandre Richetti Pires. A juridificação dos resíduos no Brasil. In: PHILIPPI JR, Arlindo (Coord.). *Direito Ambiental e Sustentabilidade*. Manole, 2016.

Eigenheer, Emílio Maciel. *Lixo – A Limpeza Urbana Aravés dos Tempos*. Ed. Campus, Porto Alegre, 2009. Disponível em: <http://www.lixoeducacao.uerj.br/imagens/pdf/ahistoriadolixo.pdf>. Acesso em: 15 de julho de 2016.

IBGE. *Pesquisa de Informações Básicas Municipais – MUNIC*. 2013.

IPEA. Catadores de materiais recicláveis : um encontro nacional”. Bruna Cristina Jaquetto Pereira, Fernanda Lira Goes (organizadoras) – Rio de Janeiro : Ipea, 2016, p. 29. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/porta1/images/stories/PDFs/livros/livros/160331_livro_catadores.pdf. Acesso em: 15 de julho de 2016.

MELLO, Gustavo. Notas sobre o gerenciamento de resíduos sólidos urbanos no Brasil. *BNDES Setorial*. Rio de Janeiro, n. 27, p. 101-120, mar. 2008.

THODE FILHO, Sérgio; MACHADO, Carlos José Saldanha; VILANI, Rodrigo Machado; PAIVA, Julieta Laudelina; e MARQUES, Mônica Regina C. A Logística Reversa e a Política Nacional de Resíduos Sólidos: desafios para a realidade brasileira. *Revista Eletrônica em Gestão, Educação e Tecnologia Ambiental*. Santa Maria, v. 19, n. 3, set-dez. 2015

VITAL, Marcos H. F.; INGOUVILLE, Martin; e CABRAL PINTO, Marco Aurélio. Estimativa de investimentos em aterros sanitários para atendimento de metas estabelecidas pela Política Nacional de Resíduos Sólidos entre 2015 e 2019. *BNDES Setorial*. Rio de Janeiro, n. 40, p. 43-92, set. 2014.

