

RECEBIDO EM: 26/072020
APROVADO EM: 04/06/2021

FORMAS DE PRESTAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO DE SANEAMENTO BÁSICO A PARTIR DA EDIÇÃO DO NOVO MARCO LEGAL – LEI N. 14.026/2020

WAYS TO PROVIDE THE PUBLIC BASIC SANITATION SERVICE FROM THE EDITION OF THE NEW LEGAL FRAMEWORK – RULE N. 14,026/2020

Juliano Heinen

Doutor em Direito pela UFRGS. Mestre em Direito pela UNISC. Professor titular de Direito Administrativo da Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP). Professor de Pós-Graduação e Direito (UNIRITTER, UCS e UNISC). Professor da Escola Superior da Magistratura Federal (ESMAFE), da Escola da Magistratura do Estado Rio Grande do Sul (AJURIS) e do Estado do Rio Janeiro (EMERJ), da Escola Superior de Direito Municipal (ESDM). Procurador do Estado do Rio Grande do Sul.

SUMÁRIO: Introdução. 1 Modos de prestação do serviço público de saneamento básico no Brasil. 2 Prestação regionalizada do saneamento básico. 3 Prestação do serviço público de saneamento por delegação. 3.1 Contratos ou instrumentos jurídicos vigentes; 3.2 Necessárias adaptações nos contratos

em vigor. 3.3 Subdelegações, ou subcontratações, ou transferências. 3.4 Outorgas de captação de água deferidas até a vigência da Lei nº 11.445/2007. 4 Desestatização das empresas estatais prestadores do serviço público de saneamento básico. Conclusões; Referências.

RESUMO: A partir da edição da Lei nº 14.026/2020, que introduziu um novo marco legal do saneamento básico no Brasil, a forma de prestação desse serviço público sofreu intensas mudanças. Assim, o presente trabalho pretende analisar e demonstrar a complexidade desse tema, a partir da legislação mencionada, ofertando, concludentemente, uma exposição da perspectiva atual e dos desafios futuros. O serviço público de saneamento básico pode ser prestado centralizada ou descentralizadamente. Neste último caso, por meio de delegações ou por meio de outorga. Também, podem ser criados blocos regionais para racionalizar a prestação em termos de escopo ou em termos econômicos. Por meio do método analítico e expositivo, conclui-se que a Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico terá um papel central na execução de tais serviços públicos.

PALAVRAS-CHAVE: Serviço Público de Saneamento. Concessões. Blocos Regionais. Contratos de Programa. Consórcios Públicos.

ABSTRACT: Since the enactment of Rule n. 14.026 / 2020, which introduced a new legal framework for basic sanitation in Brazil, the form of provision of this public service has undergone intense changes. Thus, the present work intends to analyze and demonstrate the complexity of this theme, based on the aforementioned legislation, offering, conclusively, an exposition of the current perspective and future challenges. The public basic sanitation service can be provided centrally or decentrally. In the latter case, through delegations or through a grant. Also, regional blocks can be created to rationalize delivery in terms of scope or in economic terms. Through the analytical and expository method, it is concluded that the National Water and Basic Sanitation Agency will have a central role in the execution of such public services.

KEYWORDS: Sanitation Public Service. Concessions. Regional Blocks. Program Contracts. Public Consortium.

INTRODUÇÃO

Recentemente, a disciplina jurídica do saneamento básico no Brasil foi alterada. A atualização do marco legal do setor se deu pela edição da Lei nº 14.026/2020, alterando, basicamente: (a) A Lei nº 9.984, de 17 de julho de 2000, para atribuir à Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico (ANA) a competência para instituir normas de referência para a regulação dos serviços públicos de saneamento básico; (b) A Lei nº 11.107, de 6 de abril de 2005 (*Lei dos Consórcios Públicos*), para vedar a prestação por contrato de programa dos serviços públicos de saneamento, os quais deverão ser licitados e delegados na forma do art. 175 da Constituição Federal; e, claro (c) A Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007 (*Lei Nacional do Saneamento Básico*), com vistas a aprimorar as condições estruturais do setor.

Nesse texto, trataremos da *disciplina jurídica prevista pelas alterações no marco legal do saneamento básico no que se refere, especificamente, ao modo de prestação deste serviço público*. Em outros termos, abordaremos analítica e criticamente como a Lei nº 14.026/2020 enfrentou o tema, determinando os mecanismos possíveis de prestação das atividades que compõe o saneamento, a saber: esgotamento sanitário, dispensação de água tratada, limpeza urbana e drenagem de águas (LAHOZ, 2016, p. 87).

Para tanto, por meio do método analítico e expositivo demonstrar-se-á as modificações operadas pela mencionada legislação, a complexidade em se conjugar essas várias formas e prestação, os modelos legalmente admitidos e o papel da Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico (ANA) nesta conjuntura. Para tanto, ao final, espera-se deixar clara essa conjuntura, bem como trazer ao leitor soluções jurídicas para a eficiência regulatória, notadamente quanto às normas de referência da agência reguladora mencionada.

1. MODOS DE PRESTAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO DE SANEAMENTO BÁSICO NO BRASIL

A rigor, cada serviço público possui uma série de complexidades que determinam modos e formas de se prestá-lo (HEINEN, 2020, p. 1.218-1.227). De modo genérico, podemos dizer que o serviço público pode ser prestado centralizada ou descentralizadamente.

Nesse cenário, o poder público presta as suas atividades de maneira centralizada, ou seja, os entes que compõem a federação brasileira exercem

poder de polícia ou prestam serviços públicos (exemplo: saúde, educação e segurança), sendo estabelecida no que se conhecia como Administração Pública direta, composta por entes políticos ou entes federados (união, estados, distrito federal e municípios). Porém, a administração percebeu que não estava dando conta de tudo, optando por criar ou transferir a outras pessoas jurídicas tais atividades. Estabelece-se, assim, a descentralização, por meio de dois modelos: outorga e delegação (ou colaboração).

(a) Por outorga (Art. 37, inciso XIX, da CF): cria-se ou se autoriza por lei específica um ente público/pessoa jurídica que irá compor a administração indireta, a qual será dotada de certa autonomia. Destacamos que, a ela, será transferida a titularidade do serviço público¹;

(b) Por delegação ou por colaboração (Art. 175, da CF): faz-se uma licitação e um contrato de concessão, ou permissão, ou autorização do serviço público, momento em que se transfere a execução do serviço público a um particular.

O saneamento básico pode ser prestado a partir da mesma estrutura jurídica, com algumas especificidades. Vamos transportar o que dissemos, aplicando à realidade normativa vigente:

(a) Centralizadamente: poderá ser prestado diretamente pelo Município e Distrito Federal diante de interesse local (art. 8º, inciso I, da Lei nº 11.445/2007).

(b) Descentralizadamente: outrem que não os entes federados titulares prestam tal serviço público.

(b1) Por outorga: o serviço público de saneamento será prestado por entidade que integrará a Administração Pública indireta:

(b1.1) Com interesse local: município ou Distrito Federal cria uma entidade da Administração indireta e presta as atividades que compõem o saneamento básico. Exemplo: cria-se uma autarquia ou empresa estatal para esse fim;

1 A administração pública direta pode criar entes da administração pública indireta, por meio de outorga. A relação jurídica entre a administração pública direta e a administração pública indireta é estabelecida a partir de um controle finalístico, ou controle técnico, ou controle ministerial, ou vínculo de tutela (são expressões sinônimas)

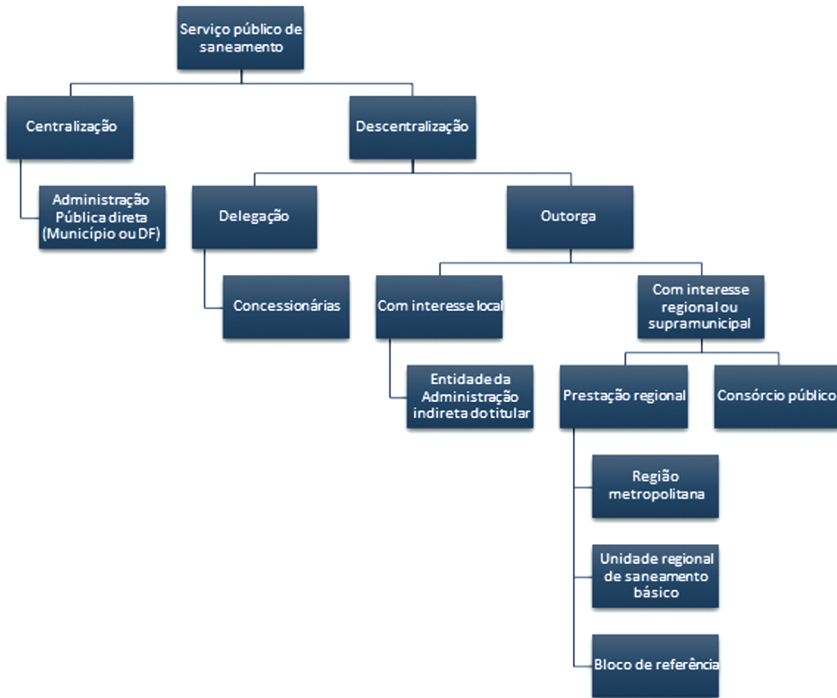
(b1.2) Com interesse supramunicipal ou comum a mais de uma entidade local, desde que se tenham atributos operacionais que permitem a integração municipal do serviço de saneamento básico. Neste caso, a prestação pode ocorrer por:

(b1.2.1) Unidades regionais de saneamento básico: aqui, a titularidade do serviço público de saneamento será do Estado em conjunto com os Municípios, nos termos do art. 8º, inciso II, do atual marco legal e nacional do saneamento básico. Fixa-se uma gestão compartilhada. Para tanto, alguns requisitos deverão ser implementados:

(b1.2.2) Associação derivada de consórcio público: há o compartilhamento da titularidade se dá voluntariamente, por meio de gestão associada, empregando consórcios públicos, consoante o art. 8º, §1º da Lei nº 11.445/2007 (com redação dada pela Lei nº 14.026/2020) e o art. 241 da CF/88. Fixa-se aqui, uma gestão associada da prestação do serviço, que poderá se dar entre municípios, ou entre este ou estes e o Estado.

(b2) Por delegação ou por colaboração: a execução do serviço público de saneamento será feita pela iniciativa privada, mediante prévia licitação e assinatura de contrato de concessão.

Para sistematizar:



* Fonte própria.

Cabe referir, no tema, que o inciso II do art. 8º limita a atuação dos consórcios intermunicipais de saneamento básico apenas para o financiamento das iniciativas de implantação de medidas estruturais de abastecimento de água potável, esgotamento sanitário, limpeza urbana, manejo de resíduos sólidos, drenagem e manejo de águas pluviais. E é expresso em proibir a formalização de contrato de programa com sociedade de economia mista ou empresa pública, ou a subdelegação do serviço prestado pela autarquia intermunicipal sem prévio procedimento licitatório.

Em outros termos, o dispositivo em questão se preocupou que, com a criação do consórcio, pudessem-se fazer contratos de programa com empresas estatais sem licitação, ou seja, em desrespeito ao art. 175 da CF/88. Isso subverteria a teleologia do novo marco legal do saneamento que justamente pretende empregar cada vez mais o modelo de descentralização por delegação. Tanto que é considerado princípio fundamental da delegação dos serviços públicos de saneamento a seleção competitiva do prestador dos serviços – art. 2º, inciso XV, da Lei nº 11.445/2007 (SOUTO, 2004, p.

27). Ou o serviço público em questão poderia ser prestado de por “blocos regionais”, tema a ser enfrentado no tópico seguinte.

2 PRESTAÇÃO REGIONALIZADA DO SANEAMENTO BÁSICO

A prestação do serviço público de saneamento básico poderá ser feita por regiões, ou seja, de modo integrado com um ou mais componentes dos serviços públicos de saneamento básico em determinada região (MARCATO, 2009, p. 41-64). Para tanto, a prestação deve abranger território abranja mais de um Município, quando se tiver diante de interesses comuns, sejam eles técnicos, econômicos etc. (cf. interpretação do art. 3º, inciso VI, da Lei nº 11.445/2007)².

Exemplifica-se. Imagine que uma região metropolitana, com alta densidade demográfica, seja composta pelos Municípios “A”, “B”, “C” e “D”. Economicamente se mostra racional construir canalizações, estações de tratamento, dispensação de água pelos mesmos dutos nas áreas limítrofes, ao invés de cada um dos entes federados construir a sua. Tecnicamente, o raciocínio é o mesmo: é importante que interconexões dos sistemas de esgotamento sanitário, drenagem de águas etc. sejam compatíveis. De outro lado, há questões que merecem ser pensadas em conjunto, como a drenagem de águas e o controle das enchentes, por exemplo. É um tema que não pode ser visualizado só pelo Município “A”, porque possui causa e/ou efeito nos demais entes locais.

Longo, em situações tais, será de extrema importância a criação de unidades que prestem o serviço público de modo uniforme. A Lei nº 11.445/2007, no art. 3º, inciso VI, mencionado, fez uma interpretação autêntica de como a prestação regionalizada pode ser feita. Ela menciona três possibilidades, a qual interpretamos como sendo uma disposição taxativa, ou seja, não se poderiam criar outras formas de prestação

2 Aliás, a Lei nº 14.026/2020, em inúmeros dispositivos a seguir analisados, incentivou a criação destes “blocos”, por conta de que se perfaz uma racionalização da prestação destas atividades. Exemplo: “Art. 13. Decreto disporá sobre o apoio técnico e financeiro da União à adaptação dos serviços públicos de saneamento básico às disposições desta Lei, observadas as seguintes etapas: I - adesão pelo titular a mecanismo de prestação regionalizada; II - estruturação da governança de gestão da prestação regionalizada; III - elaboração ou atualização dos planos regionais de saneamento básico, os quais devem levar em consideração os ambientes urbano e rural; IV - modelagem da prestação dos serviços em cada bloco, urbano e rural, com base em estudos de viabilidade técnica, econômica e ambiental (EVTEA); V - alteração dos contratos de programa vigentes, com vistas à transição para o novo modelo de prestação; VI - licitação para concessão dos serviços ou para alienação do controle acionário da estatal prestadora, com a substituição de todos os contratos vigentes.”.

regionalizada que não aquelas dispostas em lei. Vamos referenciar, aqui, o que dispõe a regra mencionada³.

Como se disse, a prestação regionalizada⁴ pode ser feita por:

(a) Região metropolitana, aglomeração urbana ou microrregião: cabe aos Estados instituí-las mediante lei complementar, de acordo com o § 3º do art. 25 da Constituição Federal. Segue a mesma lógica da prestação regionalizada de outros serviços públicos, como o transporte intermunicipal de curta distância. Será composta de agrupamento de Municípios limítrofes e instituída nos termos da Lei nº 13.089, de 12 de janeiro de 2015 (Estatuto da MetrÓpole);

(b) Unidade regional de saneamento básico: lei ordinária editada pelos Estados por constituir esta unidade, que agrupará Municípios não necessariamente limítrofes, para atender adequadamente às exigências de higiene e saúde pública, ou para dar viabilidade econômica e técnica aos Municípios menos favorecidos. Em realidade, por meio dessas unidades se promove uma política pública compensatória, a fim de que as unidades locais menos atrativas sejam compulsoriamente objeto de contratualização pelos prestadores, que, a rigor, estariam interessados somente nos municípios mais atrativos. Há de se instituir uma estrutura de governança que seguirá o disposto na Lei nº 13.089, de 12 de janeiro de 2015 (Estatuto da MetrÓpole)⁵.

(c) Bloco de referência: a União pode criar tais blocos com agrupamento de Municípios não necessariamente limítrofes, nos termos do § 3º do art. 52 Lei nº 11.445/2007. Esse dispositivo pouco

3 Lei nº 11.445/2007, art. 3º, inciso VI: “prestação regionalizada: modalidade de prestação integrada de um ou mais componentes dos serviços públicos de saneamento básico em determinada região cujo território abranja mais de um Município, podendo ser estruturada em: a) região metropolitana, aglomeração urbana ou microrregião: unidade instituída pelos Estados mediante lei complementar, de acordo com o § 3º do art. 25 da Constituição Federal, composta de agrupamento de Municípios limítrofes e instituída nos termos da Lei nº 13.089, de 12 de janeiro de 2015 (Estatuto da MetrÓpole); b) unidade regional de saneamento básico: unidade instituída pelos Estados mediante lei ordinária, constituída pelo agrupamento de Municípios não necessariamente limítrofes, para atender adequadamente às exigências de higiene e saúde pública, ou para dar viabilidade econômica e técnica aos Municípios menos favorecidos; c) bloco de referência: agrupamento de Municípios não necessariamente limítrofes, estabelecido pela União nos termos do § 3º do art. 52 desta Lei e formalmente criado por meio de gestão associada voluntária dos titulares;”.

4 A prestação regionalizada é tema por deveras relevante, a tal ponto de acreditar que esse será o método para a geração de ganhos de escala e para a garantia da universalização e da viabilidade técnica e econômico-financeira dos serviços – art. 2º, inciso XIV, da Lei nº 11.445/2007.

5 Cf. art. 8º, § 3º, da Lei nº 11.445/2007.

fala de como o bloco será formalizado ou criado. Apenas afirma que será feito de “forma subsidiária aos Estados”, caso as unidades regionais de saneamento básico não sejam estabelecidas pelo Estado no prazo de um ano da publicação da Lei nº 14.026/2020 (cf. art. 15). Pensamos que, na ausência de uma maior deliberação normativa, a criação formal seguirá em muito o Estatuto da Metrópole – Lei nº 13.089, de 12 de janeiro de 2015. A gestão será associada e adesão será voluntária.

Para sistematizar o tema, confira a tabela abaixo:

	Região metropolitana, aglomeração urbana ou microrregião	Unidade regional de saneamento básico	Bloco de referência
Quem institui	Estado	Estado	União
Tipo de lei	Lei Complementar	Lei Ordinária	Omissa
Municípios limítrofes	Necessariamente	Não necessariamente	Não necessariamente

* Fonte própria.

Ademais, independentemente da forma de prestação regionalizada, ou seja, que atenda mais de um município ou região, ou que prestem serviços públicos de saneamento básico diferentes em um mesmo Município ou região devem “[...] manter sistema contábil que permita registrar e demonstrar, separadamente, os custos e as receitas de cada serviço em cada um dos Municípios ou regiões atendidas e, se for o caso, no Distrito Federal.” (art. 18 “caput” da Lei nº 11.445/2007).

Isso permite que se tenha: transparência fiscal e orçamentária e que se possam compensar tarifas de diferentes titulares. Ou mesmo, se é possível, organizar com clareza e transparência os subsídios cruzados (exemplo: a tarifa do tratamento e dispensação de água potável custearia o esgotamento sanitário que, hipoteticamente, seria deficitário). Além disso, deixar-se-ia mais bem especificadas as balizas para o futuro reequilíbrio econômico-financeiro (MOTTA, 2014).

Quanto à adesão (in)voluntária à prestação regionalizada, pode-se dizer que esse é um dos pontos mais debatidos no tema do saneamento básico. E, na nossa compreensão, está delineado de modo inconsistente na Lei nº 11.445/2007, com redação dada pela Lei nº 14.026/2020. Para sistematizar a nossa exposição, vamos abordar o assunto a partir da

comparação do que dispõe várias regras inseridas pelo novo marco legal, coligando com as três formas de prestação regionalizada.

Primeiramente, cabe referir que a prestação regionalizada existia antes da vigência da Lei nº 14.026/2020, que instituiu um novo marco legal no saneamento básico no Brasil. Sob a égide da legislação anterior, o STF, na ADI nº 1.842-RJ (BRASIL, 2021), declarou que a adesão dos municípios atingidos pela estrutura interfederativa era obrigatória. Não havia, aqui, um juízo de oportunidade e conveniência, porque, criada a referida unidade, automaticamente a titularidade da prestação do serviço público de saneamento deixava de pertencer aos municípios e migrava à estrutura criada (VASQUES, 2010, p. 319-340).

Ao que nos parece, essa não foi a opção do legislador, apesar de uma inconsistência. Vimos que o art. 3º, inciso VI, da Lei nº 11.445/2007 dispõe que a prestação regionalizada pode ser feita de três modos: (a) região metropolitana, aglomeração urbana ou microrregião; (b) unidade regional de saneamento básico; (c) bloco de referência. O § 4º do mesmo art. 3º dizia que ficava “[...] facultado aos Municípios, detentores da titularidade do serviço, a participação nas prestações regionalizadas de que trata o inciso VI do “caput” deste artigo.”. Contudo, esse dispositivo foi vetado. Então, se ficássemos só nessa regra, a única voluntariedade existente quanto à adesão estaria resumida na Região Integrada de Desenvolvimento (Ride), conforme dispõe o § 5º (não vetado). Aqui, a prestação regionalizada do serviço de saneamento básico estará condicionada à anuência dos Municípios que a integram.

E os motivos do veto são claros: “A propositura legislativa, ao estabelecer por intermédio de emenda parlamentar, a facultatividade dos Municípios, detentores da titularidade do serviço, a participação nas prestações regionalizadas, viola o § 3º do art. 25 da Constituição da República, ante a compulsoriedade da participação dos Municípios em regiões metropolitanas, microrregiões e aglomerações urbanas (v. g. ADI 1842, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 28/02/2013).”.

Conforme se percebe, a intenção do veto era justamente determinar a compulsoriedade da adesão, tendo por base dois fundamentos: (1) o art. 25, § 3º, da CF/88; e o (2) disposto na mencionada ADI nº 1.842-RJ, STF. Contudo, ao que nos parece, se essa era a intenção do Presidente da República, ele “esqueceu” de vetar o art. 8º-A: “É facultativa a adesão dos titulares dos serviços públicos de saneamento de interesse local às estruturas das formas de prestação regionalizada.”. Logo, o dispositivo, vigente, é claro, ressuscita a facultatividade.

Em outras palavras, a regra citada determina que a titularidade dos serviços públicos de saneamento de interesse local, ou seja, os Municípios e o Distrito Federal (cf. inciso I do art. 8º), possam aderir voluntariamente às “formas de prestação regionalizada”. Essas maneiras de prestar o serviço regionalizadamente estão interpretadas no art. 3º, inciso VI, já citado. Sem contar que a parte final da alínea “c)” do inciso VI do art. 8º da Lei nº 11.445/2007 deixa claro que, quando ao “bloco de referência”, a gestão associada será voluntária por parte dos titulares.

Em outros termos, apesar do veto ao § 4º do art. 3º da Lei nº 11.445/2007, o que vale é a norma vigente, ou seja, o art. 8º-A. Logo, entendemos que a adesão dos Municípios e o Distrito Federal é facultativa. Tal dispositivo legal dispõe que a adesão dos titulares dos serviços públicos de saneamento de interesse local às estruturas das formas de prestação regionalizada será voluntária. Em outros termos, pelo texto da regra, uma vez criada a unidade regional, os Municípios por ela abrangidos não são atingidos automaticamente pelas suas decisões, ou são obrigados a nela integrar.

3. PRESTAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO DE SANEAMENTO POR DELEGAÇÃO

A Lei nº 14.026/2020, que estabeleceu um novo marco no saneamento básico no Brasil, teve uma meta basilar: estimular a competitividade na prestação de tal serviço público, o que pressupunha a disputa por entidades privadas, oriundas da livre iniciativa. Essa, historicamente, não era a lógica do setor, que se pautava na prestação direta pelos titulares – de modo centralizado –, e, quase que na totalidade dos casos, pela prestação por empresas públicas e sociedades de economia mista criadas pelos Estados federados. Neste último caso, eram feitos ajustes de todo o tipo: contratos de programa, convênios de cooperação ou mesmo sequer havia qualquer título que delegasse a execução de tais atividades as estas pessoas jurídicas.

Em outros termos, pretende-se que o setor de saneamento seja pautado pela prestação via concessão de serviço público, na forma do art. 175 da CF/88, seguindo a lógica dos demais serviços públicos, como a telefonia, energia elétrica, gás, transporte etc. Então, uma série de artigos determinaram que assim se procedesse, como por exemplo, o art. 10 da Lei nº 11.445/2007, que justamente assim disciplina o tema.

A prestação dos serviços públicos de saneamento básico poderá, então, ser por entidade que integre a Administração Pública do titular

do serviço, o que se daria de modo centralizado ou por outorga. De outro lado, fora dessas situações, a prestação depende da celebração de contrato de concessão, mediante prévia licitação, nos termos do art. 175 da CF/88.

O mesmo dispositivo citado, na sua parte final, veda expressamente que o saneamento possa continuar a ser executado mediante contrato de programa, convênio, termo de parceria ou outros instrumentos de natureza precária. Tanto que essas previsões constantes na Lei de Consórcios Públicos (Lei nº 11.107/2005) passam a ser proibidas.

3.1. Contratos ou instrumentos jurídicos vigentes

A certeza estabelecida se deu em relação aos contratos futuros. Mas a dúvida que ficou é: e os contratos de programa ou congêneres atualmente vigentes e que ainda possuem prazo de fluência?⁶ A resposta parece ser vista a partir do caso concreto. Em outros termos, caso se tenha um contrato de programa (ou congênere) que seja regular, ou seja, feito sob a legalidade até então vigente, tal pacto deve ser respeitado em homenagem à segurança jurídica e ao respeito ao ato jurídico perfeito (art. 5º, inciso XXXVI, da CF/88). E essa compreensão foi acolhida pelo art. 10, § 3º, da Lei nº 11.445/2007: “Os contratos de programa regulares vigentes permanecem em vigor até o advento do seu termo contratual.”⁶.

Contudo, caso o contrato não seja regular, ou seja, o instrumento que autorize uma pessoa jurídica a prestar o serviço público de saneamento seja precário ou, na pior das hipóteses, sequer exista um negócio jurídico, não há que se falar em continuidade da prestação. Então, o titular do serviço pode, de plano, perfazer a licitação para delegação da prestação das atividades, na forma do mencionado art. 175 da CF/88; E o contrato a ser feito deve incorporar, sob pena de nulidade, as cláusulas essenciais previstas no art. 23 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995 (*Lei geral de concessões e permissões de serviço público*), além das disposições do marco legal do saneamento e das regulações infralegais incidentes.

3.2. Necessárias adaptações nos contratos em vigor

(1) Vimos no item precedente que os contratos em vigor deverão ser respeitados. Mas isso não impede que sejam revistos a incorporar uma série de metas, disposições e deveres impostos a todos aqueles que,

6 Tal dispositivo é referendado pelo art. 17 da Lei nº 14.026/2007: “Os contratos de concessão e os contratos de programa para prestação dos serviços públicos de saneamento básico existentes na data de publicação desta Lei permanecerão em vigor até o advento do seu termo contratual.”

independentemente do instrumento ou da forma, venham a executar os serviços de saneamento básico.

Assim, desde já se pode concluir que todos os contratos ou negócios jurídicos que possam ser preservados devam ser reavaliados para vislumbrar se já possuem ou não previsão das determinações legais ou regulamentares. Caso não as possuam, devem ser objeto de necessário aditivo para incluir:

(a) Comprovação da capacidade econômico-financeira da contratada, por recursos próprios ou por contratação de dívida, com vistas a viabilizar a universalização dos serviços na área licitada até 31 de dezembro de 2033, nos termos do § 2º do art. 11-B da Lei nº 11.445/2007 – art. 10-B⁷;

(b) Definição de como serão implementadas metas de universalização que garantam (art. 11-B)⁸:

(b1) o atendimento de 99% (noventa e nove por cento) da população com água potável; e

(b2) o atendimento de 90% (noventa por cento) da população com coleta e tratamento de esgotos até 31 de dezembro de 2033;

(b3) metas quantitativas de não intermitência do abastecimento, de redução de perdas e de melhoria dos processos de tratamento (tanto que os contratos em vigor devem prever essas metas de que trata até 31 de março de 2022, ou seja, o § 1º do art. 11-B determina que se faça o aditivo)⁹.

Só para se ter uma ideia da importância do tema, o § 8º do art. 11 considera irregulares e precários os contratos provisórios não formalizados e os vigentes prorrogados em desconformidade com os regramentos estabelecidos na Lei nº 11.445/2007. Então, há o dever de as partes renegociarem os contratos de saneamento fixados.

7 E isso deve ser precedido de estudo que comprove essa capacidade – art. 11, inciso II, da Lei nº 11.445/2007.

8 A universalização é um princípio fundamental, conforme art. 2º, inciso XIV, da Lei nº 11.445/2007.

9 A Lei nº 11.445/2007, com redação dada pela Lei nº 14.026/2020, no § 9º do art. 11-B permite a dilação do prazo para cumprir as metas nos seguintes termos: “Quando os estudos para a licitação da prestação regionalizada apontarem para a inviabilidade econômico-financeira da universalização na data referida no caput deste artigo, mesmo após o agrupamento de Municípios de diferentes portes, fica permitida a dilação do prazo, desde que não ultrapasse 1º de janeiro de 2040 e haja anuência prévia da agência reguladora, que, em sua análise, deverá observar o princípio da modicidade tarifária.”.

(2) Ainda, chama a atenção que a Lei nº 14.026/2020 permitiu adaptações nos prazos dos contratos, especificamente para racionalizar esse período de transição do modelo de contratos de programa, para o modelo de concessões de serviço público. Em para isso, a União poderá apoiar técnica financeiramente, conforme dispuser decreto específico – *cf.* art. 13 da referida legislação.

No caso de existirem contratos com prazos distintos, e eles devam ser substituídos, seu prazo final poderá ser reduzido ou prorrogado, de maneira a convergir a data de término com o início do contrato de concessão definitivo (§ 1º do art. 13 da Lei nº 14.026/2020). Isso permite que se garantam licitações globais, ou seja, tendo por objeto uma série de atividades que poderiam findar com prazos diferentes.

A dúvida que remanesce é: essa redução ou prorrogação deve ser bilateral ou unilateral? Enfim, poderia ela ser imposta ao atual prestador de serviços? Entendemos que ela deveria ser negociada, até em homenagem à segurança das relações jurídicas e ao respeito ao que foi pactuado.

Ainda, o referido § 1º do art. 13 pontua algumas regras:

- (a) Na hipótese de redução do prazo, o prestador será indenizado na forma do art. 37 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995; e
- (b) Na hipótese de prorrogação do prazo, proceder-se-á, caso necessário, à revisão extraordinária, na forma do inciso II do “caput” do art. 38 da Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007, dado que se verifica a ocorrência de fatos não previstos no contrato, fora do controle do prestador dos serviços, e que altera o seu equilíbrio econômico-financeiro.

3.3. Subdelegações, ou subcontratações, ou transferências

O serviço público de saneamento básico é complexo e reclama muitos investimentos (KILPATRICK, PARKER, ZHANG, 2006). Esse investimento é amortizado e remunerado por meio da operação da própria infraestrutura, ou seja, aquele que investe na operação pretende, por um determinado período de tempo, ser remunerado pelo capital empregado (MARTÍNEZ, 2004, p. 7-10). Mirando nesta conjuntura, o art. 11-A da Lei nº 11.445/2007, com redação dada pela Lei nº 14.026/2020, permitiu que o contratado, ao sagrar-se vencedor de uma licitação para concessão deste serviço público, possa:

(a) Realizar licitação e contratação de parceria público-privada, nos termos da Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004;

(b) Subdelegar o objeto contratado, observado, para a referida subdelegação, o limite de 25% (vinte e cinco por cento) do valor do contrato¹⁰, desde que:

(b1) haja previsão contratual ou

(b2) autorização expressa do titular dos serviços;

(b3) exista comprovação técnica, por parte do prestador de serviços, do benefício da subdelegação em termos de eficiência e qualidade dos serviços públicos de saneamento básico (art. 11-A, § 1º);

(b3) seja precedido de procedimento licitatório.

Caso se opte pela subdelegação, o contrato a ser firmado com o terceiro pelo prestador original do serviço deverá estabelecer os limites da sub-rogação de direitos e obrigações, e devem ser pautados, naquilo que couber, pela mesma disciplina jurídica imposta ao contrato de concessão original. Na nossa ótica, se a agência reguladora do setor deve validar ou fiscalizar ou aprovar os contratos de concessão, com toda razão deverá assim o fazer em relação aos contratos de subdelegação¹¹.

Além disso, o § 3º do art. 11-A vedou subconcessões ou subdelegações que impliquem sobreposição de custos administrativos ou gerenciais a serem pagos pelo usuário final, com fundamento do princípio da modicidade tarifária. Em verdade, as premissas originais que pautam o equilíbrio econômico-financeiro não poderiam ser alteradas pelos subcontratos firmados.

10 O termo “valor do contrato” é interpretado pelos §§ 6º e 7º do art. 11-A da Lei nº 11.445/2007: “art. 11-A (...) § 6º Para fins de aferição do limite previsto no “caput” deste artigo, o critério para definição do valor do contrato do subdelegatário deverá ser o mesmo utilizado para definição do valor do contrato do prestador do serviço. § 7º Caso o contrato do prestador do serviço não tenha valor de contrato, o faturamento anual projetado para o subdelegatário não poderá ultrapassar 25% (vinte e cinco por cento) do faturamento anual projetado para o prestador do serviço.”.

11 No tema: “Art. 43 (...) § 1º A União definirá parâmetros mínimos de potabilidade da água. § 2º A entidade reguladora estabelecerá limites máximos de perda na distribuição de água tratada, que poderão ser reduzidos gradualmente, conforme se verificarem avanços tecnológicos e maiores investimentos em medidas para diminuição desse desperdício.» (Lei nº 11.445/2007).

A transferência dos contratos de prestação de serviço de um prestador para outro será condicionada à autorização dos titulares dos serviços, e, em qualquer hipótese, à indenização dos investimentos vinculados a bens reversíveis ainda não amortizados ou depreciados, nos termos da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995 (*cf.* art. 42, § 5º, da Lei nº 11.445/2007).

Normalmente os investimentos na área de saneamento resumem-se em “custos irrecuperáveis” ou “custos afundados” (TEIXEIRA e HELLER, 2001, p. 138-146). Em economia, custos irrecuperáveis, também chamados de “custos afundados” ou “incorridos” (*sunk costs*, em inglês). Significa dizer que a prestação do serviço de saneamento se faz por estruturas que não tem ou são de difícil revenda no mercado. Por isso que a sua mensuração econômica é bastante complexa.

Além disso, são investimentos muito substanciais, e por isso fica facultado ao titular atribuir ao prestador que assumirá o serviço a responsabilidade por seu pagamento (art. 42, § 5º). Para tanto, é adequado que se exijam garantias para a operação (TRAVASSOS, 2015).

3.4. Outorgas de captação de água deferidas até a vigência da Lei nº 11.445/2007

O saneamento básico pode ser desdobrado em quatro atividades essenciais, uma delas consistente na captação e dispensação de água tratada. Antes de tudo, cabe notar que a água é um bem comum, pertencente à coletividade. Logo, a titularidade dos mananciais de água pertence aos entes federados (v.g. art. 20, inciso III; art. 26, inciso I, etc., todos da CF/88). Contudo, o acesso aos mananciais água por quem quer que seja tem toda uma regulamentação, a fim de evitar a escassez, garantir o igualitário e racional aproveitamento etc. – essencialmente disposto no *Código de Águas*.

Para tanto, o acesso à captação de águas pode depender de outorga. Nesses casos, o § 2º do art. 10 dispôs que as empresas estaduais detentoras destes direitos poderão ter suas outorgas segregadas, quando isso for possível. Caso não o seja, o Poder Público pode permitir que a empresa estatal transfira o direito à pessoa jurídica que ganhou a disputa pela concessão do serviço. Assim, garante-se a continuidade da prestação do serviço público de produção de água pela empresa detentora da outorga de recursos hídricos, a qual deverá firmar contrato de longo prazo com a atual concessionária, que poderá ter de assumir os riscos da prestação (GARCIA, 2014, p. 270).

No caso, será estabelecido dois contratos:

- (a) Um contrato de concessão entre o titular do serviço público de saneamento e o vencedor do certame;
- (b) Outro contrato entre esta empresa produtora de água e a empresa operadora da distribuição de água para o usuário final, com objeto de compra e venda de água.

Toda essa complexa situação merece uma disciplina regulatória clara, reclamando da ANA e das demais agências reguladoras eficiência neste aspecto (SUBDFELD, 2014, p. 249). A concorrência no setor de saneamento possui várias dificuldades. Fala-se, aqui, em se estabelecer um mercado competitivo, assim como se percebe em setores como a energia elétrica, gás etc. Em alguns países, como a Inglaterra, até se percebe a possibilidade de se estabelecer mercados competitivos de compra e venda ou de trocas comerciais no uso e distribuição de água tratada. Exemplo: empresas maiores compram o excedente de água tratada produzido por empresas menores (DECKER, 2014, não paginado, Item 11.1.4 da Parte II (e-book)). Essa situação tornar-se-ia mais factível em relação às outorgas de captação, que poderiam, com a anuência do Poder Público, serem transacionadas – mas daí estamos diante de caso a ser enfrentado pelo direito minerário. Claro que a água em si, por ser um bem vital, não poderia ser objeto comercialização, mas sim os direitos sobre esse bem.

4. DESESTATIZAÇÃO DAS EMPRESAS ESTATAIS PRESTADORES DO SERVIÇO PÚBLICO DE SANEAMENTO BÁSICO

A evolução da prestação do saneamento básico no Brasil passou uma série de etapas. Nos anos setenta do Século XX, destacou-se a seguinte perspectiva: o Governo federal da época incentivou que os titulares do serviço transferissem a execução das atividades coligadas ao saneamento básico às pessoas jurídicas de direito privado da Administração Pública estadual. Então, criaram-se uma série de empresas públicas ou sociedades de economia mista, por uma série de instrumento – ou mesmo sem instrumento algum – passaram por décadas a prestar esses serviços à coletividade.

O marco legal do setor, vigente a partir da Lei nº 14.026/2020, empreendeu esforços para que o modelo de outorga fosse substituído pelo modelo de delegação do serviço, por meio de concessão. Para tanto, é razoável que não faça mais sentido que sejam mantidas as empresas estatais de saneamento pertencentes aos Estados federados. Por isso, o

art. 14 da referida legislação inaugurou uma série de regras para que se possa efetivas a desestatização das referidas pessoas jurídicas.

No “caput” do referido art. 14 menciona-se que é possível a alienação do controle societário de empresa pública ou sociedade de economia mista prestadora de serviços públicos de saneamento básico – ou o Estado federado aliena o controle total da empresa, ou seja, cem por cento das ações, ou fica como acionista minoritário. Se uma destas opções for tomada pela entidade pública controladora, os contratos de programa ou de concessão em execução poderão ser substituídos por novos contratos de concessão, observando-se, quando aplicável, o *Programa Estadual de Desestatização* – que deve existir à época da prática de tais alienações.

Na hipótese de se operar a transferência do controle da empresa pública ou da sociedade de economia mista, o adquirente pode optar por uma das seguintes situações:

(a) Caso o controlador não externe necessidade de alteração de prazo, de objeto ou de demais cláusulas do contrato no momento da alienação, salvo a necessidade de se cumprir as metas e prazos de universalização¹², não se precisa da anuência do titular do serviço (art. 14, § 1º, da Lei nº 14..026/2020);

(b) Caso o controlador da empresa pública ou da sociedade de economia mista proponha alterações no contrato antes de sua alienação, deverá ser apresentada proposta de substituição dos contratos existentes aos entes públicos titulares do serviço e as empresas estatais, os quais devem deliberar em conjunto a respeito no prazo de 180 (cento e oitenta) dias, contado do recebimento da comunicação da proposta. Após este interregno de tempo sem manifestação das partes, ou seja, no seu silêncio, reputa-se que as partes anuíram com a proposta (§ 3º a 5º do mesmo art. 14 da Lei nº 14..026/2020).

Em outras palavras, o art. 14 facilitou o transpasse do controle acionário das empresas estatais, bem como conferiu segurança jurídica no caso de se modificar os ajustes, sinalizando uma convergência com o art. 10, § 3º, da Lei nº 11.445/2007¹³. Para sistematizar o tema, confira a estrutura a seguir disposta:

12 Cf. § 1º do art. 11-B da Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007.

13 Lei nº 11.445/2007, art. 10, § 3º “Os contratos de programa regulares vigentes permanecem em vigor até o advento do seu termo contratual”.

Não há necessidade de alterar o contrato	Dispensa anuência prévia da alienação pelos entes públicos que formalizaram o contrato de programa
Há necessidade de alterar o contrato	A proposta deve ser apreciada pelo ente público que formalizou o contrato de programa com as empresas públicas e sociedades de economia mista
Observação: em nenhum dos casos se elimina os aditivos para incluir as disposições que garantam as metas de universalização.	

* Fonte própria.

De qualquer sorte, conforme dispõe o § 3º do art. 10 da Lei nº 11.445/2007, combinado com o art. 17 da Lei nº 14.026/2020, houve expressa determinação de que se respeitassem os contratos de concessão e os contratos de programa para prestação dos serviços públicos de saneamento básico. Eles permanecerão em vigor até o advento do seu termo contratual.

De outro lado, a fim de dar segurança jurídica ao mercado, mesmo que se perfaça uma desestatização ou a alienação do controle societário por parte das empresas estatais, eventuais contratos de parcerias público-privadas ou de subdelegações que tenham sido firmados por meio de processos licitatórios deverão ser mantidos pelo novo controlador – art. 18 da Lei nº 14.026/2020. Isso evita que o adquirente da sociedade de economia mista ou da empresa pública possa declarar a resolução de tais ajustes. Então, eventual interessado em adquirir as companhias estaduais de saneamento deve se ater a esta vedação legal. Aquele que adquirir a empresa estatal acaba por automaticamente a figurar no polo ativo do negócio por sucessão contratual direta.

CONCLUSÕES

A Lei nº 14.026/2020 adotou um modelo muito parecido com o francês, mantendo a titularidade do serviço no Poder Público (art. 8º da Lei nº 11.445/2007). E os privados poderão operar esse serviço por meio de delegações precedidas de licitação, e com base em um regulador econômico independente que supervisiona os operadores privados e pode aplicar várias formas de prestação ou concorrência para incentivar melhorias de desempenho. Esse regulador é duplo: um setorial, a cargo da Agência Nacional de Águas e Saneamento, e outro a cargo de organismos regionais ou locais.

A concorrência horizontal do setor é limitada por amplas razões econômicas e sociais. Eficiência alocativa: foca na distribuição de recursos de modo eficiente, tornando equilibrada a relação entre os concorrentes

e o acesso aos recursos. O que se tenta conseguir, por meio da regulação, é uma eficiência produtiva, a qual é ligada mais aos custos de produção. Há uma vinculação quanto ao dispêndio para produzir determinado bem ou prestar o serviço.

Assim, a regulação deste determinado setor deve dar maior relevância na avaliação das premissas relativas à concorrência. Tal regulação pressuporá a normatização e fiscalização de como o serviço será prestado, mas também poderá impor a forma com que ele será executado, seja localmente, seja regionalmente. De modo que o impacto regulatório pressuporá que se estabeleçam escolhas que, no mais das vezes não podem ser ponderadas a partir de pressupostos econômicos, dado que o tratamento de água ou o recolhimento de esgoto não são bens economicamente mensuráveis no sentido estrito do termo, ou seja, seguindo a lógica da “oferta e da procura”. A natureza ou os valores sociais incidentes não são precificáveis. Então, para dar cabo de se conseguir legitimar a escolha regulatória, pode-se valer do princípio da precaução ou da prevenção. Esses paradigmas serão estruturantes no setor de saneamento.

Veja que importará em muito elevar a qualidade da regulação por meio de parâmetros justificadores e programáticos. Em outras palavras, a opção tomada deve ser fundamentada e preocupada com suas consequências no setor. É claro que se terá aqui a natural é insuperável incompletude de informações e uma notável gama de externalidades. Basta ver os múltiplos fatores geográficos e meteorológicos que afetam a prestação do serviço público de saneamento¹⁴. De modo que uma análise de impacto regulatório sempre será uma tentativa de se conseguir ao máximo uma correta análise da conjuntura atual e da previsão acerca do que pode acontecer. Mas veja, sempre será uma tentativa. Por isso que uma série de métodos surgiram e podem ser aqui aplicados.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.842-RJ*. Ação direta de inconstitucionalidade contra Lei Complementar n. 87/1997, Lei n. 2.869/1997 e Decreto n. 24.631/1998, todos do Estado do Rio de Janeiro, que instituem a Região Metropolitana do Rio de Janeiro e a Microrregião dos Lagos e transferem a titularidade do poder concedente para prestação de serviços públicos de

14 A dispensação de água no Nordeste do Brasil é muito diferente da região Sul. A drenagem de águas em zonas urbanas reclama estruturas de engenharia completamente diversas da zona rural. E assim por diante.

interesse metropolitano ao Estado do Rio de Janeiro. Requerente: Partido Democrático Trabalhista - PDT. Interessados: Governador do Estado do Rio de Janeiro e Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro Relator: Min. Gilmar Mendes, 6 de março de 2013. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630026>. Acesso em: 19 mai. 2021.

DECKER, Christopher. *Modern economic regulation. An Introduction to theory and Practice*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014 (e-book).

GARCIA, Flávio Amaral. Direito das contratações públicas: crítica e novas perspectivas. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: PGE-RJ, edição especial, 2014.

HEINEN, Juliano. *Curso de Direito Administrativo*. Salvador: Juspodivm, 2020.

KILPATRICK, Colin; PARKER, David; ZHANG, Yin-Fang. *Foreign direct investment in infrastructure in developing countries does regulation make a difference?* *Transnational Corporation*, v. 15, n. 1, abr. 2006.

LAHOZ, Rodrigo Augusto Lazzari. *Serviços públicos de saneamento básico e saúde pública no Brasil*. São Paulo: Almedina, 2016.

MARCATO, Fernando Scharlack e STINGHINI, Adriano Cândido. A gestão compartilhada dos serviços de saneamento básico: uma proposta para a solução da polêmica da titularidade em regiões metropolitanas. In: OLIVEIRA, Gesner e SCAZUTCA, Pedro. *Economia do saneamento no Brasil*. São Paulo: Singular, 2009, p. 41-64.

MARTÍNEZ, Augusto Durán. *Estudios de derecho público*. Montevideo: Mastergraf SRL, v. 1, 2004.

MOTTA, Ronaldo Seroa. *Questões regulatória no setor de saneamento no Brasil*. Notas Técnicas IPEA. Rio de Janeiro: IPEA, jan. 2014.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo das concessões*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2004.

TEIXEIRA, J. C.; HELLER, L. Modelo de priorização de investimentos em saneamento com ênfase em indicadores de saúde: desenvolvimento e aplicação em uma companhia estadual. *Engenharia Sanitária e Ambiental*, v. 6, 2001, p. 138-146.

TRAVASSOS, Marcelo Zenni. *A legitimação jurídico-moral da regulação estatal à luz de uma premissa liberal-republicana: autonomia privada, igualdade e autonomia pública*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

VASQUES, Denise. A titularidade dos serviços públicos de saneamento básico em debate no Supremo Tribunal Federal. In: MOTA, Carolina. *Saneamento básico no Brasil*. Aspectos jurídico da Lei Federal nº 11.445/07. São Paulo: Quartier Latin, 2010.